



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

FELIPE ROCHA DE MEDEIROS

**PROVA TESTEMUNHAL E FALSAS MEMÓRIAS NA DOUTRINA JURÍDICA
BRASILEIRA**

BRASÍLIA
2016

FELIPE ROCHA DE MEDEIROS – 12/0011093

PROVA TESTEMUNHAL E FALSAS MEMÓRIAS NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte

Coorientadora: Professora Gisela Aguiar Wanderley

BRASÍLIA

2016

FELIPE ROCHA DE MEDEIROS

PROVA TESTEMUNHAL E FALSAS MEMÓRIAS NA DOCTRINA JURÍDICA
BRASILEIRA

Apresentado em 07 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte (UnB – orientador)

Prof.^a. Gisela Aguiar Wanderley (UnB)

Prof. Paulo de Souza Queiroz

João Victor Nery Fiocchi Rodrigues (UnB – suplente)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, que me apoiou em todos os momentos da vida e que tenho certeza que sentem ao meu lado a alegria da conclusão desta etapa. Agradeço especificamente ao meu pai, Mario Jorge, por ter me mostrado caminhos que me fizeram tão bem, mas que relutei em seguir. Aos meus avós que sempre fizeram questão de estarem presentes e participarem da minha vida.

Aos amigos, com os quais travei inúmeros debates e compartilhei incontáveis histórias durante a graduação. Sem dúvidas, a graduação teria sido um caminho mais cansativo e menos prazeroso sem a presença deles.

A minha namorada, Tânia, que esteve ao meu lado e suportou pacientemente o peso desse trabalho. Dar mais um passo na vida é inteiramente ressignificado quando compartilhamos a vida com outra pessoa.

Aos meus orientadores, Evandro e Gisela, que me auxiliaram e fizeram críticas e sugestões importantes para a conclusão desse trabalho. Ao professor Evandro devo agradecer ainda pelo contato com a visão crítica do Processo Penal que tive em suas aulas e conversas. Foi por essa temática pela qual mais me apaixonei durante a graduação e que me despertou a vontade de lutar, na medida da minha capacidade, pelo respeito aos Direitos Humanos.

Agradeço aos professores que encontrei durante toda a minha trajetória escolar e acadêmica, cada um contribuiu para a minha formação escolar, acadêmica e até pessoal. Lembro sempre com muito carinho dos colégios La Salle e Rosário, onde fui tratado sempre com muito carinho e apreço pelos professores e funcionários. Com certeza, estudar em colégios assim contribuem sobremaneira para a formação do aluno.

Agradeço também às advogadas Dayanne, Danielle e Brunna, do escritório Caldeira, Lôbo e Ottoni Advogados Associados, por terem permitido que eu pudesse me dedicar exclusivamente a esse trabalho quando precisei.

RESUMO

As falsas memórias são criadas por meio da incorporação de informações que originalmente não estavam presentes. Isso pode ocorrer por meio de informações que são sugeridas para o indivíduo por pessoas e pelo ambiente, ou por meio de processos internos, sem qualquer sugestão. O estudo das falsas memórias tem grande relevância no campo jurídico, tendo em vista que a prova testemunhal é o tipo de prova mais utilizada e com o maior peso. O presente trabalho busca demonstrar as fragilidades da prova testemunhal e a necessidade de que sua valoração ocorra de forma mais cautelosa. A cautela deve estar presente também no momento da produção da prova testemunhal. O presente trabalho demonstra que os operadores do direito não possuem treinamento específico em técnicas de entrevista de testemunha, o que os leva a adotarem práticas danosas à testemunha e a preservação das memórias. Nesse sentido, é abordada a técnica da Entrevista Cognitiva, como técnica de entrevista investigativa necessária para minimizar a ocorrência das falsas memórias e construir um ambiente mais confortável e seguro para a testemunha. Finalmente, é feita uma análise do discurso acerca da prova testemunhal presente nos manuais de direito processual penal. Conclui-se que os autores, em sua maioria, ainda estão atrelados a conceitos ultrapassados acerca do funcionamento da memória e dos procedimentos inerentes à produção e valoração da prova testemunhal. O Estado deve criar programas de treinamento de servidores públicos envolvidos no procedimento de colheita do depoimento testemunhal, instituindo como padrão a técnica da Entrevista Cognitiva.

Palavras-chave: Falsas Memórias; Prova Testemunhal; Processo Penal; Psicologia Jurídica; Entrevista Cognitiva.

ABSTRACT

False memories are created by merging information that was not originally present. It can occur through information that is suggested to the individual by people and the environment, or through internal process, without any suggestion. The study of false memories has great relevance on the legal field, considering that the testimonial proof is the type of proof most used and with greatest value. The present study intends to demonstrate the weaknesses of testimonial proof and the need that its valuation occurs cautiously. Caution must also be present now of testimonial proof production. The present study demonstrates that law professionals do not have specific training on witness interview techniques, which leads them to adopt harmful practices to the witness and to the memory preservation. In this perspective, the Cognitive Interview technique is approached as an investigative interview technique necessary to reduce the occurrence of false memories and to build a more comfortable and safe environment to the witness. Finally, it is made an analysis of the discourse about testimonial proof present on the manuals of criminal proceedings. The study finds that most part of the authors are still tied to outdated concepts about how memory works and the procedures inherent to the production and valuation of testimonial proof. The State must create training programs for public servants involved on witnesses interview, establishing the Cognitive Interview technique as standard.

Palavras-chave: False memories; Testimonial Proof; Criminal Proceedings; Legal Psychology; Cognitive Interview

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 MITO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL.....	12
1.1 O SISTEMA DE PROVAS E O PROBLEMA DA VERDADE SEGUNDO MICHEL FOUCAULT	14
1.2 A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
2 O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA	21
2.1 O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS.....	22
2.2 A TEORIA CONSTRUTIVISTA.....	24
2.3 A TEORIA DO MONITORAMENTO DA FONTE	25
2.4 A TEORIA DO TRAÇO DIFUSO	26
2.5 A ENTREVISTA COGNITIVA	28
2.5.1 Primeira Etapa: Construção do <i>Rapport</i>	31
2.5.2 Segunda Etapa: Recriação do Contexto Original.....	33
2.5.3 Terceira Etapa: Narrativa Livre.....	34
3 PANORAMA ATUAL ACERCA DOS MÉTODOS UTILIZADOS NA COLETA DO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA NO BRASIL.....	40
3.1 FASE PRÉ-INVESTIGATIVA	40
3.2 FASE INVESTIGATIVA.....	41
3.3 FASE PROCESSUAL	44
4 ANÁLISE DO DISCURSO DOUTRINÁRIO ACERCA DA PROVA TESTEMUNHAL	49
4.1 PROCEDIMENTO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS	49
4.2 A DEFINIÇÃO DE TESTEMUNHA.....	54
4.3 A INDIVIDUALIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL	59

4.4 O PROCEDIMENTO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS E O PROTAGONISMO DO MAGISTRADO.....	60
4.5 O DEPOIMENTO POLICIAL.....	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

Por muito tempo a atividade de lembrar foi conceituada como perfeita e objetiva, como se a memória funcionasse como um gravador ou filmadora (Loftus, 1979, *apud* Stein, 2015, p. 32). Novos estudos desmitificaram essa ideia, desvelando inúmeros fatores que podem influenciar a memória. Contraposto ao conceito antigo, a Psicologia revelou que ao lembrar, o indivíduo não busca memórias intactas preservadas em seu cérebro, mas ao invés disso, reinterpreta os estímulos, ou seja, aquilo que foi vivenciado. Além disso, as lembranças podem se misturar com fatos desconectados do ocorrido, como notícias que a pessoa leu, fatos imaginados e outros eventos vivenciados.

A confusão no resgate dessas memórias pode ser tamanha, que uma memória pode ser completamente desfigurada, se tornando falsa. A falsa memória pode ser definida como o fenômeno no qual o indivíduo se lembra de situações que nunca aconteceram, ou que aconteceram de forma diferente da qual foram recuperadas. (Neufeld, Brust, e Stein, 2010; Reyna e Brainerd, 1995). Deve ser esclarecido também que as falsas memórias não são causadas por um funcionamento patológico do cérebro, mas por mecanismos normais que fazem a memória funcionar tão bem no ser humano. (Schacter, 2013, p. 56).

Uma memória falsa pode ser completamente inofensiva, mas também pode alterar a vida de uma pessoa para sempre. Este é o caso da prova testemunhal, que pode imputar a responsabilidade de um ato injustamente para um indivíduo. Isso é ainda mais grave no processo penal, no qual a prova testemunhal possui uma relevância ainda maior que em outras áreas do direito, tendo em vista que na maioria dos casos, é o único meio de prova disponível.

Este fenômeno é discutido de forma ampla na área da psicologia, especificamente na Psicologia do Testemunho, ramo da Psicologia Jurídica que analisa os relatos das testemunhas sobre os acontecimentos. Apesar dessa ampla discussão, o campo jurídico brasileiro absorveu muito pouco do que foi discutido na área da Psicologia. As técnicas de entrevista são antiquadas e não existem mecanismos jurídicos específicos para combater a ocorrência do fenômeno.

O estudo deste fenômeno ganhou força com o grande número de condenações injustas baseadas em provas testemunhais que foram revertidas com o advento dos testes de DNA, que possibilitaram um tipo de prova objetiva e independente das provas testemunhais. Nesse sentido, deve ser mencionado o “Innocence Project”, ONG fundada por Peter Neufeld e Barry Scheck em 1992, que reverteu 347 condenações por meio de testes de DNA (Innocence Project,

2016). A ONG relata que mais de 70% das condenações que foram revertidas, tinham como principal fundamento a prova testemunhal (Innocence Project, 2016).

O argumento central da presente monografia é de que a partir dos estudos da Psicologia do Testemunho revela-se a fragilidade da prova testemunhal. Dessa forma, a prova testemunhal deve ser retirada de seu local de protagonismo e exaltação no processo penal, devendo o magistrado ter a consciência desta fragilidade e ponderar também sobre outras possibilidades no momento de formar o seu convencimento.

Para tanto, a presente monografia foi dividida em duas partes. Na primeira parte, será abordado o debate sobre o conceito de verdade real e os limites existentes para a comprovação dos fatos no processo penal. O objetivo neste ponto é combater a ideia de que é possível recuperar uma verdade absoluta e objetiva no processo, assim como a ideia de que é possível corresponder de forma exata um fato passado com a norma objetiva. A verdade construída no âmbito de um processo é relativa e imperfeita e a consciência deste fato prevê uma cautela maior na valoração das provas.

Em seguida, serão problematizados os diferentes tipos de prova encontrados na Grécia Antiga e no Direito Germânico, evidenciando a relação de poder que as envolvia. Esse retrospecto se faz necessário para quebrar a concepção de que as provas estão e sempre estiveram ligadas à racionalidade. Na verdade, o sistema de provas se modificou conforme as necessidades políticas e procedimentais, o que é bem diferente de uma evolução dos sistemas em busca de uma imparcialidade e racionalidade (Foucault, 2005, p. 72-73).

Após essa breve problematização acerca do mito da verdade real e da irracionalidade que permeou os diferentes sistemas de prova, é abordado o funcionamento da memória e como ocorre o fenômeno das falsas memórias. É abordada também a técnica da Entrevista Cognitiva, que busca minimizar a ocorrência das falsas memórias e construir um ambiente mais confortável e seguro para a testemunha.

Finalmente, por meio de pesquisa realizada por Lilian Stein em 2015, é analisada a situação atual do Brasil no que concerne ao procedimento de colheita de depoimentos nas diferentes fases do processo penal, sendo retratadas as falhas nos procedimentos e demonstrada a necessidade de mudanças drásticas no treinamento dos operadores do direito.

No quarto capítulo, os discursos dos juristas brasileiros em manuais de direito processual penal são analisados. A importância desta análise se justifica pelo fato de que são esses manuais que influenciam a formação dos futuros juristas e operadores do direito, sendo

citados em petições e decisões como forma de elucidar algum conceito ou apenas para conferir autoridade a algum argumento.

Faz-se importante, portanto, verificar como está sendo feita a conceituação da prova testemunhal, assim como qual é o discurso dos juristas acerca desta. Se a prova testemunhal ainda é conceituada como algo objetivo e simples ou se a sua fragilidade já é observada, assim como alguns fatores que podem influenciar a colheita do depoimento.

1 MITO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

Não é mistério que no processo se faz história, tendo em vista que em muitos casos a controvérsia gira em torno do que realmente teria acontecido, quem estaria falando a verdade ou não. É instaurada uma disputa, na qual o acusador imputa um delito ao acusado, que tem a faculdade de se defender da forma adequada, podendo apresentar contraprovas e demonstrar lacunas e falhas na acusação (Ferrajoli, 2002, p. 490). Mas para essa disputa ocorrer de forma adequada, se faz necessária a paridade entre as partes, de forma que ambas as verdades possam ser apresentadas de forma adequada ao magistrado (Ferrajoli, 2002, p. 490).

Desta forma, o juiz faz papel de historiador, construindo a história por meio dos fatos e provas apresentados pelos advogados das partes. O que não se reconhece é que existe uma diferença abissal entre a verdade construída no processo e o que realmente ocorreu. Este seria o mito da verdade real, que consiste na falsa crença de que seria possível reconstruir de forma objetiva e infalível o ocorrido (Carnelutti, 2013, p.25).

Deve ser ressaltado ainda que o sistema judiciário busca impor uma pena grave ao acusado, mesmo sendo um sistema que comete erros diariamente (Carnelutti, 2013, p.35). Sendo assim, o direito de defesa ser garantido em sua plenitude, de forma a tentar diminuir a quantidade destes erros. Se o acusador não possui provas, possui lacunas lógicas em seu raciocínio e deixa dúvidas em relação a veracidade daquilo que está sendo alegado, como condenar o acusado a perder o seu bem mais precioso que consiste em seu tempo em liberdade?

Essas afirmações podem ser óbvias e repetitivas para os juristas, mas a ideia de que a atuação da defesa do acusado constitui apenas um entrave à “Justiça”, se torna cada vez mais comum na população em geral. A concepção de uma “Justiça” cega e idônea que teria como função a resposta aos anseios da sociedade e a punição dos acusados pelas suas escolhas, nunca desapareceu da sociedade.

Existe uma crença na infalibilidade do sistema judiciário que reforça o mito de verdade real, escondendo o fato de que a sentença do juiz se resume a uma escolha entre as verdades apresentadas pelas partes. As provas, alegações e testemunhos jamais poderão reconstruir de forma exata o que originou o processo. Prova disso é que os juristas ainda classificam a prova testemunhal na mesma categoria das outras provas, a exemplo da prova documental (Carnelutti, 2013, p.26). A transcrição de um depoimento não imprime as emoções, as inflexões de voz, as entonações e diversos outros fatores que são essenciais para se avaliar um depoimento, estes

são transcritos em letras frias que são anexadas ao processo. E este problema é agravado na segunda instância, já que na primeira o magistrado presencia o depoimento, enquanto que nas instâncias superiores, é dado acesso apenas ao depoimento processual (Carnelutti, 2013, p.35).

Exemplo interessante de como um depoimento pode ser alterado em sua transcrição consiste na linguagem dos boletins de ocorrência. É extremamente comum encontrar nestes boletins o depoimento da seguinte forma: A vítima alega que foi assaltada, que o assaltante estava armado, que correu muito rápido após ter sido ameaçada, que perdeu o assaltante de vista. Uma das causas para a utilização desta linguagem, consiste justamente na facilidade de transcrição, o servidor que faz a transcrição pode resumir o depoimento nos pontos mais importantes e não ter dificuldades nisso, tendo em vista que pode conectar qualquer oração com o “que”.

Atualmente, uma possível solução seria gravar em vídeo todos os depoimentos, sempre que possível. Mas a lógica fordista que orienta o sistema judiciário com sistema de metas de produção e celeridade fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, dificulta a visualização integral dos vídeos pelos julgadores, assim como qualquer outra tarefa que prejudique a produção de decisões em massa. Mas, ainda assim, seria mais um recurso a dispor da defesa, sendo certo que estes devem ser ampliados ao máximo.

Estes fatos só demonstram como que a realidade jamais poderá ser transcrita em um processo, a verdade jamais receberá uma etiqueta de protocolo e ficará cristalizada de forma objetiva, podendo ser consultada sempre que necessário. A verdade não pode mais ser conceituada como uma preposição fixa e imutável, mas uma preposição que contem falhas internas, algo que está em constante evolução.

Portanto, não é absoluta, mas relativa, as coisas são verdadeiras (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos que possuímos delas (Ferrajoli, 2002, p. 42). Essa crença em uma verdade fixa e imutável, possível de ser percebida e transcrita, é realçada ainda por uma valorização exacerbada do método científico, que ganhou força no Iluminismo.

As decisões judiciais não se fundamentam na verdade, mas na convicção do juiz, na sua discricionariedade de escolher a via que preferir para terminar um processo permeado de incertezas e versões (Garcia, 2015, p. 71). Cabe ao magistrado atribuir o sentido e valor as provas, e prolatar uma sentença que constrói uma relação entre as provas e versões apresentadas pelas partes. (Garcia, 2015, p. 71).

Contraposta a essa ideia de infalibilidade e racionalidade das provas no processo, está a abordagem feita por Michel Foucault acerca do sistema probatório adotado pela Grécia Antiga e pelo Direito Germânico.

1.1 O SISTEMA DE PROVAS E O PROBLEMA DA VERDADE SEGUNDO MICHEL FOUCAULT

Em *A verdade e as Formas Jurídicas*, Foucault nos revela que na Grécia Antiga, quando existia uma discordância entre as pessoas, era instaurada uma disputa. Nesta disputa, eram feitos desafios nos quais os litigantes juravam estar ou não com a verdade, atribuindo consequências para si mesmos caso estivessem mentindo. Por isso, eram invocados os nomes dos deuses ou eram feitas promessas com consequências devastadoras para si mesmo.

Desta forma, seriam os deuses que decidiram quem estava com a verdade, se aquele que jurou em nome de Zeus estivesse mentindo, o raio de Zeus desceria sobre ele (Foucault, 2005, p.33). Mas Foucault fala ainda sobre um risco, sobre aceitar a possibilidade de receber a punição dos deuses caso não estivesse com a verdade. O encargo de decidir com quem está a razão é transferido para o próprio desafio, para a disputa em si, para o encargo atribuído aos litigantes (Foucault, 2005, p.53). Neste procedimento não há juiz, sentença, verdade, inquérito nem testemunho para saber quem disse a verdade (Foucault, 2005, p.53).

Isso ultrapassa a ideia de mentira e contempla a incerteza. Ora, se eu não tenho certeza do que realmente ocorreu, devo me arriscar? O prêmio para o vencedor da disputa vale este risco? Estas eram as ponderações que os gregos tinham que fazer, deveriam sempre avaliar a certeza que tinham sobre suas vivências e memórias. Afinal, a punição pelo erro em suas alegações recairia sobre si próprio e não sobre o outro, como ocorre no processo penal atual. Isso porque, atualmente, cabe ao magistrado decidir entre as duas verdades apresentadas, e caso esteja errado, o prejuízo não será causado para si, mas sim para o réu.

Foucault aborda também a prova testemunhal na Grécia Antiga, onde demonstra que a testemunha poderia vencer a disputa de poder travada entre os mais poderosos, instaurada com o intuito de saber com quem estaria a verdade (Foucault, 2005, p.54). O poder da testemunha residia não em suas características subjetivas ou materiais, mas por estar presente no ocorrido de forma imparcial. A testemunha não teria interesses, seria detentora da verdade mesmo destituída de qualquer tipo de poder (Foucault, 2005, p.54).

No Direito Germânico, a prova era feita de forma similar, eram feitas uma série de provas aprovadas previamente pelos litigantes, por meio das quais não se provava com quem estava a verdade, mas a força, o peso e a importância de quem a dizia (Foucault, 2005, p.59). Existiam quatro tipos de provas no Direito Germânico: as provas testemunhais, as provas verbais, as provas mágico-religiosas e as provas corporais (Foucault, 2005, p.59-60).

A prova testemunhal se diferenciava da feita na Grécia Antiga, isso porque o sistema de prova testemunhal era voltado não para a inocência do acusado, mas para a sua importância social (Foucault, 2005, p.59). O juramento não se fundava no que a testemunha teria visto, na verdade o requisito para testemunhar se fundava na relação de parentesco com o acusado (Foucault, 2005, p.59). Desta forma, era provada a sua importância social, a solidariedade que ele poderia obter, seu peso, influência, a importância do grupo ao qual pertencia e das pessoas que se dispunham a apoiá-lo em uma disputa (Foucault, 2005, p.59).

Existia também a prova de tipo verbal, na qual o acusado tinha que pronunciar fórmulas, onde seu sucesso dependia de pronunciar um jogo verbal da forma correta (Foucault, 2005, p.59). Um erro de gramática ou uma troca de palavras o condenaria ao fracasso (Foucault, 2005, p.59). Caso se tratasse de uma mulher, um menor de idade ou um padre, o acusado poderia ser substituído por outra pessoa, que se transformaria mais tarde na figura do advogado (Foucault, 2005, p.60).

O terceiro tipo de prova consistia nas provas mágico-religiosas do juramento (Foucault, 2005, p.60). Pedia-se que o acusado prestasse juramento, e caso não ouvisse ou hesitasse, perderia o processo (Foucault, 2005, p.60). Finalmente, o último tipo de prova consistia nos ordálios, provas físicas nas quais o acusado se submetia a uma espécie de luta ou jogo com o próprio corpo (Foucault, 2005, p.60). Provas como lutas físicas entre os litigantes ou andar na brasa quente e não ter mais cicatrizes depois de alguns dias ou até amarrar a mão direita ao pé esquerdo e ser jogado na água (Foucault, 2005, p.60).

Nesse sistema, só havia duas possibilidades: aceitar a prova e tentar sair vencedor ou recusar a prova e perder o processo de antemão (Foucault, 2005, p.60). Nesse sistema também não existe juiz que julga o mérito da questão, apenas um indivíduo que se encarrega de fiscalizar a regularidade da disputa (Foucault, 2005, p.59). Portanto, a prova no Direito Germânico não tem o objetivo de esclarecer os fatos, de trazer a verdade, mas de regularizar e ritualizar a guerra, a disputa de poder entre os litigantes (Foucault, 2005, p.60).

A relação entre poder e processo era clara, o mais forte e poderoso sempre estaria certo. Mas, apesar de ser mais escancarado na Grécia Antiga, essa afirmativa ainda é verdadeira. O

sistema judiciário brasileiro se orienta mais pela autoridade, do que pela valoração de princípios e normas (Lima, 2010, p. 43). Existe uma desigualdade legal e explícita entre os interlocutores no processo penal brasileiro (Lima, 2010, p. 43), de forma que a batalha ideal de argumentos e versões que fundamenta o contraditório é prejudicada.

De um lado, temos o promotor de justiça, cuja própria denominação o reveste de um manto de detentor da verdade, cuja função é promover a justiça em prol da sociedade, sacrificando o seu tempo e dedicação para defender os interesses coletivos. O promotor é subordinado ao Estado e o integra como seu funcionário.

E o seu adversário é o réu, que presumidamente busca se esquivar da justiça que o Estado se empenha em atingir, sendo presumidamente culpado até que se prove o contrário. Dotado não da força do Estado e dos interesses coletivos, mas apenas do interesse individual e autocentrado. Assim, impossível alegar que temos uma batalha igualitária entre duas versões ou duas verdades ocorrendo no processo.

Kant de Lima demonstra que a relação entre verdade e processo se diferencia a depender do sistema penal adotado. Nesse sentido, o autor explica que nos Estados Unidos a acusação pode entrar em acordo com o acusado, e nessa negociação, mudar o tipo penal que consta na denúncia (Lima, 2010, p. 41). Trata-se, portanto de uma verdade relativa que pode ser moldada pelas partes, muito diferente da verdade real que é batalhada pelas partes e imposta por um terceiro supostamente imparcial, como ocorre no sistema brasileiro¹ (Lima, 2010, p. 41).

O paradigma de sistema probatório como regularização e ritualização da guerra só será substituído por outro por volta do século XII, onde aparece a figura do procurador, o representante do soberano que se sente lesado diante da ocorrência de uma infração (Foucault, 2005, p.65-66). Poderia se dizer também que é neste momento que surge a ideia de dano à coletividade, a ordem pública, tão comuns em nosso sistema penal.

Anteriormente, o dano se situava apenas entre os litigantes, cabendo ao Estado apenas a fiscalização da disputa, agora a infração atinge também o próprio Estado (Foucault, 2005, p.66). E é justamente pelo surgimento do procurador que o antigo modelo de prova como disputa se torna inviável (Foucault, 2005, p.67). O procurador não poderia arriscar sua vida em uma disputa para provar que o acusado cometeu uma infração (Foucault, 2005, p.67).

Surgem então dois novos modelos de prova: o flagrante delito e o inquérito (Foucault, 2005, p.68). O flagrante delito ocorria quando as pessoas presenciavam o cometimento do

¹ Deve ser pontuado que o presente trabalho não busca apresentar o sistema judiciário norte-americano como ideal, mas apenas, demonstrar que a verdade real que orienta o processo penal não é a regra em todos os sistemas.

delito, levando ao soberano o acusado e testemunhando contra ele (Foucault, 2005, p.68). O inquérito seguiu uma forma que já tinha existido no Império Carolíngio, o procurador reunia um grupo de pessoas consideradas capazes de conhecer os costumes, o Direito ou os títulos de propriedade (Foucault, 2005, p.68-69). Depois, fazia com que eles jurassem dizer a verdade, o que conheciam, o que tinham visto ou o que teriam ficado sabendo sobre o ocorrido (Foucault, 2005, p.69). Em seguida, essas pessoas eram deixadas a sós para deliberarem e apresentarem uma solução para o procurador (Foucault, 2005, p.68).

Esse método é apropriado pela Igreja da Alta Idade Média, na Igreja Merovíngia e Carolíngia, e passa a ser denominado de *visitatio* (Foucault, 2005, p.70). Na *visitatio*, o bispo percorria a sua diocese e precedia a uma inquirição geral, onde perguntava aos que considerava como aqueles que deviam saber (idosos, os mais sábios, notáveis e etc.), o que tinha acontecido, e se havia ocorrido falta, crime ou pecado (Foucault, 2005, p.70-71). Caso houvesse, o bispo procedia a uma inquirição especial, para apurar o que teria ocorrido, quem seria o autor e o que tinha cometido (Foucault, 2005, p.70).

Esse é o procedimento que vai ser adotado pelo procurador do Rei, quando não fosse possível o flagrante delito (Foucault, 2005, p.71). O inquérito substitui o flagrante delito, por meio dos testemunhos seria possível o flagrante delito de forma indireta (Foucault, 2005, p.71). Nasce então o mito de que se poderia transpor o passado para o presente de forma exata por meio do testemunho, o passado passa a ser julgado como se estivesse ocorrendo no presente. Um dos motivos que justificavam a prova como disputa seria o reconhecimento dessa impossibilidade. Diante do litígio entre duas verdades, restaria apenas a disputa, tendo em vista que seria impossível saber com quem estaria a verdade, seria impossível fazer a transposição do passado para o presente que passa a ser feita no inquérito da Idade Média.

Com esse retrospecto acerca dos diferentes tipos de prova que estiveram presente durante a história, nota-se não só o protagonismo do poder na relação processual, mas a importância da prova testemunhal. É a testemunha que mesmo sem poder e influência, pode vencer os poderosos, apenas por ter visto o ocorrido. Percebe-se também o protagonismo da prova testemunhal, eram as testemunhas que diziam ao bispo o que teriam visto ou o que teriam ficado sabendo, e a preocupação com a verdade parecia se resumir apenas ao juramento de que estaria se falando a verdade. Os erros da memória, as informações imprecisas ou confusas, nada disso era levado em conta quando se colhiam os testemunhos.

Apesar de se manter sob um manto de racionalidade, o sistema probatório adotado no Brasil esconde um conjunto enorme de defeitos e contradições, estando extremamente

desatualizado em relação às descobertas científicas advindas da Psicologia do Testemunho. Para compreender esses atrasos e irracionalidades, serão tecidas breves considerações acerca do sistema adotado pelo Brasil.

1.2 A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sendo a atividade jurisdicional nada mais do que a escolha entre duas verdades, o que daria um respaldo fático para esta escolha? O que conferiria legitimidade a esse poder de decidir sobre a vida do acusado? Como o magistrado “prestaria” contas para a sociedade vingativa, que acompanha o processo criminal como se este fosse um verdadeiro espetáculo punitivo? A resposta destas perguntas está nas provas, são estas que dão a aparência de que o provimento jurisdicional não é apenas uma escolha entre duas verdades, mas sim uma mera constatação dos fatos. O provimento jurisdicional está vinculado a uma verdade relativa, a verdade construída nos autos. O provimento depende disto para que não se torne apenas um exercício de poder arbitrário, mas o exercício de um poder baseado em uma verdade (Ferrajoli, 2002, p. 497).

No Código de Processo Penal brasileiro, podemos identificar consequências práticas desse mito de que o pronunciamento jurisdicional é uma constatação perfeita e objetiva dos fatos, que são apresentados por meio de um conjunto de provas ao juiz. Nesse sentido, confira-se o artigo 386 do Código, que lista as hipóteses de absolvição do agente:

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

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Percebe-se que, com exceção do inciso III, todos os incisos mencionam a prova como requisito para o provimento jurisdicional. O sistema processual penal tem a prova como princípio legitimador de suas escolhas. Não existindo provas, o acusado deve ser inocentado. E

este é um dos poucos momentos que o sistema judiciário assume a sua falibilidade, mesmo que existam indícios e que uma verdade seja mais convincente que a outra, é vedada a condenação se não existirem provas suficientes.

Apesar de a ilusão de que o sistema probatório atual foi o resultado de um longo processo evolutivo, este está permeado por irracionalidades e contradições. As testemunhas são alertadas das penalidades caso estejam prestando falso testemunho, mas não é feito nenhum alerta acerca das imprecisões da memória. A fidedignidade do relato é auferida apenas na certeza que a pessoa tem ao testemunhar, na forma que fala, nas emoções expressadas e etc.

Um exemplo concreto que comprova essa afirmação vem da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que apontou o grau de certeza da testemunha como um dos cinco critérios válidos para avaliar a prova testemunhal (Lindsay et al., 2007, *apud* Stein, 2015, p. 24). Essa crença também é compartilhada por policiais, promotores, membros do júri e até pelos advogados de defesa (Brewer e Wells, 2006, *apud* Stein, 2015, p. 24).

Apesar desta crença ser compartilhada pela maioria dos operadores do direito, estudos científicos apresentam resultados contrários a ela. O estudo de Roediger, Wixted e Desoto demonstra que a relação de acurácia e grau de certeza depende muito mais do momento de recuperação das memórias do que da forma como as memórias foram registradas (Roediger, Wixted e Desoto, 2012, *apud* Stein, 2015, p.24). Um interessante estudo conduzido por Elizabeth Loftus demonstrou ainda que as pessoas defendem fervorosamente a veracidade de falsas memórias, mesmo depois de terem sido informadas de como as mesmas tinham sido implantadas deliberadamente pelos pesquisadores (Loftus, 1995, p. 724).

Por isso, é de grande importância esclarecer as falhas as quais o relato testemunhal está sujeito, de forma a desconstruir a ideia de que seria possível reconstruir um evento de forma exata em um processo. Neste sentido, se faz de grande importância lembrar o que Friedrich Nietzsche havia dito sobre a relação entre natureza e conhecimento: "O caráter do mundo é o de um caos eterno; não devido à ausência de necessidade, mas devido à ausência de ordem, de encadeamento, de formas, de beleza e de sabedoria" (Foucault, 2005, p.18).

Temos a impressão de que a natureza está lá para ser conhecida de forma plena e acurada pelo ser humano, mas a realidade é que muitas questões jamais terão respostas, e muitos erros serão cometidos nas certezas plenas. E o processo penal é feito de certezas que escondem os erros, sentenças de absolvição que demonstram a injustiça de se ter apontado o dedo acusatório para o réu, sentenças de condenação por crimes jamais cometidos e penas inadequadas para o apenado (Carnelutti, 2013, p. 35).

O problema das falsas memórias começou a ganhar relevância com o advento do exame de DNA, que possibilitou um tipo de prova mais objetiva e que acabou por contradizer depoimentos e reconhecimentos que desempenharam papéis centrais na condenação de alguns indivíduos. Com certeza são injustiças que jamais serão extirpadas do sistema penal, mas o que se espera ao desenvolver um trabalho acadêmico deste gênero consiste justamente em conscientizar os operadores do direito sobre a falibilidade do sistema que operam e da espada de tinta que seguram em suas mãos, que parece tão inofensiva mas muda vidas de forma drástica.

2 O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA

Acreditamos fielmente que aquilo que lembramos de nossas vivências corresponde de forma exata ao ocorrido. O transcurso do tempo ainda é visto como o único fator que pode alterar esta fidedignidade, como se as lembranças fossem uma foto deteriorada pelo tempo. Desta forma, quanto maior o transcurso do tempo, menos confiável a memória se torna, um retrato perfeito do ocorrido que se torna cada vez mais difícil de enxergar.

Apesar desta afirmativa ser relativamente verdadeira, existe um conjunto de fatores complexos que podem modificar as memórias de uma pessoa. Por isso, a memória nunca será precisa e completamente fidedigna. O conhecimento destes fatores se faz extremamente necessária atualmente, tendo em vista que a ideia de que as recordações de eventos relevantes é extremamente precisa ainda predomina no imaginário coletivo dos operadores do Direito. Neste tópico, serão descritos brevemente o funcionamento da memória e a ação de alguns mecanismos sobre ela.

O funcionamento da memória pode ser simplificado em três estágios: codificação, armazenamento e recuperação. Apesar de constituírem diferentes etapas do processo de lembrar, estes estágios interagem entre si, de modo que o método utilizado pelo cérebro para codificar o estímulo recebido, influenciará no que será armazenado e como será armazenado, o que por sua vez determinará o que poderá ser evocado posteriormente (Baddley, 2011, p.5). A codificação é definida como o processo no qual se transforma o estímulo sensorial em uma espécie de representação que possa ser armazenada no cérebro. Já o armazenamento se refere a como o indivíduo retém a informação codificada. Finalmente, a recuperação consiste em como o indivíduo acessa a informação armazenada (Sternberg e Sternberg, 2011, p.230).

A linha que divide a imaginação e a realidade no processo de recuperação é muito mais fina do que se imagina. Quando a memória é recuperada ela é consolidada novamente, de forma que pode incluir novas informações não encontradas na recordação original. Existe uma gama de evidências que demonstram que existe uma grande ligação entre os processos neurológicos envolvidos entre imaginar eventos futuros e memórias. Esta imaginação de eventos futuros é inerente ao ser humano, tendo em vista que imaginar os diferentes eventos que podem acometê-lo para se preparar antecipadamente desempenha um papel adaptativo de grande importância (Schacter, 2013, p. 57-58).

Nesta linha tênue entre imaginação e recordação é que se situa a problemática das falsas memórias. Todos estão alertas a possibilidade de uma pessoa se esquecer de alguns detalhes ou confundir algumas coisas em uma recordação, mas como dito anteriormente, a problemática das memórias é muito maior do que se imagina. Vamos começar então pela etapa inicial da memória: a codificação.

A codificação da memória pode ser afetada por várias circunstâncias subjetivas e ambientais no momento do ocorrido. Podemos citar como exemplo a influência da emoção na memória. Muitos acreditam que as memórias atreladas a uma forte carga emocional permanecem vívidas e detalhadas apesar do decurso do tempo. Assim, quando uma vítima chora ao relatar um assalto ou ao encontrar com o suspeito, muitos tendem a acreditar mais no relato. De fato, as memórias atreladas a uma forte carga emocional são as que permanecem vívidas e detalhadas por mais tempo, mas não são necessariamente acuradas (Kaplan et. al., 2016, p. 8).

Quando as pessoas vivem um evento intenso emocionalmente, a sua atenção se volta para o que é mais importante para os seus objetivos (Kaplan et. al., 2016, p. 8). Assim, aquilo que não se enquadra nos seus objetivos recebe menos atenção, fazendo com que o cérebro armazene menos informações sobre aquilo que não considera importante (Kaplan et. al., 2016, p. 8). Não havendo informações armazenadas, as pessoas se tornam mais suscetíveis a informações sugeridas, e conseqüentemente, a falsas memórias (Kaplan et. al., 2016, p. 8).

No próximo tópico, será apresentado o conceito de falsas memórias e, em seguida, as teorias que buscam explicar as causas do fenômeno.

2.1 O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS

As falsas memórias podem ser divididas em espontâneas e sugeridas. As falsas memórias espontâneas teriam sua origem em processos internos do indivíduo, enquanto as sugeridas teriam sua origem no ambiente (Loftus, Miller e Burns, 1978, *apud* Stein, 2010, p. 25). Nas espontâneas ou autosugeridas, a pessoa pode recordar de uma informação como se pertencesse a um evento, mas, na verdade, pertence a outro, podendo ser inclusive um evento imaginado ou sonhado (Stein, 2010, p. 25).

Já nas falsas memórias sugeridas, um novo fato é sugerido pelo ambiente ou por um terceiro, de forma que o indivíduo aceita essa informação e a assimila como se pertencesse ao fato recordado (Loftus 2004, *apud* Stein, 2010, p 26). Um exemplo seria fazer a pergunta: como estava o pão com queijo que você comeu ontem no café da manhã? Ao ouvir a pergunta, a

pessoa pode assimilar a informação sugerida e se lembrar de ter comido o pão com queijo, quando na verdade comeu um pedaço de bolo. A pergunta parte do princípio de que a pessoa realmente comeu o pão, inexistindo qualquer dúvida em relação a isso. A dúvida do interlocutor residiria apenas em como estava a qualidade dele, o que faz com que a pessoa foque apenas onde está a dúvida.

A ampla maioria das pesquisas científicas sobre falsas memórias se concentra na criação de falsas memórias por meio de sugestões. Diante disso, faz-se necessário citar importante estudo de Foster e Garry, onde foi avaliada a possibilidade de criar falsas memórias sem a sugestão de informações. Nesse estudo, os pesquisadores pediram que pessoas montassem dois tipos de veículos de LEGO diferentes (carro de polícia e trem) sendo que algumas das ações seriam realizadas por uma pessoa da equipe de pesquisa, enquanto os participantes estavam de olhos fechados (Foster e Garry, 2012, p. 227-228). Existia ainda um terceiro tipo que não foi montado no dia (planador biplano) (Foster e Garry, 2012, p. 228). Os veículos foram escolhidos pela grande diferença física entre eles (Foster e Garry, 2012, p. 228).

No dia seguinte, foram mostrados vídeos aos participantes, onde uma pessoa montava os veículos citados (Foster e Garry, 2012, p. 228). Então, os pesquisadores perguntavam se as pessoas se lembravam de terem realizado algumas das ações demonstradas nos vídeos. Os resultados demonstraram que algumas pessoas se lembravam de terem executado as ações relativas a montagem do veículo que não foi montado, e de ações que foram executadas pelos pesquisadores (Foster e Garry, 2012, p. 228). As falsas memórias foram mais frequentes em relação às ações similares, ou seja, em relação ao veículo que foi montado pelo participante e pelo pesquisador de forma conjunta, do que em relação ao veículo que não foi montado (Foster e Garry, 2012, p. 228).

Mas qual seria a causa das falsas memórias? Existem três modelos teóricos principais que explicam o funcionamento da memória e apresentam explicações distintas para o fenômeno, sendo que todos possuem seus acertos e limitações. Fica evidente, portanto, que ainda não existe um modelo teórico adotado de forma uníssona pela psicologia para explicar as falsas memórias, sendo incerto se esta é uma etapa temporária ou se o dissenso será duradouro. Isso porque se trata de fenômeno extremamente complexo que teve a sua discussão acadêmica iniciada recentemente.

2.2 A TEORIA CONSTRUTIVISTA

O Paradigma Construtivista concebe a memória como um sistema único que vai sendo construído sobre o que as pessoas entendem da experiência, como a significam, e não a experiência da forma que realmente ocorreu. Desta forma, cada nova informação é compreendida e reescrita a partir de experiências prévias (Bransford & Franks, 1971, *apud* Stein, 2010). Dentro dos pressupostos deste paradigma, foram originadas duas teorias que dão explicações diferentes acerca das falsas memórias: a Teoria Construtivista e a Teoria dos Esquemas.

A Teoria Construtivista entende que o indivíduo incorpora na memória a compreensão de novas informações, extraindo o seu significado e reestruturando-as de forma coerente com seu entendimento (Bransford e Franks, 1971, *apud* Stein, 2010, p.28). Desta forma, os indivíduos reconstróem as suas experiências de forma que tenham sentido (Stein, 2010, p. 28). A memória passa a ser uma interpretação composta por informações que estavam presentes no evento original e interpretações feitas a partir deles (Stein, 2010, p.28). O fundamento desta teoria está na construção de uma única memória (Gallo e Roediger, 2003; Loftus, 1995, *apud* Stein, 2010, p. 28). Consequentemente, a memória seria imperfeita por natureza, tendo em vista que os detalhes reais do ocorrido estariam sempre permeados por modificações baseadas em experiências e conhecimentos prévios.

Este foi o principal alvo das críticas direcionados a essa teoria, ou seja, de que somente o significado da experiência seria armazenado na memória, enquanto as informações específicas se perderiam (Stein, 2010, p.29). Neste sentido, alguns estudos científicos comprovam que, embora a informação exata seja mais facilmente esquecida, ela pode ser recuperada um longo tempo após o ocorrido (Stein, 2010, p.28). Já a memória significada tende a ficar acessível mesmo com o passar do tempo (Reyna e Kierman, 1994, *apud* Stein, 2010, p. 29). Os resultados desses estudos contradizem a unicidade da memória proposta pela Teoria Construtivista, já que a informação exata e os detalhes específicos estariam separados da significação dada à experiência pela pessoa (Stein, 2010, p.29).

A Teoria dos Esquemas partilha dos pressupostos da Teoria Construtivista, a divergência está no fato de que para os seus teóricos, a memória é construída a partir de esquemas mentais (Stein, 2010, p.29). Esquemas são representações criadas pelos indivíduos baseadas em suas experiências, os esquemas são divididos em grupos de acordo com a informação a qual pertencem. Desta forma, os esquemas preparam o indivíduo para as diversas situações que podem o acometer (Sternberg, 2000, *apud* Stein, 2010, p.29). Para os teóricos

desta teoria, as falsas memórias ocorrem devido a um processo de construção, no qual as informações novas são interpretadas à luz destes esquemas e integradas aos mesmos, conforme a categoria a qual pertencem (Stein, 2010, p.29). Desta forma, esse processo construtivista pode gerar distorções nas memórias que o indivíduo possui do evento.

Um exemplo simples seria o caso de uma pessoa que tranca a porta de sua casa todas as vezes que sai para o trabalho. É construído um esquema que consiste na ação de trancar a porta sempre que ela vai ao trabalho. Mas em um dia específico, essa pessoa esquece de trancá-la e se surpreende ao chegar em casa e perceber que a porta estava aberta. Em suas lembranças, lembra vividamente de ter trancado a porta, então porque estaria aberta? Porque as lembranças desse dia específico teriam sido interpretadas à luz de seus esquemas preexistentes, nos quais existe a informação de que ele tranca a porta todos os dias antes de sair para o trabalho. Dessa forma, foi criada uma falsa memória de seu dia.

A principal crítica feita a essa teoria é a mesma da Teoria Construtivista: a unicidade da memória. Ou seja, a de que as significações feitas pelos indivíduos modificam as recordações do evento, de forma a ser armazenado apenas uma memória já deturpada. Como dito anteriormente, estudos científicos refutam essa afirmação, ao comprovarem que a informação detalhada e a significação dada pela pessoa são armazenadas e recuperadas separadamente (Reyna e Kierman, 1994, *apud* Stein, 2010, p. 28).

2.3 A TEORIA DO MONITORAMENTO DA FONTE

A fonte da memória pode ser definida como a situação, local ou pessoa de onde uma informação é advinda (Stein, 2010, p. 31). Segundo a Teoria do Monitoramento da Fonte, as falsas memórias são causadas por um erro no momento de distinguir essa fonte (Stein, 2010, p. 31). Estas fontes podem ser internas (pensamentos, imagens, sentimentos e etc.) ou externas (advindas do ambiente, pessoas e etc.) (Stein, 2010, p. 31). Já o processo de monitoramento, pode ocorrer de forma consciente, mas também de forma rápida e automática (Stein, 2010, p. 31). Desta forma, o indivíduo pode acabar misturando a origem das informações, inserindo elementos que não estavam presentes na memória original. Isso pode ocorrer porque um evento recordado possui características semelhantes a outro, ou porque uma situação demanda um cuidadoso monitoramento da fonte das memórias recuperadas (Stein, 2010, p. 31).

Pode ocorrer por exemplo que todo dia um indivíduo coma feijão no almoço, mas em um dia específico, não teve vontade e decidiu por não comer. Ao lembrar esse dia, a pessoa pode acabar resgatando memórias de outros dias e se lembrar que comeu feijão, quando na

verdade não comeu. Outra situação, que é extremamente comum no âmbito jurídico, consiste no reconhecimento de pessoas. Um delegado mostra várias fotos de suspeitos para a vítima, que alega não reconhecer nenhum dos suspeitos. Depois de alguns dias, a vítima comparece a delegacia e, ao ver vários suspeitos enfileirados, resgata a memória da foto e reconhece um dos suspeitos como o autor do crime.

As principais críticas feitas em relação a essa teoria seria de que o processo de monitoramento da fonte consiste em um processo unitário, ao passo que estudos científicos demonstram que a recuperação de memórias verdadeiras e memórias falsas são processos distintos (Reyna, 2000; Reyna e Lloyd, 1997, *apud* Stein, 2010, p. 33). Relembrando o que foi dito anteriormente, esses estudos científicos comprovam que, embora a informação exata seja mais facilmente esquecida, ela pode ser recuperada um longo tempo após o ocorrido (Stein, 2010, p.28). Já a memória significada tende a ficar acessível mesmo com o passar do tempo (Reyna e Kierman, 1994, *apud* Stein, 2010, p. 28).

2.4 A TEORIA DO TRAÇO DIFUSO

A Teoria do Traço Difuso se diferencia das outras no que concerne a unicidade da memória. Os autores desta teoria entendem que a mente trabalha de forma intuitiva, criando atalhos cognitivos para as informações essenciais (Stein, 2010, p. 31). Desta forma, a memória seria composta por dois sistemas distintos: a memória de essência e a memória literal (Stein, 2010, p. 31). Como se depreende pelo nome, a memória de essência consiste nas informações mais importantes para a pessoa, podendo variar no grau de generalidade (Stein, 2010, p. 34). Já a memória de literalidade consiste nos detalhes específicos de cada evento, que se perdem mais facilmente com o tempo (Stein, 2010, p. 33 - 34), tendo em vista que não seria tão importante para o indivíduo quanto a memória de essência.

As falsas memórias espontâneas ocorreriam por um erro no processo de recuperação, quando o indivíduo se lembra de algo consistente com a memória de essência, mas que na verdade não ocorreu (Stein, 2010, p. 35). Já as falsas memórias sugeridas são erros causados por falsas informações apresentadas após o ocorrido (Stein, 2010, p. 34). Desta forma, ao receber uma informação sugerida consistente com a memória de essência, a pessoa pode incorporar uma informação a lembrança do evento, já que a memória literal e específica já teria se perdido (Stein, 2010, p. 34).

Outra explicação seria de que ao ser sugerida uma informação literal condizente com a memória de essência, esta informação está mais recente e pode até ser mais impactante,

passando a fazer parte da memória (Stein, 2010, p. 35). Quando a memória é autosugerida, a explicação dada pela teoria é de que a memória literal do evento se perde ou se torna inacessível, de forma que o cérebro preenche essa lacuna com uma memória de essência (Stein, 2010, p. 35).

A Teoria do Traço Difuso contém cinco postulados, sendo o primeiro deles o armazenamento paralelo das informações (Stein, 2010, p. 34). Esse postulado consiste no fato de que ambas memórias possuem a mesma origem e são processadas simultaneamente, diferenciando-se da unicidade da memória proposta pelo Paradigma Construtivista (Stein, 2010, p. 34). O segundo postulado é um corolário lógico do primeiro, já que sendo armazenadas de formas separadas, as memórias também são recuperadas por meio de processos independentes (Stein, 2010, p. 34).

O terceiro postulado afirma que a pessoa faz um julgamento de veracidade dos traços de informações recuperadas (Stein, 2010, p. 35). Assim, ao tentar recuperar uma memória literal, o indivíduo pode recuperar uma memória de essência e reconhecê-la como errônea, uma memória literal pode ser recuperada e reconhecida como adequada e uma memória de essência pode ser recuperada e reconhecida como congruente, originando uma falsa memória (Stein, 2010, p. 35-36).

O quarto postulado versa sobre a comparação de durabilidade entre as memórias literais e de essência (Stein, 2010, p. 36). A memória de essência possui uma durabilidade maior e menos fragilidade para interferências, enquanto a memória literal possui uma durabilidade menor e mais fragilidade (Stein, 2010, p. 36). O último postulado versa sobre a habilidade de recuperação dos traços de memória (Stein, 2010, p. 36). Essa habilidade é aprimorada ao longo do tempo para os dois tipos de traços de memória (Stein, 2010, p. 36). Deve ser ressaltado, porém, que idosos tem mais dificuldade de recuperar traços literais (Brainerd e Reyna *apud* Stein, 2010, p. 36), ao passo que crianças pequenas tem maior dificuldade em trabalhar com traços de essência do que com traços literais (Stein, 2010, p. 36).

A primeira crítica feita à Teoria dos Traços Difusos consiste na dificuldade de avaliação dos casos em que as falsas memória seriam resultado de processos abstratos e reflexivos explicados pelo caráter difuso do traço de essência (Stein, 2010, p. 36). A segunda crítica se refere ao fato de que a teoria explora pouco os erros cognitivos subjacentes à confusão de memória para detalhes superficiais das duas fontes de informação (Stein, 2010, p. 37). A última crítica questiona a divisão da memória em traços, tendo em vista a existência de estudos que demonstram a possibilidade de recuperação de detalhes literais duradouros, contrariando o

princípio da curta durabilidade dos traços literais e das falsas memórias baseadas em aspectos semânticos e perceptualmente vívidos, fato este que contraria o caráter difuso da memória (Lindsay e Johnson, *apud* Stein, 2010, p. 37).

Para tentar explicar a lacuna lógica apontada pela última crítica, Lilian Stein aponta a Heurística da Distintividade, que consiste na tendência de recordar mais informações extraordinárias e rejeitar as falsas memórias (Schacter, Israel e Racine, 1999, *apud* Stein, 2010, p. 37). Por este motivo, detalhes literais que fogem da normalidade teriam uma durabilidade maior em relação aos detalhes literais normais. Desta forma, uma pessoa pode se lembrar por mais tempo de uma roupa chamativa, ou um sotaque elegante de pessoas que estavam presentes no ocorrido, mesmo que estes sejam detalhes literais que não pertencem a memória de essência. Dentro do meu ponto de vista, os detalhes extraordinários estariam categorizados nos traços de essência, pois, apesar de serem detalhes específicos de um ocorrido, tiveram uma atenção maior da pessoa e uma significação diferente do que se daria aos traços literais, conferindo a estes uma durabilidade maior.

2.5 A ENTREVISTA COGNITIVA

Como dito anteriormente, o depoimento da testemunha não pode ser enxergado como um documento frio e objetivo (Carnelutti, 2013, p. 26). A testemunha é uma pessoa, composta por emoções, pensamentos próprios e memórias frágeis que se dissipam e se alteram com o tempo (Carnelutti, 2013, p. 26). Além disso, essa pessoa é colocada em um ambiente hostil, onde cada movimento, cada alteração em sua voz, cada olhar desviante, está sendo meticulosamente observado por uma plateia atenciosa e interessada em, muitas vezes, dizer que este estava mentindo ou que não teria ciência do que estava falando.

E o primeiro ato que deve prestar antes de iniciar o seu depoimento, é o juramento de que estaria falando a verdade, sendo alertada das penalidades para o crime de falso testemunho. Esse alerta pode ser interpretado erroneamente como uma obrigação de se falar algo, justamente para não ser visto como um mentiroso ou incorrer nas penalidades descritas (Ávila e Rosa, 2016).

Esta afirmação é corroborada por estudos que demonstram que quando o entrevistador informa acerca da possibilidade de se responder “não sei” ou “não me lembro” para as perguntas, a acurácia das informações tende a aumentar substancialmente (Scoboria e Físico, p. 72, *apud* Ávila e Rosa, 2016). O Judiciário não permite erros, e opera em um sistema binário

entre verdade e falsidade do depoimento: não possui mecanismos para lidar com as falsas memórias, que independem da vontade do indivíduo, isso porque o nosso sistema ainda está calcado na verdade real e na concepção antiquada de memória.

Somado a isto, está o método de entrevista aplicado, que pode deixar a testemunha ainda mais nervosa e acuada. A pressão por respostas que a testemunha não possui, a induz a assimilar fatos novos e fabricar memórias falsas. Nesse sentido, existem estudos que demonstram que a postura do entrevistador, assim como as suas crenças e hipóteses acerca do evento investigado, pode gerar distorções no depoimento (Poole e Lamb, 1998, *apud* Stein, 2010, p. 209).

Um exemplo concreto disso foi o estudo conduzido por Loftus e Palmer, que demonstrou as distorções que podem ocorrer no testemunho apenas pela escolha das palavras utilizadas nas perguntas feitas. As pesquisadoras exibiram um vídeo de acidente de trânsito para um grupo de participantes (Loftus e Palmer, 1974, p.587). Em seguida, os participantes responderam uma série de perguntas por meio de questionários, sendo que a única pergunta importante para o estudo era sobre a velocidade que os carros se encontravam no momento da batida gravada em vídeo (Loftus e Palmer, 1974, p.587). Para realizar essa pergunta, foram utilizados dois verbos que se diferenciavam em grau de intensidade: esmagaram (*smashed*) e bateram (*hit*) (Loftus e Palmer, 1974, p.587).

Os resultados da pesquisa demonstram que a utilização de um verbo com intensidade maior influencia a recordação das pessoas sobre o evento (Loftus e Palmer, 1974, p.587). O grupo que teve a palavra ‘esmagado’ em seu questionário, estimou uma velocidade maior para os carros, enquanto o grupo que teve a palavra bateu, estimou uma velocidade consideravelmente menor (Loftus e Palmer, 1974, p.587).

Além disso, ao serem questionados acerca de vidro quebrado no vídeo, mais da metade do grupo respondeu de forma afirmativa quando, na verdade, não havia vidro se quebrando (Loftus e Palmer, 1974, p.587). Para explicar o fenômeno, as pesquisadoras afirmam que o cérebro desloca as memórias do evento de forma que se compatibilize com a intensidade dos verbos utilizados nas perguntas (Loftus e Palmer, 1974, p.587).

A técnica de entrevista investigativa utilizada no Brasil e na grande maioria dos países, é ineficaz na obtenção de informações acuradas e no auxílio psicológico à testemunha (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Para Fisher e Geiselman, a entrevista tipicamente conduzida pela polícia é dominada pelo entrevistador, de forma que a testemunha exerce um papel de subordinação (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Além disso, a entrevista gira em torno da necessidade que o investigador possui de obter evidências (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

Destes dois corolários, surge um conjunto de problemas que permeiam a prática de entrevista cognitiva atual: a) é o entrevistador que fala na maior parte do tempo, em forma de perguntas; b) as perguntas são muito específicas, frequentemente apresentadas no formato “verdadeiro ou falso” ou escolha forçada; c) as testemunhas são desestimuladas a fornecer informações que fogem a pergunta específica; d) a entrevista segue um rito estabelecido pelo entrevistador, que segue frequentemente um padrão pré-estabelecido; e) a entrevista se inicia com um conjunto de perguntas formais destinadas a preencher formulários e ocorrências policiais; f) o entrevistador interrompe frequentemente a testemunha com mais perguntas; g) o entrevistador utiliza frequentemente perguntas sugestivas para confirmar as suas próprias hipóteses (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322)

Essas práticas comuns são extremamente danosas, tendo em vista que, apesar dos entrevistadores acreditarem na sua eficácia, acabam por diminuir a quantidade de informações fornecidas e respostas acuradas (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Isso ocorre porque essas práticas induzem a testemunha a reter informações, fornecer respostas abreviadas, fornecer respostas das quais não tem certeza e deixar de fornecer informações que não foram solicitadas (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Além disso, interrompem o processo de busca por informações nas memórias armazenadas, tornando a recuperação de informações ineficiente (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

Essas práticas também causam danos emocionais e psicológicos para as testemunhas, pois: a) os entrevistadores lidam com as testemunhas apenas como provedoras de evidências e não como pessoas com emoções e necessidades; b) as testemunhas se sentem frustradas por serem obrigadas a prover as informações da maneira como o entrevistador requer e por não conseguirem responder as perguntas de forma elaborada; c) a entrevista se reveste de um caráter despersonalizado e objetivo, de forma que a testemunha exerce um papel de responder perguntas, como se não fosse uma pessoa capaz de narrar a própria experiência; d) são feitas muitas perguntas específicas, fazendo com que a testemunha se sinta mal por não conseguir responder a todas as perguntas ou adote uma postura defensiva, por se sentir como se fosse a suspeita investigada pelo entrevistador; e) a entrevista é finalizada de forma abrupta e repentina, antes que a testemunha possa desenvolver um sentimento de fechamento. (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

Entretanto o papel do entrevistador é de extrema importância já que, por meio de estratégias, ele pode motivar e auxiliar o entrevistado a descrever os fatos com o maior número de detalhes acurados, sendo certo que, sem o seu auxílio, isto não seria possível (Poole e Lamb,

1998, *apud* Stein, 2010, p. 209). Buscando cumprir este papel de forma eficaz, algumas técnicas de entrevista foram desenvolvidas. A técnica com resultados mais promissoras e que vêm sendo adotada ao redor do mundo é a Entrevista Cognitiva (Memom e Higham, 1999; Nygaard, Feix e Stein, 2006 *apud* Stein, 2010, p.210), que será apresentada a seguir.

A Entrevista Cognitiva foi elaborada por Ronald Fisher e Edward Geiselman em 1984, com o intuito de maximizar a quantidade de informações precisas colhidas em uma entrevista investigativa (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Posteriormente, os pesquisadores constataram que a polícia busca extrair o máximo de informações possíveis das testemunhas, relegando o sofrimento psicológico experimentado por elas (Fisher e Geiselman, 2010, p. 321). Por este motivo, decidiram incluir na técnica princípios que objetivam o bem-estar da testemunha (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

Na Entrevista Cognitiva, o foco da entrevista se desloca dos anseios e vontades do entrevistador para a testemunha, o entrevistador deixa de ser o protagonista da entrevista e figura como um auxiliar na tarefa de resgatar as memórias do ocorrido (Stein, 2015, p.25). Além disso, as perguntas feitas pelo entrevistador são formuladas com base no que foi falado pela testemunha, com o intuito de evitar a alteração das memórias (Stein, 2015, p. 25).

Deve ser ressaltado ainda que a Entrevista Cognitiva não é adequada para inquirir o suspeito, isso porque este tende a ser pouco colaborativo, o que acaba prejudicando o resultado da entrevista (Stein, 2010, p. 210). Esta técnica de entrevista é dividida em cinco etapas, que serão explicadas a seguir.

2.5.1 Primeira Etapa: Construção do *Rapport*

A primeira etapa tem como objetivo transformar o ambiente hostil da entrevista em um ambiente seguro e acolhedor para a testemunha (Stein, 2010, p.212). Nesta etapa, o entrevistador deve demonstrar empatia, já que a testemunha provavelmente vivenciou uma experiência traumática e dolorosa, tendo que revivê-la e descrevê-la de forma minuciosa a um estranho em posição de poder. A construção do *rapport* consiste em criar um ambiente seguro e confortável para o entrevistado, facilitando a comunicação e recuperação de informações. Essa etapa também tem como objetivo prestar auxílio psicológico para ajudar a testemunha a superar o trauma sofrido.

Nesse sentido, deve-se escutar o relato com interesse e atenção, tanto no que concerne os detalhes factuais quanto os detalhes emocionais trazidos pela testemunha (Stein, 2010,

p.213). Para isso, deve ser utilizado o princípio da sincronia, segundo o qual as pessoas tendem a agir de maneira semelhante ao seu interlocutor (Memon e Bull, 1999, *apud* Stein, 2010, p.212). Desta forma, se o entrevistador adotar uma postura de suporte, tranquilizadora e segura, a testemunha tenderá a se comportar de maneira semelhante (Stein, 2010, p.213).

Inicialmente, é recomendado que seja feito um agradecimento pela participação da testemunha, transmitindo a importância de sua presença (Stein, 2010, p.213). Depois do agradecimento, devem ser feitas perguntas neutras, sem qualquer tipo de relação com o ocorrido (Stein, 2010, p.213). Essa etapa auxilia na construção da relação de conforto e demonstra interesse do entrevistador nas informações que serão relatadas pela testemunha (Stein, 2010, p.213). Outra função importante do *rapport* consiste em permitir que o entrevistador tome conhecimento da linguagem utilizada pelo entrevistado, de forma que permita adequar o seu próprio vocabulário e modo de falar para se tornar mais semelhante ao do entrevistado (Stein, 2010, p.214).

Esse diálogo inicial também irá ditar o ritmo da entrevista, devendo ser estabelecido um ritmo confortável para a testemunha. Decorrente disso, o entrevistador não deve interromper o entrevistado enquanto ele fala, pois, além de demonstrar desinteresse, essa atitude dificulta a recuperação das memórias (Stein, 2010, p.214). Deve ser ressaltado ainda que o *rapport* pode ser retomado sempre que necessário, com o intuito de reestabelecer um ambiente confortável e seguro para a testemunha, que pode ser afetado por mudanças no estado emocional da mesma (Stein, 2010, p.214).

Outro momento que compõe o *rapport* consiste nas “regras básicas” (*ground rules*), onde a testemunha é informada acerca da função e do procedimento da entrevista (Stein, 2010, p.215). Esse momento visa diminuir um efeito social denominado “status” do entrevistador, que ocorre por uma confusão entre a posição de autoridade do entrevistador e uma possível “onisciência”, como se o entrevistador já soubesse tudo que ocorreu no evento e seu depoimento não tivesse importância (Zaragoza et. al, 1995, *apud* Stein, 2010, p.215). Por isso, é esclarecido para o entrevistado que ele é o protagonista da entrevista e por isso deve exercer um papel ativo, cabendo ao entrevistador apenas auxiliar e facilitar o seu relato (Stein, 2010, p.215).

Deve ser esclarecido também que o entrevistador não espera que o entrevistado tenha resposta para as suas perguntas, sendo perfeitamente aceitável que o mesmo não se lembre de alguma informação ou que não sabe responder à pergunta (Stein, 2010, p.215). Esse esclarecimento torna o ambiente de entrevista mais confortável e evita que o entrevistado busque informações em seu cérebro para respostas que não possui, criando assim, falsas

memórias. Deve ser ressaltado também que a testemunha pode relatar o ocorrido da forma que for mais confortável, em seu próprio ritmo e com sua forma própria de falar (Stein, 2010, p.215). Nesse sentido, ela deve ser informada também que pode corrigir o entrevistador, caso o mesmo fale algo que se diferencie do seu relato (Poole e Lamb, 1998, *apud* Stein, 2010, p.215).

As pessoas não estão habituadas a relatarem as suas vivências em detalhes, mas no contexto da entrevista, cada mínimo detalhe possui grande importância e isso deve ser informado ao entrevistado (Stein, 2010, p.215). Desta forma, a testemunha deve relatar tudo que conseguir lembrar, sem distinguir o que teria importância ou não para o entrevistador (Stein, 2010, p.215). Deve ser orientado ainda que a testemunha relate os fragmentos de memória que possam surgir, detalhes parciais que podem ser cruzados com outras informações e estimulam a memória a buscar por mais informações. (Fisher, Brennan e McCauley, 2002, *apud* Stein, 2010, p.216).

2.5.2 Segunda Etapa: Recriação do Contexto Original

A segunda etapa consiste na recriação do contexto original do evento, sendo esta a estratégia que tem sido como a mais poderosa para maximizar a quantidade de informações relatadas pela testemunha (Memom e Higham, 1999, *apud* Stein, 2010, p.216). Essa estratégia é alicerçada no postulado teórico de que a memória é composta por registros isolados e não conectados (Stein, 2010, p.216). Desta forma, no ato de lembrar, são feitas diversas associações, existindo diversos caminhos pelos quais a lembrança pode ser recuperada (Stein, 2010, p.216). Por isso, as nossas memórias estão associadas ao contexto original no qual foram armazenadas (Stein, 2010, p.216). Por isso, a testemunha pode se lembrar que estava chovendo na cena do crime e ao se lembrar disso, pode se lembrar posteriormente que o suspeito estava segurando um guarda-chuva, detalhe este que não estava se lembrando anteriormente.

Nessa etapa deve ser ressaltado que relembrar um evento de forma detalhada não é uma tarefa simples e exige grande esforço cognitivo (Stein, 2010, p.216). Diante dessa dificuldade, cabe ao entrevistador auxiliar a testemunha, dando orientações explícitas para recriar o contexto original por meio de seus sentidos (visuais, auditivos, gustativos, táteis e olfativos) (Stein, 2010, p.217). Essas instruções devem ser dadas de forma calma e pausada, para fornecer o conforto e tempo necessário para que a testemunha possa recuperar informações detalhadas do ocorrido (Stein, 2010, p.217).

2.5.3 Terceira Etapa: Narrativa Livre

Tendo sido recriado o contexto original, a testemunha irá relatar tudo aquilo que possa se lembrar sobre o evento em questão, da maneira que lhe for confortável e sem interrupções do entrevistador (Stein, 2010, p.217-218). Claro que irão surgir dúvidas e questionamentos que devem ser feitos, mas estes devem ser reservados para momento posterior da entrevista (Stein, 2010, p.218). Para isso, o entrevistador deve realizar anotações fieis ao relato da testemunha, sem edições ou acréscimos, apenas para relembrar o que deverá ser questionado posteriormente (Stein, 2010, p.218).

Deve ser ressaltado que o entrevistador deve continuar adotando uma postura de interesse e atenção, respeitando as pautas da testemunha e não interrompendo o seu relato (Stein, 2010, p.218).

A narrativa livre é extremamente desestimulada pela polícia e pelos demais operadores do direito, conforme será demonstrado no próximo capítulo. Existe uma primazia pela objetividade no relato da testemunha que, no Brasil, é reforçada pelo art. 213 do Código de Processo Penal². Fisher e Geiselman levantam a hipótese de que os policiais desestimulam as testemunhas a descreverem as suas emoções porque esses detalhes não são relacionados diretamente à evidência que os investigadores estão buscando, e por esse motivo, as informações são consideradas como irrelevantes e uma grande perda de tempo (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

Além disso, os autores acreditam também que os entrevistadores ficam abalados emocionalmente com relatos emotivos, preferindo evitar que a testemunha entre em detalhes emotivos sobre o evento (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Os pesquisadores orientam que cabe a testemunha a possibilidade de parar a entrevista quando quiser (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). Essa premissa se alinha com o princípio do protagonismo da testemunha na entrevista, e se justifica pelo fato de que a interrupção do relato pode ser interpretada pela testemunha como uma padronização e negação da oportunidade de relatar o ocorrido (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

E isso inclui ainda frases que podem ser interpretadas como positivas e reconfortantes, tais como “Isso deve ter sido muito difícil” ou “Pelo que você contou, eu consigo imaginar que...” (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322-323). Ao entrevistar policiais que entrevistaram

² Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

vítimas de estupro, os pesquisadores descobriram que quando as vítimas ficam extremamente emotivas, elas frequentemente ficam em silêncio por um tempo, e depois se recompõem para continuar o relato e fornecendo mais detalhes do ocorrido (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322).

Uma pausa longa da testemunha pode ser interpretada como fim do relato (Stein, 2010, p.218). Sendo este o caso, o entrevistador deve questionar se existe mais alguma coisa a ser relatada, e apenas após a confirmação, deve prosseguir para a próxima etapa (Stein, 2010, p.218). Deve ser ressaltada a necessidade de cautela neste momento, para evitar que a testemunha se sinta desconfortável e inibida a continuar o seu relato.

2.5.4 Quarta Etapa: Questionamento

Após o relato da testemunha, o entrevistador deve agradecer a participação da testemunha e enaltecer o seu esforço (Stein, 2010, p.218). Esse agradecimento é importante para que a testemunha continue engajada no procedimento (Stein, 2010, p.218). Em seguida, deve fazer as perguntas e esclarecimentos que entender necessários (Stein, 2010, p.218). Antes de iniciar a série de perguntas, o entrevistador deve esclarecer que se iniciará uma nova etapa do procedimento, lembrando algumas das regras básicas apresentadas anteriormente (Stein, 2010, p.218). Deve ser lembrado principalmente, que a testemunha pode pedir esclarecimentos acerca da pergunta ou responder apenas “não sei” para as perguntas que não tiver respostas (Stein, 2010, p.218). Também deve ressaltar que a testemunha pode corrigir aquilo que não estiver congruente com o seu relato (Stein, 2010, p.218).

A formulação das perguntas deve seguir aquilo que foi relatado pela testemunha, evitando um roteiro padrão pré-estabelecido (Stein, 2015, p. 25). O entrevistador deve seguir uma pertinência temática congruente com aquilo que está sendo relatado pela testemunha, de forma a evitar uma sobrecarga cognitiva (Stein, 2010, p.219). Desta forma, se a testemunha está relatando um aspecto do evento, o entrevistador não pode mudar para outro aspecto de forma abrupta (Stein, 2010, p.219). Somente após o entrevistador ter obtido todas as informações sobre determinado aspecto é que se passa para o próximo (Stein, 2010, p.219).

Deve ser ressaltado que as perguntas devem se basear no relato da testemunha, sendo assim, o entrevistador não pode ser sugestivo em suas perguntas ou introduzir elementos estranhos ao relato (Stein, 2010, p.219). Nessa linha, o entrevistador não deve inserir as suas hipóteses e crenças sobre o evento nas suas indagações (Stein, 2010, p.219). Devido a estes motivos, alguns tipos de perguntas devem ser evitados pelo entrevistador. As perguntas

fechadas, que são as que admitem apenas as respostas pré-estabelecidas pelo entrevistador: sim ou não, opção A, B ou C? Um exemplo seria: No momento do crime, estava chovendo ou apenas choviscando?

Já as perguntas múltiplas são aquelas colocadas de forma simultânea pelo entrevistador. Exemplificando: Estava chovendo no momento? O suspeito estava vestindo algo para se proteger da chuva? As perguntas tendenciosas ou sugestivas são aquelas que expressam, implícita ou explicitamente, a opinião do entrevistador, conduzindo o entrevistado a uma resposta (Stein, 2010, p.220). Exemplificando: Então, se você está afirmando que viu o suspeito rondando a loja, deve ter sido ele que assaltou a loja, certo? Finalmente, as perguntas confirmatórias ou inquisitivas, que tem como objetivo confirmar algo que foi dito ou uma hipótese do entrevistador (Stein, 2010, p.220). Retomando o exemplo anterior: Então o que você disse é que viu o suspeito assaltando a loja? (Quando foi afirmado apenas que ele estava rondando a loja). Os tipos de pergunta citados devem ser evitados ao máximo, tendo em vista que tendem a contaminar o relato da testemunha.

Dito isso, o tipo de pergunta a ser adotado deve ser a pergunta aberta, no qual se dá espaço para a testemunha recuperar as informações e relatar de forma livre. Exemplificando: o que você viu quando entrou no local? Portanto, o entrevistador deve dar preferência as perguntas abertas, utilizando-se das perguntas fechadas apenas quando realmente necessário. Assim, é feito uma espécie de “funilamento”, “fechando” as perguntas à medida que for necessário (Fisher e Geiselman, 1992, *apud* Stein, 2010, p.221).

Um fenômeno que deve ser levado em conta na entrevista são as múltiplas recuperações (Stein, 2010, p.221). Este fenômeno consiste no fato de que algumas informações podem ficar inacessíveis temporariamente, podendo ser recuperadas em momento posterior (Schacter, 2003, p.228). Relembrando o que foi falado anteriormente, no ato de lembrar, são feitas diversas associações, existindo diversos caminhos pelos quais a lembrança pode ser recuperada (Stein, 2010, p.216). Decorrente disto, memórias que inicialmente não foram recuperadas pela testemunha, podem ser estimuladas pelo entrevistador com pistas ou mudanças de perspectiva (Gilbert e Fisher, 2006, *apud* Stein, 2010, p.221).

Mais detalhes podem ser obtidos por meio de um simples incentivo, quando a testemunha pensar ter recordado todos os detalhes que poderia (Stein, 2010, p.221). Mas esse incentivo não pode se limitar a uma simples repetição de perguntas, tendo em vista que isso pode ser interpretado como uma desconfiança do entrevistador no relato da testemunha (Stein, 2010, p.221). As principais técnicas utilizadas para estimular a recuperação de informações

consistem na mudança de perspectiva (pedir para a testemunha relatar o evento como se fosse outra pessoa presente na cena) e ordem reversa (relatar o evento de trás para frente) (Stein, 2010, p.221).

A utilização dessas técnicas é bastante controversa, tendo em vista alguns dados científicos questionam a sua efetividade e pela possibilidade de se facilitar a criação de memórias falsas (Memon et al., *apud* Stein, 2010, p.221). Isso pode ocorrer, principalmente, quando o entrevistado não compreende totalmente as instruções do entrevistador (Stein, 2010, p.222). Porém, segundo alguns autores, a mudança de perspectiva pode ser interessante quando se trata de situações traumáticas, nas quais a carga emocional atribuída ao evento pode dificultar o relato a partir da própria perspectiva da testemunha (Memon, et al., *apud* Stein, 2010, p.222).

Em meio a essa controvérsia, é importante ressaltar que estudos científicos comprovam a eficácia da Entrevista Cognitiva, mesmo sem a utilização dessas técnicas (Stein e Memon, 2006, *apud* Stein, 2010, p.222). Resta clara, portanto, a necessidade de outros estudos acerca da efetividade destas técnicas, de forma que possam ser aprimoradas e utilizadas nas situações adequadas.

2.5.5 Quinta Etapa: Fechamento

A última etapa consiste no fechamento, onde é feita uma síntese dos dados levantados e o fechamento da entrevista (Stein, 2010, p.222). Antes de iniciar a síntese, o entrevistador deve informar que a testemunha deve interrompê-lo imediatamente, caso se lembre de detalhes adicionais ou identifique informações destoantes do seu relato (Fisher e Schreiber, 2006, *apud* Stein, 2010, p.222). Ao final do fechamento, o entrevistador deve retomar o *rapport*, tendo em vista que relatar um evento traumático pode ser extremamente desgastante emocionalmente para a vítima, e não convém que a entrevista termine com a vítima emocionalmente abalada (Stein, 2010, p.222). Desta forma, o entrevistador deve retomar assuntos neutros e demonstrar interesse pelo bem-estar da testemunha (Stein, 2010, p.223).

Finalmente, deve ser estendida a vida funcional da entrevista, cabendo ao entrevistador deixar claro que caso a testemunha se lembre de mais algum detalhe não mencionado no relato, a mesma deve entrar em contato para que uma nova entrevista seja realizada (Stein, 2010, p.222). A seguir, serão feitas algumas considerações críticas acerca da Entrevista Cognitiva e sua aplicabilidade no sistema jurídico.

2.5.6 O Acompanhamento Do Advogado Durante a Entrevista

A Entrevista Cognitiva pressupõe um treinamento especializado do entrevistador, para que seja possível que este aprenda a manejar as técnicas descritas e evitar os erros comuns cometidos usualmente. Porém, apesar de a Entrevista Cognitiva possuir como objetivo a maximização de informações acuradas, algumas problemáticas parecem ter passado despercebidas pelos teóricos da Psicologia do Testemunho. Uma delas é o acompanhamento do advogado no depoimento e como a sua interferência pode prejudicar o resultado da entrevista. Antes de adentrar esse ponto, deve ser ressaltado que a crítica construída aqui não é voltada para à atuação do advogado, que exerce papel fundamental para a administração da Justiça pelo Estado, mas em como incorporar a sua atuação a Entrevista Cognitiva.

Não existe nenhum tipo de vedação legal ao acompanhamento do depoimento das testemunhas, mesmo que esta não tenha interesse no processo. O acompanhamento do advogado deixa a testemunha mais segura de que seu relato não lhe acarretará nenhum tipo de prejuízo, e de forma alguma podemos afirmar que este é um receio infundado. Deve ser lembrado que a testemunha pode incorrer no crime de falso testemunho e que uma falsa memória pode ser facilmente interpretada como uma mentira criada dolosamente.

Sendo o caso de não haver qualquer tipo de prejuízo para a testemunha, o advogado deverá intervir apenas quando presenciar algum tipo de violação aos direitos de seu cliente ou quando algum preceito legal estiver sendo desrespeitado. Desta forma, contanto que o advogado proceda desta maneira, a Entrevista Cognitiva ocorrerá tranquilamente. Isso porque, caso o advogado constate alguma das violações citadas, então a entrevista não está ocorrendo da forma correta e deve ser imediatamente interrompida. Nesse sentido, o acompanhamento do advogado pode ser benéfico para a entrevista, criando um ambiente confortável para a testemunha, sendo este um dos princípios que fundamentam a Entrevista Cognitiva.

Mas se tratando da vítima, o cenário se torna um pouco mais complicado. Isso se deve ao fato de que a vítima tem interesse direto na condenação do réu, além de ter assumido previamente a veracidade de suas alegações quando demandou a ação do Estado. Essa provocação pode se dar de forma direta por meio de queixa-crime ou por meio de boletim de ocorrência em uma Delegacia de Polícia. Independentemente da via utilizada, é criada uma disputa entre duas verdades, onde a vítima não poderia alterar a sua verdade no decorrer do processo. Além disso, as suas alegações devem ser robustas e firmes, de forma a evitar

imbróglis processuais, facilitando também que o magistrado escolha a sua verdade em detrimento da verdade apresentada pelo réu.

Por estes motivos, manter uma versão coerente e firme dos fatos é mais vantajoso judicialmente, o que pode fazer com que o advogado oriente a vítima a não mudar o seu relato posteriormente. Neste sentido, para que uma futura implementação da Entrevista Cognitiva ocorra de forma eficaz, se faz necessário, primeiramente, uma mudança paradigmática da cultura jurídica brasileira. Nessa linha, Elizabeth Loftus sugere que cursos sejam desenvolvidos para operadores do direito como policiais, juízes e advogados, para que o conceito predominante de memória seja desconstruído, de forma que todos estejam cientes da natureza da memória e as falhas as quais ela está sujeita (Loftus, 2003, p.233).

Apesar dos primeiros estudos acerca das falsas memórias terem se iniciado na década de 70 com as pesquisas de Elizabeth Loftus (Loftus, 1974), no Brasil, o tema está ganhando o espaço acadêmico recentemente. Prova disso é que a primeira obra publicada em português foi o livro “Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas”, organizado por Lilian Stein (Stein, 2010, p.12). Em 2014, a pesquisadora organizou também a pesquisa citada anteriormente: “Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses”, integrante do Projeto Pensando o Direito, de iniciativa do Instituto de Pesquisa Aplicada e do Ministério da Justiça.

Essa pesquisa foi a primeira pesquisa empírica sobre o tema no Brasil, tendo como objetivo traçar o panorama do estado atual dos procedimentos utilizados para coleta de testemunhos e obtenção de reconhecimentos (Stein, 2015, p.17). Desta forma, as duas obras científicas fornecem subsídios para uma mudança na cultura jurídica e consequente atualização legislativa. A seguir, será descrita a situação atual no que concerne a utilização de métodos adequados para a coleta do depoimento a partir da pesquisa realizada por Lilian Stein em 2014.

3 PANORAMA ATUAL ACERCA DOS MÉTODOS UTILIZADOS NA COLETA DO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA NO BRASIL

No presente capítulo, serão analisados os dados obtidos por meio da primeira pesquisa empírica realizada no Brasil acerca das técnicas de entrevista investigativa e as falsas memórias. A pesquisa foi organizada por Lilian Stein em 2015, com o apoio do Ministério da Justiça, integrando o projeto “Pensando o Direito”. Foram realizadas entrevistas semi-dirigidas, das quais participaram magistrados, policiais (civis e militares), promotores e defensores (públicos e privados) de todas as regiões do Brasil. As entrevistas semi-dirigidas são caracterizadas por conferir uma liberdade maior ao entrevistado, não se atendo rigidamente a um roteiro pré-fixado. Os dados foram divididos em três fases do processo penal: pré-investigativa, investigativa e processual.

3.1 FASE PRÉ-INVESTIGATIVA

A fase pré-investigativa do processo penal não é usualmente delineada pelos manuais de processo penal, justamente por não existir a sua previsão formal. Esta fase se caracteriza pelo contato que o policial tem com as possíveis testemunhas e com o suspeito do crime (Stein, 2015, p.48), derivando dessa conceituação a sua importância para o presente trabalho. Seria, portanto, a averiguação inicial do delito feita pela Polícia Militar. Dentro dessa averiguação inicial, existe uma primeira entrevista informal com a vítima ou testemunha com o intuito de se obter informações que possibilitem a eventual prisão do suspeito (Stein, 2015, p.48).

Após a captura do suspeito, cabe também ao policial militar conduzir os envolvidos para a delegacia de polícia civil, assim como prestar depoimento sobre o ocorrido no auto de prisão em flagrante (Stein, 2015, p.48). Além disso, o policial militar permanece a disposição do juízo, caso seja necessário prestar eventuais esclarecimentos no Inquérito Policial ou no próprio processo (Stein, 2015, p.49). O contato inicial com a Polícia Militar pode ocorrer pessoalmente ou por meio dos canais de comunicação disponibilizados pela polícia para denúncia, como a central telefônica e *Whatsapp*. Normalmente este contato ocorre imediatamente após o crime (Stein, 2015, p.49), cabendo à Polícia Militar amparar a vítima e restaurar a ordem social o mais rápido possível por meio da captura do suspeito.

Os dados indicados na pesquisa demonstram que a Polícia Militar adota como estratégia a utilização das perguntas fechadas sobre características físicas do suspeito, como vestimenta,

altura, cor da pele, corte de cabelo, se o suspeito tem alguma tatuagem, etc. (Stein, 2015, p.49). Estas características imutáveis possuem preferência em relação a características que podem ser alteradas pelo suspeito na fuga, como a vestimenta (Stein, 2015, p.49). A preferência por perguntas fechadas pode ser justificada pela própria função e responsabilidade da Polícia Militar, que tem como preocupação capturar o suspeito o mais rápido possível (Stein, 2015, p.49).

Além disso, a inexistência de um treinamento específico para a coleta de depoimentos, fundamentado nos estudos da Psicologia do Testemunho, inviabilizando o reconhecimento dos erros pela instituição (Stein, 2015, p.49). Desta forma, ao serem utilizadas estratégias inadequadas, a coleta de informações pode se tornar prejudicada e enviesada, acarretando estas mesmas consequências no processo de captura do suspeito (Stein, 2015, p.49).

Esse é um problema no mundo todo, e não apenas no Brasil. Na grande maioria dos países, o treinamento policial não abrange técnicas de entrevista cooperativas, como a Entrevista Cognitiva, se limitando a técnicas de interrogatório que visam a obtenção da confissão do suspeito (Fisher e Geiselman, 2010, p.321). E quando abrangem, essas técnicas são vistas como secundárias, quando comparadas a outros aspectos do treinamento, que são encarados como as habilidades realmente necessárias para um treinamento policial eficaz (Fisher e Geiselman, 2010, p.321)

3.2 FASE INVESTIGATIVA

A fase investigativa é conduzida pela Polícia Civil, sendo esta a fase pré-processual denominada de Inquérito Policial. Nesta fase, foram encontradas cinco estratégias para a coleta de testemunho: acolhimento, pergunta aberta, pergunta fechada, perguntas confrontativas e, em apenas um caso, perguntas de trás para frente (Stein, 2015, p.50). O acolhimento diz respeito a todo um procedimento que objetiva acalmar a testemunha para que possa prestar o seu depoimento de forma tranquila (Stein, 2015, p.50), compartilhando algumas das características do *rapport* da Entrevista Cognitiva. As perguntas abertas e fechadas são as mesmas definidas anteriormente no presente trabalho, já as perguntas confrontativas são aquelas que confrontam as informações apresentadas pela testemunha com informações trazidas pela própria testemunha em outro momento ou por outras pessoas (Stein, 2015, p.51).

As perguntas confrontativas também devem ser evitadas pelos entrevistadores, tendo em vista que contrariam os princípios da Entrevista Cognitiva ao utilizarem informações que

não estão presentes no relato da testemunha. Desta forma, o entrevistador sugere novas informações que podem ser incorporadas pela pessoa, criando assim, memórias falsas. Alinhada à literatura científica e em sentido contrário à Polícia Militar, a Polícia Civil se utiliza de perguntas abertas com o intuito de não induzir a testemunha e evitar falsas denúncias (Stein, 2015, p.51). Apesar disso, a utilização de perguntas fechadas ainda é a estratégia mais adotada na fase investigativa (Stein, 2015, p.51).

Houve um caso no qual foi relatada a utilização da pergunta invertida, na qual se pede que o entrevistado narre o seu relato de trás para frente (Stein, 2015, p.51). Apesar de ter sido uma surpresa positiva (tendo em vista ser esta uma técnica de entrevista menos conhecida), percebe-se pelo relato do policial que a sua utilização não objetivava uma recuperação mais efetiva de detalhes pela pessoa, mas sim, verificar se a pessoa estaria mentindo ou não:

‘[...] e depois, vou começar de trás pra frente, de modo que tu obrigues o depoente a pensar, fazer a montagem do quebra cabeça e muitas vezes nessa montagem do quebra cabeça se ele ocultou a verdade ele se perde nesse contexto e a autoridade capta, o escrivão de polícia capta literalmente quando a pessoa tá ocultando a verdade através desses mecanismos, dessas técnicas de depoimento, de interrogatório.’

(Stein, 2015, p. 51)

Os policiais afirmaram ainda que a experiência na oitiva das testemunhas possibilita o desenvolvimento de uma espécie de sensibilidade para saber se a pessoa estaria mentindo ou não (Stein, 2015, p.51). Desta forma, os policiais acreditam que com a experiência, se adquire a habilidade de se perceber quando uma pessoa estaria mentindo ou não por meio da demonstração de alguns comportamentos como esquivar o olhar, gaguejar, etc. (Stein, 2015, p.52). Porém, deve ser ressaltado que os índices comportamentais não são índices confiáveis para aferir a veracidade do relato, existindo uma ampla gama de pesquisas científicas que comprovam essa afirmativa (Depaulo et al., 2003, p.80; Vrij, Granhag, Porter, 2010, p. 96).

Vrij afirma que os sinais comportamentais associados à mentira são similares ao redor do mundo, apesar disso, não possuem amparo científico nenhum (Vrij, Granhag, Porter, 2010, p. 96). O autor levanta a hipótese de que os sinais comportamentais estão associados ao fato de que mentir é comumente considerado vergonhoso e errado (Vrij, Granhag, Porter, 2010, p. 96). Assim, desviar o olhar e demonstrar nervosismo são associados à mentira, o que incita as pessoas a fazerem falsas correlações e distorcer informações (Vrij, Granhag, Porter, 2010, p. 96). Nesse sentido, aqueles que são treinados a perceberem a mentira por meio desses sinais

comportamentais podem acabar cometendo ainda mais erros que aqueles que não recebem qualquer treinamento (Vrij, Granhag, Porter, 2010, p. 96).

Além disso, existe um conjunto de fatores que influenciam o comportamento do indivíduo no momento do depoimento. Uma verdade difícil de ser contada, como a notícia de que um parente sofreu um acidente grave, é muito mais difícil de ser contada do que uma mentira rotineira, como responder que gostou da roupa de uma pessoa ou dizer que adorou a comida de um restaurante (Depaulo et al., 2003, p. 80).

Outro fator importante é o tempo que a pessoa tem para preparar o relato mentiroso (Depaulo et al., 2003, p. 80). Quanto mais tempo disponível, menos sinais de nervosismo e desconforto serão demonstrados (Depaulo et al., 2003, p. 80). E esse fato é de grande relevância no processo penal, tendo em vista que, em muitos casos a testemunha tem vários meses para preparar o seu relato.

O ambiente hostil das delegacias e fóruns também deve ser levado no que concerne os sinais comportamentais da testemunha, pois na grande maioria dos casos, a pessoa se sente extremamente desconfortável e nervosa com a situação. Além disso, o decurso do tempo diminui a confiança que a testemunha tem em suas memórias, assim como a acurácia das informações relatadas (Odinot, Wolterse e Gieses, 2012 *apud* Stein, 2015, p. 24). Por isso, seria esperado que a testemunha demonstrasse sinais de desconforto ou de incerteza no depoimento, tais como desviar o olhar, gaguejar e etc.

Deve ser pontuado também que não houve qualquer menção acerca de salas para separar as testemunhas de defesa e acusação enquanto aguardam para prestar depoimento (Stein, 2015, p.52). Este fato é grave, tendo em vista o enorme risco de contaminação das memórias das testemunhas por meio da sugestão de informações (Stein, 2015, p.52).

Os entrevistados afirmaram ainda que uma das maiores dificuldades na coleta dos depoimentos é o temor das testemunhas em relação a retaliações devido as suas declarações, principalmente quando se trata de crimes ligados ao tráfico de drogas (Stein, 2015, p.52). O Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas foi instituído no Brasil pela Lei 9.807/1999. O art. 7º da referida lei prevê as medidas aplicáveis:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

- III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
 - IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
 - V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
 - VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
 - VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;
 - VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
 - IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.
- Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Apesar do advento do programa, o medo de depor aflige grande parte das testemunhas. Existe uma desconfiança da população brasileira em relação às prestações de serviços pelo Estado, sendo extremamente difícil que alguém se sinta seguro de confiar a sua própria vida a um ente que se mostra ineficiente e omissivo em diversas áreas nas quais deveria atuar de forma eficiente, como educação, saúde e na própria segurança pública. Contraposto a isto, está a atuação de organizações criminosas, que se fazem presentes nas favelas e demonstram mais poder e efetividade em atingir os seus interesses que o próprio Estado. Infelizmente, o medo de depor não pode ser encarado como infundado, mas plenamente justificável.

3.3 FASE PROCESSUAL

A fase processual é constituída pela submissão dos fatos e alegações ao juízo. Nessa fase, é travada a citada batalha entre as duas verdades, entre o acusador e o réu frente ao representante do Estado, o único com poder e legitimidade para escolher a verdade que julgar ser a melhor. Nessa etapa, é encontrada uma contradição interessante, é dito comumente que a verdade do processo se encontra nos autos, e o que está fora dele simplesmente não existe. Esse princípio busca assegurar as garantias processuais do acusado, principalmente a ampla defesa e o contraditório.

Por esse motivo, é feita uma distinção entre as provas produzidas em contraditório judicial e os elementos informativos colhidos na investigação, conforme preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal. Conforme o referido artigo, é vedado ao juiz formular a sua convicção exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Dessa forma, para que o elemento seja constituído como prova, o mesmo deve ser submetido a produção. Assim, para que o elemento

seja constituído como prova, ele deve ser submetido a publicidade, contradição e imediação processual³ (Lopes Jr, 2016, p.118). Disso decorre que o depoimento da testemunha deve ocorrer em juízo, mesmo que o relato já tenha sido feito anteriormente.

É na fase processual que a exaltação da prova testemunhal se torna mais clara, e isso não se deve apenas à cultura jurídica, mas porque em muitos casos a prova testemunhal é a única disponível. A grande maioria dos entrevistados na pesquisa reconheceram a importância fundamental da prova testemunhal no processo, tendo sido considerada por um promotor de justiça como a “rainha das provas” (Stein, 2015, p. 54). Existem casos nos quais a produção de outros meios de prova é dispensada por se considerar a prova testemunhal como suficiente, sendo esta prática muito comum no caso do tráfico de drogas, por exemplo (Garcia, 2015, p. 71). Em casos de violência sexual, por exemplo, muitas vezes o depoimento da vítima é a única prova possível de ser constituída (Stein, 2015, p. 54).

Novamente, o medo de represálias foi relatado como grande dificuldade na colheita do testemunho (Stein, 2015, p. 54). Outra questão levantada foi o peso dos depoimentos dos policiais (Stein, 2015, p. 54), que gozam da presunção de veracidade em seu depoimento, assim como de uma pretensa imparcialidade, tendo em vista que teoricamente o policial não teria interesse na condenação do suspeito. Contraposto a isto, está a defesa do acusado, composta das alegações de seu defensor, assim como do depoimento do acusado e das testemunhas de defesa.

Dito isso, é estabelecida novamente a batalha entre as duas verdades, e a relação entre poder e verdade se manifesta de forma cristalina. A presunção de inocência do acusado se transforma em uma presunção de culpabilidade quando confrontada com a presunção de veracidade e imparcialidade do policial depoente. Como dito por um dos advogados entrevistados “esse testemunho dele não vale de muita coisa, ainda mais se tiver antecedentes ele pode até não ter feito aquela prática, mas se ele já tiver antecedente é como se ele já entrasse na sala de audiência condenado, como se a gente discutisse só a dosimetria da pena” (Stein, 2015, p.55).

Um fato que incentiva o depoimento do policial na fase processual é que em algumas situações, este será o único meio de prova, inexistindo qualquer outro tipo de evidência (Stein, 2015, p.57). Como dito anteriormente, muitas testemunhas se recusam a depor por medo de represálias, dando ensejo ao depoimento do policial (Stein, 2015, p.57).

³ A distinção entre os diferentes tipos de prova será feita de forma aprofundada no próximo capítulo, mas por ora, se faz suficiente a presente distinção.

Assim como na fase pré-investigativa, as testemunhas de defesa e acusação costumam aguardar no mesmo espaço físico (Stein, 2015, p.55). Nos fóruns onde existe estrutura separada, não existe qualquer tipo de fiscalização para que as regras sejam respeitadas e as testemunhas não conversem entre si (Stein, 2015, p.55). Este fato é ainda mais surpreendente por existir vedação normativa expressa a essa situação. Segundo o artigo 210 do Código de Processo Penal:

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Em algumas varas criminais existe o costume ainda de se ler o depoimento colhido na fase pré-investigativa e requerer da testemunha apenas a confirmação de suas declarações (Stein, 2015, p.55). Esse procedimento tem como objetivo apenas conferir o status legal de prova ao depoimento, ignorando completamente os postulados da Psicologia do Testemunho e as garantias processuais do acusado. Uma repetição de confirmações não se equipara a um relato completo do evento, de forma que este procedimento dificulta a ampla defesa e contraditório.

Além das técnicas utilizadas nas fases anteriores, foram encontradas mais quatro: a leitura da denúncia, perguntas qualificadoras, perguntas confirmatórias e pressão (Stein, 2015, p.58). A primeira dessas técnicas consiste em ler a denúncia para a testemunha antes que seja colhido o seu depoimento (Stein, 2015, p.58). Ocorre que a denúncia é fundamentada na apreensão que o promotor tem dos fatos, de forma que pode divergir muito do ocorrido e do próprio relato da testemunha nas fases pré-processuais. Desta forma, essa técnica que pode ter a intenção de auxiliar a testemunha, acaba por sugerir uma nova versão dos fatos que pode ser incorporado por ela. Em alguns casos, são lidas também algumas peças do inquérito, com o mesmo intuito de auxiliar a testemunha em suas recordações (Stein, 2015, p.58).

As perguntas qualificadoras versam sobre características da testemunha, com o intuito de se verificar a existência de qualquer tipo de impedimento ou suspeição que possam afetar a qualidade normativa do depoimento (Stein, 2015, p.58). Já as perguntas confirmatórias são aquelas previstas no art. 212 do Código de Processo Penal, que são formuladas pelo magistrado com o intuito de esclarecer alguns fatos (Stein, 2015, p.59).

Foi relatada ainda a prática na qual o juiz se tornava protagonista na entrevista, realizando as perguntas antes mesmo das partes (Stein, 2015, p.59). Essa prática viola frontalmente o princípio do contraditório e confere um caráter inquisitório ao processo, que deve ser rechaçado veementemente. Isso porque, nesse modelo, a batalha das duas verdades se transforma em uma batalha de dois acusadores contra um acusado.

A pressão se relaciona com alguns conceitos elaborados anteriormente. A testemunha se desloca para um ambiente hostil, onde deve depor em frente de vários desconhecidos, e ameaçada de que caso falte com a verdade, estará incorrendo no crime de falso testemunho. Além disso, a pesquisa de Stein encontrou relatos de verdadeiras ameaças feitas por juízes às testemunhas (Stein, 2015, p.60), fato que é extremamente preocupante, tendo em vista que constitui uma violação frontal ao sistema acusatório e aos direitos fundamentais da testemunha. Impossível compreender a dimensão deste problema sem a transcrição de trecho do relato de um promotor de justiça:

“Olhe, eu não me lembro de um caso específico, mas eu já trabalhei com muitos, é, colegas, é, colegas juízes, eu como promotor, que eles além de, como a lei manda fazer e prestar o juramento, o compromisso, eles faziam verdadeiras ameaças às testemunhas: ‘Vocês têm que falar a verdade, sob pena de ser preso, se vocês não falarem vocês vão sair daqui, é, algemados, direto pra cadeia, eu não vou dar a liberdade provisória à vocês’. Enfim, verdadeiras ameaças, não veladas, ameaças mesmo às testemunhas, né.”
(Stein, 2015, p. 60)

Os atores jurídicos da fase processual também acreditam que a experiência seria o próprio treinamento, de forma que a própria prática lhes ensina a melhor forma de atuar (Stein, 2015, p.60). Desta forma, muitos recorrem a colegas mais experientes e relegam a experiência de um treinamento adequado baseado nas descobertas científicas do campo psicológico (Stein, 2015, p.60). Essa crença acaba por replicar velhas práticas e a legitimar a atuação dos mais experientes como a mais correta, sendo extremamente preocupante o quadro atual de treinamento, principalmente daqueles vinculados à órgãos públicos, que deveriam necessariamente ter um incentivo efetivo do Estado, assim como programas de treinamentos internos. Espera-se que com a ampliação do debate acadêmico no Brasil acerca do tema, esse cenário mude nos próximos anos.

Os resultados encontrados pela pesquisa de Stein demonstram que o conceito de memória e prova testemunhal no cenário jurídico atual está extremamente ultrapassado. Outro fator grave neste cenário é o imenso lapso temporal entre o evento e o relato da testemunha, sendo certo que o transcurso do tempo aumenta exponencialmente o risco de contaminação da

memória. Elizabeth Loftus demonstra a força deste fator, ao mencionar que assim como a cena do crime é isolada, assim deveria ser feito também com as memórias (Loftus,2003, p.233). Nesse sentido, a pesquisadora sugere que as testemunhas anotem as suas memórias logo após o ocorrido.

Essa é uma situação difícil de se visualizar na prática, tendo em vista que estes eventos são extremamente traumáticos e abalam emocionalmente e psicologicamente a testemunha de forma inimagináveis, principalmente logo após o ocorrido. Mas a pesquisadora exemplifica com um tiroteio que ocorreu no ano de 2002, em Washington, nos Estados Unidos. Neste caso, os policiais orientaram que as testemunhas escrevessem imediatamente tudo que presenciaram, mesmo que fosse em suas mãos (Loftus,2003, p.233). Essa prática traz grandes benefícios e pode ser adotada facilmente pela polícia brasileira, tendo em vista que o conteúdo escrito não sofrerá alterações, em sentindo completamente oposto das memórias, que as sofrem constantemente.

Diante disso, Aury Lopes Júnior e Cristina Carla Di Gesu, que a cultura da prova testemunha deve ser abandonada, dando lugar para investigações policiais calcadas em novas tecnologias (Lopes Jr e Di Gesu, 2007). Essa é uma posição incongruente com a realidade fática, tendo em vista que em muitos casos não existe uma escolha a ser feita entre dois tipos de prova, mas apenas em como avaliar a prova testemunhal. Desta forma, a cultura da prova testemunhal não deve ser abandonada, mas reconfigurada. Deve-se abandonar o velho conceito de funcionamento da memória e relativizar a força de um depoimento, deslocando-o da mesma categoria das provas frias para o seu devido local: o local de prova mais frágil dentro de um processo (Carnelutti, 2013, p.26).

4 ANÁLISE DO DISCURSO DOUTRINÁRIO ACERCA DA PROVA TESTEMUNHAL

Este capítulo tem como objetivo analisar o discurso dos principais manuais de direito processual penal brasileiros acerca da prova testemunhal. A importância desta análise se justifica pelo fato de que são esses manuais que influenciam a formação dos futuros juristas e operadores do direito, sendo citados em petições e decisões como forma de elucidar algum conceito ou apenas para conferir autoridade à algum argumento.

Faz-se importante, portanto, verificar como está sendo feita a conceituação da prova testemunhal, assim como qual é o discurso dos juristas acerca desta. Se a prova testemunhal ainda é conceituada como algo objetivo e simples ou se a sua fragilidade já é observada, assim como alguns fatores que podem influenciar a colheita do depoimento.

Foram analisados os conceitos empregados para testemunhas e prova testemunhal, e a abordagem utilizada para tratar sobre o protagonismo do magistrado no procedimento de colheita de testemunho, a individualidade do depoimento e a valoração do depoimento policial

Deve ser ressaltado ainda que apenas edições do ano de 2016 foram utilizadas, de forma que algumas obras que não tiveram suas edições atualizadas, foram excluídas da presente pesquisa. Isso se deve ao fato de que, conforme mencionado anteriormente, o debate acadêmico acerca do fenômeno das falsas memórias é muito recente no Brasil, de forma que a atualização das edições tem grande importância em uma análise que busca comparar o discurso dos juristas do país.

Antes de realizar a referida análise, se faz necessária uma breve explicação acerca do procedimento de oitiva das testemunhas vigente no Brasil, assim como as modificações advindas da Reforma Processual de 2008 (Lei nº 11.719/2008), de forma que seja possível compreender algumas das críticas feitas ao discurso contido nas obras analisadas.

4.1 PROCEDIMENTO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS

Conforme o artigo 41 do Código de Processo Penal, o rol de testemunhas da acusação deve constar na peça acusatória⁴. Anteriormente, o rol de testemunhas da defesa era apresentado

⁴ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

juntamente com a defesa prévia, a qual era apresentada após o interrogatório do acusado (Lima, 2016, p. 940). Com o advento da Lei nº 11.719/2008, o rol de testemunhas da defesa deve ser apresentado na resposta à acusação, conforme artigo 396-A do CPP⁵.

As testemunhas devem aguardar o início da audiência em espaços separados, devendo ser inquiridas também separadamente, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras⁶. Existem autores que não reconhecem a necessidade de que os fóruns tenham esses espaços separados, podendo ser citado nesse sentido, o posicionamento de Fernando Capez. Para o autor, a impossibilidade de controlar o contato entre as testemunhas apenas por meio da criação das salas separadas retiraria a razão de ser dessas salas. (Capez, 2016, p. 515).

Caso o magistrado entenda que a presença do réu pode causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor⁷.

O procedimento se inicia com a advertência acerca das penas previstas pelo crime de falso testemunho, sendo alertado a testemunha que a mesma deve dizer apenas a verdade em seu depoimento, caso contrário, incorrerá no crime descrito. Nessa linha, a testemunha deve realizar verdadeiro juramento de que falará apenas a verdade do que souber e lhe for perguntado, nos termos do artigo 203 do CPP⁸.

É interessante pontuar que doutrina diverge acerca da natureza deste compromisso, existindo a corrente doutrinária que entende a advertência como requisito formal e obrigatório

⁵ Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁶ Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁷ Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁸ Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

para que a testemunha incorra no crime de falso testemunho, enquanto outra corrente entende o compromisso como mera formalidade, não sendo este um requisito para a ocorrência do crime (Nucci, 2016, p. 278).

Este compromisso não será imposto aos doentes e deficientes mentais, aos menores de 14 anos, aos ascendente ou descendentes, afins em linha reta, ao cônjuge (mesmo que separado), ao irmão e ao pai, a mãe, ou ao filho adotivo do acusado (Nucci, 2016, p. 282).

Ao realizar a promessa de dizer a verdade, a testemunha também declarará eu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Essas informações são necessárias para verificar quaisquer questões que possam comprometer a pretensa imparcialidade da testemunha ou impossibilitar que a mesma realize o referido compromisso de dizer a verdade. Caso existam dúvidas acerca da identidade da testemunha, o magistrado deverá proceder à verificação pelos meios ao seu alcance, o que não impede que o depoimento seja colhido desde logo⁹.

Conforme redação do artigo 214 do CPP¹⁰, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos artigos 207 e 208¹¹. Contraditar a testemunha significa impugnar seu depoimento, com o objetivo de impedir de que as pessoas elencadas no artigo 207 do CPP, ou seja, aquelas impedidas de depor, sejam ouvidas (Lima, 2016, p.946).

Não existe qualquer impedimento para que a contradita seja feita pela parte que arrolou a testemunha (Lima, 2016, p.946). Caso ocorra a contradita, o incidente deve ser decidido pelo magistrado na própria audiência, antes que o depoimento se inicie (Lima, 2016, p.946). A

⁹ Art. 205. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

¹⁰ Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

¹¹ Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

arguição de imparcialidade tem como intuito influenciar a valoração do depoimento da testemunha pelo magistrado (Lima, 2016, p.946).

Conforme a redação atual do artigo 212 do CPP¹², as perguntas devem ser feitas pelas partes diretamente às testemunhas, cabendo ao magistrado recusar aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. O magistrado deve realizar as suas perguntas apenas quando cessarem as perguntas feitas pelas partes, limitando-se a realizar perguntas complementares acerca de pontos não esclarecidos.

Antes da Reforma Processual de 2008, o magistrado realizava as suas perguntas antes das partes (Nucci,2016, p.284). Ao formularem as suas perguntas, as partes as dirigiam ao magistrado, para que assim, pudesse ser avaliada a sua conveniência e direcioná-las para a testemunha. (Nucci,2016, p.284). Esse sistema era denominado de sistema presidencialista, tendo em vista o papel de protagonista exercido pelo magistrado no procedimento.

Desta forma, o procedimento se tornava mais demorado e a testemunha escutava a mesma pergunta duas vezes, o que causava algumas situações desgastantes, como a testemunha começar a responder à pergunta feita pela parte e ser interrompida pelo magistrado, devido a necessidade de que a pergunta seja formulada novamente pelo próprio.

Percebe-se que a Reforma Processual de 2008 teve com um de seus intuitos, aproximar o sistema brasileiro do sistema acusatório ideal, de forma que o protagonismo do magistrado fosse extirpado do procedimento de inquirição de testemunhas. Essa mudança se faz necessária para que a função de julgar não se confunda com a de acusar (Oliveira, 2016, p. 424).

Porém, essa mudança é motivo de grande controvérsia na doutrina brasileira. Para Nucci, por exemplo, o sistema foi alterado apenas no que concerne o sistema de inquirição pelas partes, permanecendo inalterado no que tange o magistrado (Nucci,2016, p.284). Desta forma, o magistrado deveria formular as suas perguntas antes das partes, da mesma forma que eram feitas antes da mudança legislativa (Nucci,2016, p.284). Caso necessitasse de mais algum esclarecimento, o magistrado poderia fazer outras perguntas no final do procedimento (Nucci,2016, p.284).

¹² Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

No Tribunal de Júri, ainda se adota o sistema presidencialista, tendo em vista que os jurados devem formular as suas perguntas por intermédio do juiz presidente. Além disso, a inquirição das testemunhas segue a ordem estabelecida pelo art. 473 do CPP¹³, de acordo com a qual o juiz presidente inicia a inquirição da testemunha. Essa distinção pode ter sido justificada por uma falta de preparo e conhecimento por parte dos jurados. Dessa forma, o juiz presidente poderia avaliar a conveniência das perguntas formuladas e auxiliar o jurado nos termos jurídicos adequados na formulação da pergunta.

Ocorre que os operadores do direito, em sua maioria, não formulam as suas perguntas de forma adequada, sugerindo informações, contaminando memórias e pressionando a testemunha (Stein, 2015, p.49). Por esse motivo, a distinção entre os procedimentos é inócua em sua função e merece ser revista. Adequado o entendimento de Oliveira, no que concerne a uniformização dos procedimentos, de forma que o protagonismo do magistrado seja diminuído ainda mais no sistema penal brasileiro (Oliveira, 2016, p. 425).

Finalmente, o depoimento da testemunha é reduzido a termo, devendo este ser fiel às palavras utilizadas pela testemunha¹⁴. Apesar de o CPP não prever a obrigatoriedade da gravação do testemunho, este procedimento deve ser adotado sempre que possível, e caso não seja possível, que ao menos seja gravado o áudio do depoimento. Isso se justifica pelo fato de que apenas por meio da gravação é possível verificar posteriormente a forma como as perguntas foram formuladas à testemunha, assim como variações de voz e expressões da testemunha que não constam no referido termo.

Tendo sido feita esta breve explanação acerca do procedimento de oitiva das testemunhas, faz-se necessário o prosseguimento para à análise do discurso doutrinário dos

¹³ Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

¹⁴ Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos

manuais de direito processual penal a respeito da própria prova testemunhal, assim como dos principais aspectos relacionados a sua produção

4.2 A DEFINIÇÃO DE TESTEMUNHA

Neste tópico serão abordadas as diferentes definições dadas a prova testemunhal e a testemunha. Essa análise é de extrema importância, pois é por meio das definições empregadas, que se é possível identificar as concepções de memória adotadas pelos juristas.

Lopes Jr. afirma que o depoimento consiste em uma reconstrução do passado, que ocorre de forma imperfeita, contaminada e até fantasiosa (Lopes Jr, 2016, p.353). Critica também a objetividade do testemunho prevista no artigo 213 do CPP, fundada em uma concepção racionalista ultrapassada de mente e memória (Lopes Jr, 2016, p.354). Essa ideia racionalista também pressupõe uma separação entre emoção e razão (Lopes Jr, 2016, p.354). A objetividade também é fulminada pela pressuposição de que se é impossível ser um observador examinando outro sujeito, mas o que ocorre são sujeitos observando outros sujeitos (Lopes Jr, 2016, p.354).

Outro ponto importante abordado pelo autor, consiste no papel da linguagem e na capacidade verbal da testemunha, assim como aquele que realiza a inquirição e as estratégias escolhidas para tal função (Lopes Jr, 2016, p.355). Este é um ponto pouco abordado na doutrina jurídica, mas de extrema importância. O jurista consigna que a capacidade de expressar aquilo que presenciou e o que pensa, varia enormemente de locutor para locutor (Lopes Jr, 2016, p.355).

Essa dificuldade foi percebida por Fisher e Geiselman, o que gerou um dos princípios da Entrevista Cognitiva (Fisher e Geiselman, 2010, p. 322). A referida técnica demanda que o entrevistador identifique o vocabulário e modo de falar do entrevistado, e adote uma forma similar de falar, possibilitando a facilitação da comunicação durante a entrevista (Stein, 2010, p.214).

O processualista aborda o fenômeno das falsas memórias e critica a objetividade racional de alguns juristas ao tratar da prova testemunhal (Lopes Jr, 2016, p.359). Lopes Jr. faz importante distinção entre mentira e falsas memórias e aborda estudos científicos importantes acerca da influência da sugestão de informações nas falsas memórias (Lopes Jr, 2016, p.360).

Lopes Jr discorre também acerca da vulnerabilidade das crianças frente a sugestibilidade de informações e aborda o famoso caso da Escola Base de São Paulo e o caso da Apelação Crime 70017367020, julgada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

do Rio Grande do Sul (Lopes Jr, 2016, p.364). Por meio desses casos, trata de alguns cuidados fundamentais que devem ser tomados na oitiva de crianças, assim como do despreparo da polícia judiciária e da abordagem midiática em relação ao caso (Lopes Jr, 2016, p.362).

Oliveira afirma que toda pessoa poderá ser testemunha, conforme o artigo 202 do Código de Processo Penal, mas ressalta que cabe ao juiz examinar a pertinência e idoneidade de cada testemunho (Oliveira, 2016, p. 416). O autor afirma que a prova testemunha é provavelmente a prova mais utilizada no processo penal, e por esse motivo, sua valoração já merece cuidados redobrados (Oliveira, 2016, p. 414). Além disso, Oliveira afirma que o depoimento consiste em uma manifestação de conhecimento que pode não ser fiel ao evento relatado (Oliveira, 2016, p. 414). Isso porque este conhecimento pode ser influenciado por fatores conscientes e inconscientes (Oliveira, 2016, p. 414).

Para o jurista, o espírito e discernimento da testemunha podem ser influenciados no plano do consciente e inconsciente do indivíduo, por fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima, a formação moral, cultural e intelectual da testemunha (Oliveira, 2016, p. 415). O autor também critica a concepção de verdade real e define que a verdade sempre dependerá do sujeito que a estiver afirmando (Oliveira, 2016, p. 415).

Para Oliveira, a verdade construída no processo penal é uma verdade material fundada na necessidade de se obter o maior grau de certeza possível, se distinguindo da verdade formal dos fatos, sendo definida como aquela obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados (Oliveira, 2016, p. 415). Essa distinção feita na definição da prova testemunhal é de grande importância, tendo em vista que muitos juristas adotam definições que retratam uma correspondência exata e objetiva entre o depoimento e o evento relatado.

Nesse sentido, é possível citar a definição empregada por Fernando Capez. O autor utiliza uma definição de testemunha que a iguala a outros tipos de provas, se enquadrando na crítica feita por Carnelutti sobre os juristas que classificam a prova testemunhal ao lado das “provas frias” (Carnelutti, 2013, p.26). Capez apresenta o seguinte conceito de prova testemunhal:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.
(Capez, 2016, p.505)

A prova testemunhal não atesta um fato, assim como nenhuma prova atesta nenhum fato. As provas se submetem a uma valoração feita pelo magistrado, desta forma, pode receber diferentes tipos de valor. O mesmo depoimento pode ser considerado prova suficiente de que o réu deve ser condenado ou absolvido por insuficiência de provas, a depender do magistrado que valora o testemunho. Ao abordar as características da prova testemunhal, não foi feita nenhuma observação acerca da fragilidade da prova testemunhal, além de tratar da tal “objetividade” como se fosse uma característica positiva e possível de um testemunho. A definição das características das testemunhas também é interessante:

- a) somente a pessoa humana pode servir como testemunha, já que testemunhar é narrar fatos conhecidos através dos sentidos;
 - b) pode ser testemunha somente a pessoa estranha ao processo e equidistante às partes, para não se tornar impedida ou suspeita;
 - c) a pessoa deve ter capacidade jurídica e mental para depor;
 - d) a pessoa deve ter sido convocada pelo juiz ou partes;
 - e) a testemunha não emite opinião, mas apenas relata objetivamente fatos apreendidos pelos sentidos;
 - f) a testemunha só fala sobre fatos no processo, não se manifestando sobre ocorrências inúteis para a solução do litígio
- (Capez, 2016, p.506-507)

Capez adota o discurso de que testemunhar é narrar fatos apreendidos pelos sentidos (Capez, 2016, p.506), denotando aquela antiga concepção de que o cérebro seria capaz de filmar um evento e armazená-lo de forma objetiva. Fala ainda da objetividade do relato, da impossibilidade que a testemunha emita opinião, e absurdamente, fala sobre “ocorrências inúteis para a solução do litígio”. Mais uma vez, deve ser destacado que essas afirmações violam frontalmente os postulados da Entrevista Cognitiva.

A vedação a fatos “inúteis” e a exaltação da objetividade no depoimento dificultam a recuperação de memórias e inibem a testemunha em seu relato, de forma que a pessoa pode se sentir ainda mais coibida. Lima apresenta uma conceituação fundada na objetividade da testemunha e na ideia ultrapassada de memória objetiva:

Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.

(Lima, 2016, p.926)

A prova testemunhal é descrita como uma recuperação simples das informações armazenadas por meio dos sentidos, trazidas à autoridade judicial por meio do depoimento. Ao descrever as características da prova testemunhal, o autor não tece nenhum tipo de comentário acerca da fragilidade e riscos próprios à prova testemunhal. Além disso, ao tratar acerca da objetividade do testemunho, afirma apenas que o “depoimento da testemunha deve se limitar ao relato dos fatos que tem conhecimento a partir de suas percepções sensoriais” (Lima, 2016, p. 928). Neste trecho está clara a ideia ultrapassada de memória, como se os fatos pudessem ser armazenados de forma simples e objetiva e permanecerem intocados até o momento da oitiva.

Além disso, essa ideia de limitar o depoimento é extremamente prejudicial a recuperação das memórias. Isso se explica pelo fato de que, conforme descrito anteriormente, no ato de lembrar, são feitas diversas associações, existindo diversos caminhos pelos quais a lembrança pode ser recuperada (Stein, 2010, p.216). Por este motivo, é utilizada a técnica de recriação do contexto original, que permite a recuperação de mais detalhes do ocorrido.

A Entrevista Cognitiva pressupõe que a testemunha deve se sentir confortável para relatar o maior número de detalhes possíveis, de forma que alguns deles podem ter caráter subjetivo e escapar a objetividade pretendida pelo autor. Outro pressuposto da Entrevista Cognitiva é não interromper o relato, de forma que se essa objetividade for observada, o depoimento será interrompido e direcionado para outras vias que se conformem as regras pretendidas.

Guilherme de Souza Nucci define testemunha como “a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade” (Nucci, 2016, p.276). O vocábulo “declara” demonstra que o depoimento pode não ser fiel ao ocorrido, demonstrando que a valoração do mesmo exige cautela.

Essa intelecção da definição citada é reforçada pelo trecho no qual o autor declara que “qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, o que e como tudo ocorreu” (Nucci, 2016, p.276). O jurista ainda reforça essa ideia posteriormente, ao citar José Carlos G. Xavier Aquino e José Renato Nalini, segundo os quais: “a narração dos fatos supõe evocação e memorização de prévia percepção, fenômenos estritamente psíquicos e exclusivos da pessoa física. O testemunho é representação fornecida pelo homem, um ato humano consistente na representação de um fato, concretizando-se, portanto, ‘em uma

manifestação da ideia que a testemunha tem do mesmo fato” (Aquino e Nalini, 1997, *apud* Nucci, 2016, p. 277).

Neste trecho, é possível encontrar referências aos processos correspondentes a codificação e recuperação definidos anteriormente. Além disso, o depoimento aqui é tratado como “representação de um fato”, o que denota a possibilidade de que o depoimento não corresponda de forma exata ao evento relatado.

Portanto, Nucci acerta ao ser um dos poucos autores que aborda a relativização da prova testemunhal baseada na interpretação do evento exercida pela testemunha. Fato interessante neste manual é a crítica à classificação das testemunhas, feita pela grande maioria dos processualistas.

Para o autor, não é cabível a classificação das testemunhas¹⁵ em diretas (aquelas que viram fatos) e indiretas (aquelas que souberam dos fatos por intermédio de terceiros); próprias (as que depõem sobre fatos relativos ao objeto do processo) e impróprias (as que depõem sobre fatos ligados ao objeto do processo), numerárias (que prestam compromisso), informantes (que não prestam compromisso) e referidas (aquelas que são indicadas por outras testemunhas) (Nucci, 2016, p.276). Isso porque as testemunhas prestam depoimento acerca dos fatos que possuem conhecimento, independentemente da importância que o fato tem para o processo ou a origem do fato (Nucci, 2016, p.276).

Essa crítica é de grande importância, pois quebra categorias que revestem o depoimento de algumas testemunhas com legitimidade, principalmente no que concerne as testemunhas diretas e indiretas. As testemunhas diretas são definidas como aquelas que presenciaram o fato, enquanto as indiretas são aquelas que souberam do fato por intermédio de terceiros (Nucci, 2016, p.276).

A criação da categoria de testemunha indireta se legitima pela necessidade de uma cautela maior do magistrado ao apreciar o depoimento. Isso se deve ao fato de que o risco de distorções entre o relato e o evento ocorrido é ainda maior quando comparado com a testemunha direta. Porém, a distinção feita entre testemunhas diretas e indiretas camufla o fato de que toda prova testemunhal deve ser valorada com muito cuidado, tendo em vista as inúmeras fragilidades da memória.

Outra definição de testemunha é trazida por Távora e Alencar, que conceituam testemunha como “pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente (Távora e Alencar, 2016, p. 957). A definição feita

¹⁵ Deve ser ressaltado que esta classificação diverge consideravelmente na doutrina jurídica brasileira.

não remete a concepção ultrapassada de memória, o que é demonstrado pela utilização da palavra “percepções”. A palavra percepção denota uma interpretação da testemunha, diferenciando-se das definições que utilizam palavras como “prova” ou “fato”. Para os autores, o valor probatório da prova testemunhal é relativo como qualquer outro tipo de prova (Távora e Alencar, 2016, p. 979).

4.3 A INDIVIDUALIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL

O artigo 210 do Código de Processo Penal¹⁶ prevê que as testemunhas devem ser inquiridas individualmente, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. Além disso, o parágrafo único do referido artigo prevê a necessidade de espaços que garantam a incomunicabilidade das testemunhas em momento anterior a realização da audiência.

Lima realça a necessidade de espaços separados para as testemunhas aguardarem a audiência, de forma que seja possível evitar que “uma testemunha possa ser induzida por outra, considerando como próprias percepções alheias, alterando de maneira inconsciente as informações que irá transmitir ao juiz” (Lima, 2016, p.944). Lima fala ainda da necessidade de fiscalizar essa separação, assim como da possibilidade de que as testemunhas entrem em contato fora do fórum (Lima, 2016, p.944).

Apesar de ser impossível evitar este contato, o jurista alega que o magistrado deve se atentar a essa possibilidade, devendo ser este considerado como mera irregularidade (Lima, 2016, p.944). O autor aborda a possibilidade de que o testemunho seja comprometido de forma inconsciente por esse contato, mas não encara diretamente nenhum tipo de fenômeno que possa influenciar a recuperação das memórias, como as falsas memórias.

Porém, Lima menciona uma “autenticidade” da prova testemunha, que denota uma objetividade que não pode ser aceita atualmente. Nesse sentido, o autor sugere que, quando houver o contato entre as testemunhas, a formulação das perguntas deve ser mais minuciosa que o comum, para aferição da sinceridade das declarações, além de uma avaliação final mais crítica do conteúdo do depoimento (Grinover, 2009 *apud* Lima, 2016, p. 944) ”.

¹⁶ Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nesse discurso, é possível perceber que o autor defende a utilização de técnicas de entrevista hostis em relação a testemunha, considerando este um método eficiente. Além disso, o autor defende a utilização de perguntas minuciosas, ou seja, de perguntas que seriam capazes de aferir a veracidade do relato. Este entendimento é totalmente contrário aos corolários da Entrevista Cognitiva, tendo em vista que constrói um ambiente hostil para a testemunha e defende a utilização de perguntas minuciosas, contraposta a utilização das perguntas abertas adotadas na Entrevista Cognitiva.

Ao tratar deste tema, Nucci justifica a necessidade das regras previstas pelo art. 210 do CPP, para que seja possível evitar que uma testemunha saiba o que a outra está dizendo ou já declarou e para possibilitar depoimentos desapaixonados e justos (Nucci,2016, p.283). Fato estranho, porém, é que o jurista afirma que os fóruns buscam manter salas específicas para as testemunhas aguardem a audiência (Nucci,2016, p.283). Ocorre que conforme demonstrado anteriormente, essa realidade está muito longe de ser concretizada, sendo certo que a grande maioria dos fóruns brasileiros não cumpre com a previsão legal acerca da incomunicabilidade das testemunhas (Stein, 2015, p.55).

Ao abordar a necessidade de espaços separados para que as testemunhas aguardem o início da audiência, Fernando Capez alega que o controle efetivo desta separação seria extremamente difícil e que por não ser possível controlar o contato fora do fórum, não haveria necessidade de haver espaços separados para que as mesmas aguardem as audiências (Capez, 2016, p. 515).

É impossível evitar todas as formas de contaminação de memórias, mas o Estado deve envidar todos os esforços para que isso ocorra, tendo em vista o grave dano que pode ser causado. Claro que existe chance de as testemunhas entrarem em contato antes de adentrarem o fórum ou até chegarem aos seus espaços separados, mas caso estes não existam, a probabilidade de contaminação das memórias se torna muito maior. É muito mais provável que as pessoas iniciem uma conversa enquanto aguardam um compromisso em comum do que se encontrarem anteriormente ou iniciarem uma conversa nos corredores do fórum.

4.4 O PROCEDIMENTO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS E O PROTAGONISMO DO MAGISTRADO

Aury Lopes Jr. afirma que após a Reforma Processual de 2008, o magistrado deixou de ser protagonista para ter um papel subsidiário. Desta forma, deve controlar o procedimento, de forma que as normas legais sejam respeitadas e que nenhuma garantia do acusado seja violada.

Além disso, suas perguntas devem se limitar apenas a pontos do depoimento que merecem esclarecimento. Para o jurista, o magistrado pode realizar as suas perguntas a qualquer momento da oitiva, desde que as perguntas tenham como intuito esclarecer pontos obscuros do depoimento (Lopes Jr, 2016, p. 345).

Essas considerações são de extrema importância, tendo em vista que deslegitima magistrados que se tornam verdadeiros protagonistas da inquirição, sendo certo que essa prática ainda é muito comum, conforme foi demonstrado anteriormente (Stein, 2015, p.59). O jurista aponta ainda casos jurisprudenciais nos quais o promotor de justiça estava ausente na audiência e o juiz decidiu figurar como acusador no processo, realizando perguntas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público (Lopes Jr, 2016, p. 348). Fica demonstrada, portanto, a importância de se distinguir a inquirição principal de uma suplementar.

Oliveira também defende a reforma advinda da Lei nº 11.690/2008, ao afirmar que as mudanças trazidas pela lei se alinham a um modelo acusatório, no qual o juiz deve adotar uma posição de maior neutralidade na produção de provas, evitando assim, que o magistrado se torne um substituto da acusação (Oliveira,2016, p. 424). Oliveira defende também que o procedimento previsto pelo art. 212 do Código de Processo Penal¹⁷, deveria ser adotado também no Tribunal do Júri, de forma que o procedimento se torne unificado e alinhado com uma leitura mais atualizada do direito processual penal (Oliveira, 2016, p. 425).

Lima também se demonstra favorável a reforma e critica a corrente doutrinária que defende o protagonismo do juiz, demonstrando que a redação do artigo 212 do CPP é clara ao definir que as suas perguntas devem ser apenas complementares as feitas pelas partes do processo (Lima, 2016, p. 947). Dito isso, esclarece que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema acusatório, sendo inviável a atuação inquisitória do magistrado (Lima, 2016, p. 948). Nesse sentido, distingue o papel de destinatário da prova que o magistrado possui, do papel de produtor da prova, que cabe unicamente às partes (Lima, 2016, p. 948).

O jurista esclarece também que diante da redação do artigo 212 do CPP, as perguntas sugestivas devem ser vedadas, conceituando estas como perguntas que “induzem a testemunha a responder de forma específica e desejada pelo autor” (Lima, 2016, p. 948). Esta definição coincide com o conceito de perguntas confirmatórias utilizadas no presente trabalho, sendo

¹⁷ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

estas as perguntas que admitem apenas uma resposta pré-estabelecida locutor (Lima, 2016, p. 948). Apesar de ser correta essa vedação, não é tratada a questão da sugestionabilidade das informações, que influem na criação das falsas memórias, mas unicamente como manobra discursiva que pode enganar ou pressionar a testemunha a responder à pergunta de forma pré-estabelecida.

É possível perceber a mesma intelecção a partir da obra de Távora e Alencar, onde é possível perceber que os autores acreditam que o risco advindo das perguntas sugestivas consiste apenas em manipulações gramaticais e argumentativas, conforme é possível se depreender deste trecho:

O sistema de fiscalização judicial não foi abandonado, pois o juiz, após a formulação da pergunta pela parte, poderá obstar a resposta, desde que haja cabal impertinência, posto que a pergunta não tenha relação com a causa ou já tenha sido respondida, ou ainda, como inovação legislativa, **caso a indagação possa induzir a testemunha na resposta**. Percebe-se claramente a preocupação do legislador em evitar que a parte **faça perguntas tendenciosas, levando a testemunha a erro, onde a resposta acabe sendo fabricada por argúcia do interpelante, retirando do testemunho a espontaneidade necessária para o esclarecimento da verdade. Quer-se evitar também o testemunho moldado, onde a parte faz as afirmações e praticamente convoca a testemunha a concordar ou discordar, retirando-lhe totalmente a liberdade de analisar e até mesmo entender o que foi indagado. A habilidade na condução do testemunho pela acusação ou pela defesa pode acabar fazendo da testemunha verdadeira marionete, alçada ardilosamente a dizer o que se quer ouvir**. Neste ponto, deve o juiz intervir, de ofício ou por provocação da parte contrária, objetivando-se, portanto, que a testemunha não responda a tais indagações (Távora e Alencar, 2016, p. 974, sem grifos no original).

Essa crença também é compartilhada por Nucci, que afirma a necessidade de a colheita do testemunho ocorrer oralmente, pois esta seria a única forma de avaliar a veracidade das alegações da testemunha (Nucci, 2016, p.280).

Ao afirmar isso, fica demonstrado que Nucci compartilha da crença de que é possível verificar se uma pessoa estaria mentindo ou não pela verificação de índices comportamentais, tais como: desviar o olhar, gaguejar, entre outros. Porém, deve ser ressaltado novamente que os índices comportamentais não são índices confiáveis para aferir a veracidade do relato, existindo uma ampla gama de pesquisas científicas que comprovam essa afirmativa (Depaulo et al., 2003, p.80; Vrij, Granhag, Porter, 2010, p. 96).

Interessante ressaltar que Nucci ainda é adepto do conceito de verdade real, utilizando-se do termo algumas vezes em seu capítulo acerca da prova testemunhal. Desta forma, é difícil

compatibilizar a sua posição anteriormente mencionada, acerca da importância da interpretação da testemunha sobre o evento relatado em seu depoimento, com o conceito de verdade real adotado pelo mesmo.

Em outras palavras, não é possível compatibilizar a afirmação de que a prova testemunhal construída no processo se distancia do evento relatado devido aos processos cognitivos inerentes a interpretação e memorização com o conceito de que o processo penal deve buscar uma verdade objetiva e exata, a chamada verdade real. Como dito anteriormente, a verdade construída no processo é uma verdade relativa, sendo certo que a verdade real é impossível de ser alcançada no âmbito processual.

Acerca do protagonismo do magistrado no procedimento, Nucci destoa da maioria dos juristas. Para o autor, o procedimento foi alterado apenas para que fosse conferida mais dinamicidade e fluência (Nucci,2016, p.284). Com a redação antiga do artigo 212 do Código Penal, as partes deveriam dirigir as suas perguntas para o magistrado, para que assim, o magistrado pudesse avaliar a sua conveniência e direcioná-la para a testemunha. (Nucci,2016, p.284).

Desta forma, o procedimento se tornava mais demorado e a testemunha escutava a mesma pergunta duas vezes, o que causava algumas situações desgastantes, como a testemunha começar a responder à pergunta feita pela parte e ser interrompida pelo magistrado, devido a necessidade de que a pergunta seja formulada novamente pelo próprio. Acerca disso, nenhuma crítica deve ser feita, pois de fato o procedimento evoluiu quando permitiu que as perguntas fossem formuladas diretamente pelas partes, se tornando mais dinâmico e rápido.

Ocorre que a mudança no procedimento não ocorreu apenas com este intuito, sendo certo que buscou também extirpar o protagonismo do magistrado no procedimento, de forma que fosse possível aproximar o nosso sistema de um sistema acusatório ideal. Para o jurista, o sistema foi alterado apenas no que concerne o sistema de inquirição pelas partes, permanecendo inalterado no que tange o magistrado (Nucci,2016, p.284). Desta forma, o magistrado deveria formular as suas perguntas antes das partes, da mesma forma que eram feitas antes da mudança legislativa (Nucci,2016, p.284). Caso necessitasse de mais algum esclarecimento, o magistrado poderia fazer outras perguntas no final do procedimento (Nucci,2016, p.284).

Não parece ter sido essa a intenção do legislador. O artigo 212 do Código de Processo Penal¹⁸, menciona expressamente que as perguntas serão formuladas pelas partes, e que o juiz

¹⁸ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

deverá complementar a inquirição. Dito isso, a concepção do jurista de que a mudança legislativa atingiu apenas as partes não tem nenhum amparo na legislação, sendo fundada em uma concepção de verdade real e de sistema inquisitório que pressupõe a necessidade e legitimidade do protagonismo do magistrado no processo penal.

Nucci discorre acerca da posição doutrinária majoritária, e afirma que “a pretensão de transformar o processo penal brasileiro no sistema americano ou partir para o acusatório puro é frágil e inadequada” (Nucci,2016, p.284). O protagonismo do magistrado no processo penal defendido pelo jurista é assustador. Isso porque para Nucci, o magistrado pode produzir de ofício, quantas provas julgar necessárias (Nucci,2016, p.284).

Um dos pontos para justificar a sua discordância da doutrina majoritária, é o de que a grande maioria das partes não possuem formação na área de psicologia e argumentação (Nucci,2016, p.285). Ora, essa linha de argumentação não faz qualquer sentido, isso porque conforme demonstrado anteriormente, esse preparo também é precário em relação ao magistrado.

Em muitos casos, o magistrado atua contrariamente às descobertas científicas da Psicologia do Testemunho, sendo certo que a grande maioria dos operadores do direito acredita que a experiência profissional constitui o próprio treinamento para atuar de forma adequada (Stein, 2015, p.60). Desta forma, conferir o protagonismo ao magistrado não produz nenhum tipo de solução, causando prejuízo as garantias processuais inerentes ao sistema acusatório.

Curiosamente, ao falar sobre a necessidade de conhecimentos advindos da Psicologia, o autor não faz qualquer menção as descobertas advindas da Psicologia do Testemunho, assim como acerca dos cuidados necessários no procedimento da colheita do testemunho. Percebe-se aqui que a área da Psicologia e Argumentação foram utilizadas apenas como argumento de autoridade, de forma que deslegitimasse a posição contrária à do autor, apenas pela falta de conhecimento advindos destas áreas.

Ao defender que a inversão na ordem de inquirição das testemunhas geraria apenas nulidade relativa, Nucci chega a afirmar que:

Na realidade, quem alega a nulidade sabe perfeitamente bem que nenhum prejuízo sofreu; quer anular o feito porque a sentença lhe foi desfavorável. Nada mais que isso. Portanto, temos afastado a alegação de nulidade, demonstrando que nem mesmo a parte soube apontar qual teria sido o prejuízo sofrido.

(Nucci, 2016, p.286)

Percebe-se no discurso uma generalização acerca da possibilidade de prejuízo na inversão da ordem, de forma que ela não seria apenas relativa, como defendido anteriormente pelo autor, mas inexistente. Ora, um prejuízo desta natureza é extremamente difícil de se provar, mas o respeito às regras previstas pela legislação não pode ser completamente ignorado, como demonstra o trecho citado. Se o Poder Judiciário sempre validar os atos do magistrado que desrespeita a previsão legal, tendo em vista a impossibilidade de se provar o prejuízo sofrido e a crença de que na verdade, não existe qualquer prejuízo, o artigo 212 não terá qualquer função.

Outra consideração feita por Nucci acerca do procedimento de inquirição das testemunhas consiste na importância de que o depoimento seja colhido perante o juiz da causa, rechaçando prática comum no Direito Civil, na qual o depoimento pode ser atestado ou documentado mediante ata lavrada por tabelião¹⁹ (Nucci, 2016, p.277). É possível inferir que esta prática é aceita no processo civil, mas rechaçada no processo penal, pela disparidade entre os danos que o depoimento pode causar.

Nesse sentido, é impossível comparar os danos causados para um indivíduo em um processo penal com os danos causados em um processo civil, a começar pelo dano causado pelo próprio processo. Por esse mesmo motivo, a denúncia passa por um exame preliminar do magistrado, para apenas posteriormente, o réu ser citado e integrar o processo²⁰.

4.5 O DEPOIMENTO POLICIAL

O depoimento policial consiste no relato do policial em juízo, que se envolveu diretamente ou indiretamente com o fato. Assim, pode depor tanto o policial que efetuou a

¹⁹ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

²⁰ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

prisão, como o policial que chegou ao local minutos após o evento investigado (Nucci, 2016, p.277).

O depoimento policial constitui prática comum nos tribunais e o valor conferido a este deve ser obrigatoriamente problematizado. O depoimento policial é ainda mais problemático pelo fato de que a palavra da autoridade policial goza de fé absoluta, enquanto a palavra do acusado é tomada como duvidosa e mentirosa. (Garcia, 2015, p. 69). Alguns magistrados decidem conferir valor ainda maior para o depoimento policial nos casos de tráfico de drogas, pois, na maioria dos casos, essa é a única prova do crime. Ora, sendo a única prova do processo, advinda da autoridade encarregada de investigar e reprimir crimes, o seu valor deveria ser relativizado e não engrandecido (Garcia, 2015, p. 71).

Segundo Aury Lopes Jr., os depoimentos de policiais devem ser valorados com cautela, tendo em vista que os policiais estão contaminados pela repressão e apuração do fato (Lopes Jr, 2016, p.349). Lopes Jr. critica também a prática adotada de forma recorrente pelo Ministério Público de arrolar apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito como testemunhas. Lopes Jr. define essa prática como um engodo com intuito de burlar a regra do artigo 155 do CPP (Lopes Jr, 2016, p.349). Segundo esta regra, o juiz não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

A construção da prova em juízo, principalmente no que concerne a prova testemunhal, visa garantir o contraditório e a ampla defesa. Ao adotar essa prática, ocorre uma mera repetição formal dos depoimentos já prestados no Inquérito Policial, buscando com isso, escapar da regra sob o manto da ampla defesa e contraditório. Por esse mesmo motivo, deve ser vedada também a mera ratificação dos depoimentos prestados na fase pré-processual apenas por “sim” ou “não” (Reis e Gonçalves, 2016, p. 379).

Ao tratar sobre o tema, Nucci realça a necessidade de que o magistrado avalie o depoimento policial com a devida cautela (Nucci, 2016, p.277). Essa cautela justifica-se pela possibilidade de que o depoimento seja contaminado por um possível envolvimento emocional, pelo interesse em legitimar as suas próprias ações ao realizar a prisão do réu e pela possibilidade de que as informações prestadas em depoimento tenham sido advindas de outras pessoas que estavam no local, sem qualquer averiguação da sua fonte ou veracidade (Nucci, 2016, p.277). Távora e Alencar consignam que o depoimento policial não deve ser afastado objetivamente, cabendo ao magistrado valorar o depoimento de acordo com o contexto probatório (Távora e Alencar, 2016, p. 979).

Posição destoante é encontrada no manual de Reis e Gonçalves, onde os autores acreditam que o valor é pleno, desde que prestados de forma firme, coerente com as demais provas e sem contradições (Reis e Gonçalves, 2016, p. 362). Os autores citam ainda um julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual restou consignado que:

(...) o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. (Supremo Tribunal Federal.HC 73.518/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 18.10.1996.p. 39.846).

Apesar de o objetivo desta pesquisa ser analisar apenas o discurso contido nos manuais de direito processual penal, a jurisprudência incorporada ao discurso também merece análise. Deve ser ressaltado também que este julgado é antigo, sendo possível que o discurso da Suprema Corte tenha se alterado ao longo do tempo. O fato de ser tão antigo é interessante, tendo em vista que citar acórdãos antigos não constitui prática comum no Direito, justamente pelas mudanças discursivas que ocorrem ao longo do tempo. Além disso, os acórdãos mais antigos se tornam mais difíceis de serem encontrados, principalmente quando não se trata de um caso paradigma, sendo este o caso do acórdão citado.

Nesse sentido, alguns termos utilizados pelo Ministro Celso de Mello são extremamente problemáticos. O Ministro defende a “inquestionável eficácia probatória” dos depoimentos de policiais, existindo a necessidade de se evidenciar o interesse particular do policial ou que seu depoimento contradiz as demais provas. Assim, os autores, da mesma forma que o Ministro, não reconhecem que o valor do depoimento do policial deve ser relativizado, independentemente de qualquer fato que o contrarie. Isso porque é muito difícil que indícios deste tipo sejam encontrados, tendo em vista que os policiais tem conhecimento suficiente para não deixar qualquer indício deste tipo.

Dito isso, o depoimento do policial não pode ser completamente desvalorizado, mas deve ser sempre apreciado pelo magistrado com cautela em qualquer circunstância, sendo ingênua a concepção de que o seu depoimento deve ter valor probatório inquestionável. Na

verdade, este valor não deve ser conferido a nenhum tipo de prova, pois, independentemente de seu tipo, a prova deve ser submetida a questionamentos acerca de sua validade e legitimidade.

Se a prova irá fundamentar a condenação de uma pessoa, essa deve sobreviver a qualquer tipo de questionamento feito, sendo certo que o dano causado pelo sistema penal não pode se basear em dúvida ou incertezas, mas no máximo que a verdade relativa construída no processo pode produzir. Ou seja, se a melhor verdade construída no âmbito de um processo é relativa e passível de erros, a condenação não pode se basear em uma prova que demonstra um risco visível de estar errada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou a identificar os problemas institucionais relacionados à colheita da prova testemunhal e a sua valoração. Primeiramente, foi apresentado o mito da verdade real e a sua influência em nosso ordenamento jurídico. A busca pela verdade real ainda orienta a prática da polícia e do Poder Judiciário, sendo certo que muitos se orientam pelo mito de que seria possível reconstruir de forma exata um evento preso no passado. A verdade construída em um processo é relativa e essa concepção deve orientar sempre a prática jurídica.

Apesar de aparentar ser uma ideia simples e fácil de ser adotada, a aplicação deste conceito na prática jurídica cotidiana é extremamente complexa. A ideia serve justamente para evitar que os operadores do direito caiam nas armadilhas do próprio raciocínio. Ao valorar uma versão dos fatos juntamente com o conjunto probatório, é comum que o pensamento seja invadido pela noção de obviedade e certeza, como se o fato passado estivesse reconstruído perfeitamente e não houvesse qualquer dúvida ou incerteza.

Essa concepção ainda é adotada também por alguns dos autores analisados no presente trabalho. Isso fica claro nas definições de testemunha ou prova testemunhal nas quais os autores definem o depoimento como um processo simples de relatar fatos apreendidos por meio dos sentidos ou que o depoimento da testemunha atesta um fato, assim como os outros tipos de prova. Essas definições também refletem a concepção ultrapassada de memória, que deve ser imediatamente revista nos manuais que a adotam. Isso porque é justamente essa concepção ultrapassada que esconde as inúmeras fragilidades às quais a memória está sujeita.

O mito da verdade real é especificamente problemático no que concerne a prova testemunhal. A concepção de que o cérebro armazena e recupera as memórias de forma exata ainda é muito comum. Assim, ao valorar o depoimento de uma testemunha, é avaliado apenas o grau de certeza da testemunha, a congruência de seu relato com o restante das provas, entre outros fatores. Não é levado em conta que a lembrança de um evento é bombardeada por influências, por informações que podem ser incorporadas à memória do evento e que a testemunha acredita fielmente que o evento ocorreu exatamente como relatado. Não é comum a distinção entre mentiras deliberadas e falsas memórias, os operadores do direito focam a sua prática em identificar mentiras por meio de um padrão comum de sinais comportamentais.

Mais curioso é que essa prática não tem amparo científico, existem diversos motivos para que uma pessoa não olhe nos olhos do entrevistador, por exemplo, ou demonstre sinais de nervosismo, que não possuem qualquer relação com mentira.

O treinamento dos operadores de direito no que concerne a colheita do testemunho é quase inexistente, sendo comum que práticas antigas sejam ensinadas pelos profissionais mais experientes e legitimadas pela própria experiência do profissional. Assim, o sistema jurídico brasileiro está preso em um ciclo que renova conceitos e práticas ultrapassadas cientificamente, sendo ensinados de geração em geração de profissionais.

Este fato é consequência das lacunas na formação destes profissionais. A problematização da prova testemunhal ainda é muito precária e isso fica muito claro na análise dos manuais de direito processual penal. A única obra que pode ser considerada completa e alinhada com as descobertas da Psicologia do Testemunho é o livro “Direito Processual Penal” de Aury Lopes Jr. O restante das obras não faz qualquer menção ao fenômeno das falsas memórias e o risco da sugestibilidade de informações.

As críticas ao procedimento previsto pelo Código de Processo Penal ainda são muito precárias. A objetividade do testemunho e a clara hostilidade em relação a testemunha no procedimento sofreram pouquíssimas críticas nas obras analisadas. Uma parte considerável dos autores defenderam a cautela na valoração do depoimento policial, assim como a necessidade de espaços separados para que as testemunhas aguardem o início da audiência. Mas existem ainda posicionamentos preocupantes, como o de Fernando Capez, que não considera necessária a criação de condições necessárias para evitar o contato das testemunhas dentro do fórum. As obras analisadas no presente trabalho também se posicionaram, em sua maioria, contrárias ao papel protagonista do magistrado, adotando o respeito ao sistema acusatório.

A análise do fenômeno das falsas memórias é interessante instrumentalmente, por ser absurdo e ordinário ao mesmo tempo. As falsas memórias ocorrem cotidianamente, todos os dias o nosso cérebro incorpora informações às nossas memórias e esse processo passa despercebido, justamente por não causar danos quando ocorre no nosso cotidiano. Disso decorre que algumas das lembranças mais importantes de nossa história, podem terem sido criadas por nosso cérebro.

Assim, as falsas memórias consistem em um fenômeno absurdo e ao mesmo tempo, comum, que realça a fragilidade da memória e da prova testemunhal. A memória está sujeita à um grande conjunto de fatores que podem alterá-las paulatinamente, e o debate acerca das falsas memórias é eficaz em demonstrar isso.

Diante disso, é necessário que os manuais de direito processual penal se alinhem às descobertas científicas da Psicologia do Testemunho e passem a problematizar a prova testemunhal de forma adequada. Além disso, devem ser revistas as definições e discussões amparadas em conceitos ultrapassados e nocivos acerca do funcionamento da memória. O Estado também deve criar programas de treinamento de servidores públicos envolvidos no procedimento de colheita do depoimento testemunhal, instituindo como padrão a técnica da Entrevista Cognitiva, que busca minimizar a sugestibilidade de informações, maximizar a recuperação de informações e criar um ambiente confortável para a testemunha. Nesse sentido, uma revisão legislativa também seria útil ao cumprimento deste propósito.

Conforme demonstrado pela pesquisa realizada por Lilian Stein com apoio do Ministério de Justiça, a situação do país é alarmante. A regra acerca da individualidade das testemunhas é desrespeitada rotineiramente e as técnicas utilizadas pelos agentes estatais são ineficientes e danosas. Desta forma, as ações governamentais supracitadas e o incentivo do debate acadêmico e institucional acerca da fragilidade da prova testemunhal são urgentes e extremamente necessários, sendo estas as medidas adequadas para mudar a realidade brasileira atinente ao procedimento de colheita do depoimento testemunhal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. Você precisa saber o que são falsas memórias. 2016. Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/voce-precisa-saber-o-que-sao-falsas-memorias-por-gustavo-noronha-de-avila-e-alexandre-morais-da-rosa/#_ftn14>. Acesso em: 25/09/2016.

BADDELEY, Alan. O que é a memória? In: BADDELEY, Alan et al. Memória. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 13-25.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.> Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei 9.807/1999, de 13 de julho de 1999.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 505-525.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 1ª ed, Campinas: Russel Editores, 2013.

DEPAULO, Bella M. et al. Cues to deception. Psychological Bulletin, v. 129, n. 1, p. 74-118, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito e a Razão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISHER, Ronald; Geiselman, Edward. The Cognitive Interview method of conducting police interviews: Eliciting extensive information and promoting Therapeutic Jurisprudence. International Journal of Law and Psychiatry, v.33, September, 2010. p. 321- 328.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

FOSTER, Jeffrey L. Foster. GARRY, Maryanne. The American Journal of Psychology, v.125, n 2, 2012. p. 225-232.

GARCIA, Rafael de Deus. O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial: gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas. 2015. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2015.

INNOCENCE PROJECT. Disponível em: < <http://www.innocenceproject.org/>>. Acesso em: 01/11/2016.

KAPLAN et. al. Emotion and False Memory. *Emotion Review*, v. 8, janeiro, 2016. p. 8-13.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 926-959.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico/2009-2*, 2010. p. 25-51.

LOFTUS, Elizabeth; PALMER, John C. Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, University of Washington, v.13, 1974. p. 585-589.

LOFTUS, Elizabeth. Reconstructing memory: The incredible eyewitness. *Jurimetrics Journal*, v.15, n 3, 1974. p. 188-193.

_____, Elizabeth; PICKRELL, Jacqueline. The Formation of False Memories. *Psychiatric Annals*, v. 25, dezembro, 1995.

_____, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practical implications. In: *Nature*, 4, 2003.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 175, junho, 2007. p. 14-16. Disponível em: < http://emporiiodireito.com.br/voce-precisa-saber-o-que-sao-falsas-memorias-por-gustavo-noronha-de-avila-e-alexandre-morais-da-rosa/#_ftn14>. Acesso em: 01/10/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 276-292.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 414-428.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo Reis; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 361-382.

SCHACTER, Daniel L. Memory: sins and virtues. *Annals of the New York Academy of Sciences*, Issue: The Emerging Science of Consciousness: Mind, Brain, and the Human Experience, 2013. p. 56-60.

_____, Daniel et. al. The Seven Sins of Memory: Implications for Self. *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2003. p.226-239.

STEIN, Lilian M. (Org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

_____, Lilian M. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Série Pensando o Direito, v. 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2015.

STERNBERG, Robert J; STERNBERG, Karin. Cognitive Psychology. 6^o ed. Belmont: Wadsworth Publishing, 2011

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal. 11^a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 957-979.

VRIJ , Aldert; GRANHAG, Par Anders; PORTER. Pitfalls and opportunities in nonverbal and verbal lie detection. Psychological Science in the Public Interest, 2010. p. 89-121.