UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DE STANDARDS RACIONAIS PARA A PRODUÇÃO E ANÁLISE DA CREDIBILIDADE

CAIO BADARÓ MASSENA

RIO DE JANEIRO
2017/1º SEMETRE

CAIO BADARÓ MASSENA

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DE STANDARDS RACIONAIS PARA A PRODUÇÃO E ANÁLISE DA CREDIBILIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

M415p

Massena, Caio Badaró
A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DE STANDARDS RACIONAIS PARA A PRODUÇÃO E ANÁLISE DA CREDIBILIDADE / Caio Badaró Massena. -- Rio de Janeiro, 2017.
120 f.

Orientador: Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Prova Testemunhal. 2. Epistemologia do Testemunho. 3. Psicologia do Testemunho. 4. Processo Penal. 5. Standards probatórios. I. Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas, orient. II. Título.

CDD: 341.4343

CAIO BADARÓ MASSENA

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DE STANDARDS RACIONAIS PARA A PRODUÇÃO E ANÁLISE DA CREDIBILIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

Data da aprovação ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA:

_____

Orientador

_____

Membro da Banca

_____

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/ 1º SEMESTRE

Aos meus pais, David e Cláudia, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Geraldo Prado, com quem tive o privilégio e prazer de aprender diariamente durante cerca de um ano e meio. Mestre não apenas pelo saber jurídico, mas também pela forma como enxerga e reage ao mundo.

Aos meus tios, Márcia e Lúcio, por todo o auxílio durante os cinco anos de faculdade e Rio de Janeiro.

Aos amigos Pedro Muxfeldt e Lucas Barros, pelas sugestões, revisões e contribuições ao trabalho. Por certo, amigos que possuem o senso dos altos e graves deveres da amizade.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a prova testemunhal, a partir de uma perspectiva da prova penal como meio racional de verificação dos fatos penalmente relevantes. Com o fim de alcançar critérios racionais para a avaliação da credibilidade da prova testemunhal, necessário se faz tanto uma aproximação da epistemologia do testemunho quanto da psicologia do testemunho. As garantias individuais em jogo requisitam uma posição epistêmica cautelosa por parte do juiz, que deve levar em conta todos os fatores que influenciam a memória humana na avaliação da credibilidade da prova testemunhal. Conquanto a prova testemunhal dependa de um mecanismo frágil como é a memória humana, sua importância para o processo criminal não permite – e nem seria o mais adequado – seu descarte. Buscar um método racional de produção e análise da credibilidade é de fundamental importância para que a prova testemunhal seja capaz de desempenhar o papel de justificação epistêmica que se deseja à prova penal, afastando-a do campo da evidência. Uma adequada escolha dos métodos de recuperação e o estabelecimento de standards probatórios podem desempenhar um fundamental papel nesta busca.

Palavras-chave: prova; prova testemunhal; epistemologia do testemunho; psicologia do testemunho; processo penal; epistemologia jurídica.

ABSTRACT

This paper intends to analyze testimonial evidence, through a perspective of criminal evidence as a rational means of criminally relevant fact-checking. In order to establish rational criteria to evaluate the credibility of testimonial evidence, it is necessary to make an approach of testimony both from epistemology and psychology. Individual guarantees at stake demand a cautious epistemic position from the judge who must consider all factors concerning human memory during the credibility evaluation of testimonial evidence. Although testimonial evidence relies on a fragile mechanism such as human memory, its importance to criminal proceedings does not allow – and would not even be appropriate – it to be dismissed. Pursue a rational method of production and analysis of credibility has fundamental significance to allow testimonial evidence to play the role of epistemic justification wished for criminal evidence, removing it from evidence's domain. An appropriate selection of recovery methods and the establishment of criminal standards may play a key role in this pursuit.

Keywords: evidence; witness testimony evidence; epistemology of testimony; witness'psyhology; criminal procedure; legal epistemology.

SUMÁRIO

Introdução 9
Capítulo 1. A prova 11
1.1. Breves notas sobre a terminologia da prova 12
1.2. O saber, a prova e a justificação 15
1.2.1. Convicção e crença: prova e evidência. 16
1.2.2. A prova como justificação 19
1.3. A(s) função(ões) da prova 21
1.3.1. A verdade como indicador epistêmico 26
1.4. Os fatos como objeto da prova 29
Capítulo 2. A prova testemunhal 37
2.1. A prova testemunhal no Código de Processo Penal 40
2.2. O testemunho como prova: uma aproximação epistemológica 44
2.2.1. Reducionismo e antirreducionismo 45
2.2.1. Críticas de Coady e reformulações do reducionismo 49
2.3. A credibilidade da prova testemunhal e a Psicologia do Testemunho 54
2.3.1. A memória 56
2.3.1.1. Estruturas e tipos de memória 59
2.3.1.2. Os processos envolvidos no registro da informação 63
2.3.2. Os fatores de influência na memória 65
2.3.2.1. Fatores de codificação 65
2.3.2.1.1. Fatores do indivíduo 66
2.3.2.1.2. Fatores do evento 69
2.3.2.2. Fatores de retenção 72
2.3.2.3. Fatores de recuperação 77
Capítulo 3. Standards probatórios: por uma atividade probatória racional 86
3.1. Os momentos da atividade probatória no processo judicial 87
3.1.1.A conformação do conjunto probatório 87
3.1.2. A valoração da prova 91
3.1.3. O momento da decisão 92
3.2. O contraditório como controle da produção da prova testemunhal 94
3.3. A credibilidade da prova testemunhal 96

3.4. Standards probatórios para a produção e análise da prova testemunhal . 101
4. Considerações Finais.....**105**
5. Referências bibliográficas.....**108**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da prova testemunhal no âmbito do processo penal brasileiro. Entretanto este objetivo não se resume a uma mera análise dos dispositivos presentes no Código de Processo Penal brasileiro, mas também procura desenvolver uma abordagem crítica dos próprios conceitos envolvidos na temática da prova – sem dúvidas um tema interdisciplinar que envolve além de aspectos jurídicos, a análise de outras áreas como a filosofia, epistemologia, psicologia etc. –, e, na medida do possível, propositiva.

Com este condão, procurou-se num primeiro momento compreender o próprio conceito de prova, analisando sua função, seu objeto e os debates e disputas sobre estas questões. A partir de uma noção epistêmica da prova, a análise se deu sobre questões como: quais atributos deve possuir uma prova? Qual o papel desempenhado pela prova no campo do Direito? A prova possui uma função meramente epistêmica na reconstrução dos fatos? Qual o objeto da prova no Direito, especificamente no processo penal? O que os juristas pretendem dizer ao mencionar o fato? Qual a relação entre uma prova e o seu objeto?

Todas estas questões, sem dúvidas, envolvem um amplo debate. Sem nenhuma pretensão de esgotamento e ciente da existência de posições divergentes, o trabalho tentou oferecer algumas respostas consideradas mais adequadas com um processo racional-legal de justiça.

Num segundo momento, o trabalho se concentrou na própria análise da prova testemunhal. A partir de algumas posições um tanto quanto céticas em relação ao uso e avaliação da prova testemunhal, procurou-se averiguar em que medida estas posições se configuram justificáveis. Assim, realizou-se duas abordagens sobre o testemunho: uma a partir da epistemologia do testemunho, apresentando os debates entre reducionistas e antirreducionistas no que diz respeito ao testemunho como forma de aquisição de conhecimento, e outra a partir da psicologia do testemunho, buscando compreender os fatores de influência na memória da testemunha que podem afetar a credibilidade da prova testemunhal.

Por fim, o trabalho se concentrou em compreender a atividade probatória como um todo. Após apresentar os distintos momentos da atividade probatória – conformação do conjunto

probatório, valoração dos elementos de prova e do conjunto probatório e decisão –, a análise se deu sobre os próprios mecanismos de controle da produção da prova e a possibilidade de estabelecer critérios para a análise da credibilidade da prova.

Certo de que se trata de um tema complexo, o trabalho tem como principal objetivo oferecer uma visão crítica da prova testemunhal, embora distante do ceticismo apresentado por uma parcela de juristas. Levou-se a cabo no presente trabalho a ideia de Gorphe de que "o valor do testemunho depende da crítica que se faz a ele".[1]

Espero que o presente trabalho venha a contribuir para o desenvolvimento de uma produção e avaliação mais racional da prova no âmbito da prova Processo Penal brasileiro, principalmente no que diz respeito à prova testemunhal.

1 GORPHE, François. **La crítica del testimonio**. Tradução de Mariano Ruiz-Funes. 6ª ed. Madrid: Editora Reus, 2003 (Originalmente publicado em 1933). p. 9

1. A PROVA

Todos realizam raciocínios através de provas. Dentro de um prédio, alguém raciocina que está chovendo do lado de fora porque viu outro entrar com um guarda-chuva molhado. O cachorro late e raciocino que alguém se aproxima da casa. Sabe-se que Getúlio Vargas existiu e foi presidente do Brasil porque os jornais da época, os livros de história e as pessoas mais velhas assim afirmam. Alguém raciocina que houve uma festa no local porque encontrou diversas latas vazias de bebida alcoólica, restos de comida e cinzas de cigarro. Raciocinar através de provas é uma habilidade humana essencial e em todas as disciplinas – engenharia, direito, arqueologia, história, astronomia, etc. – são enfrentados problemas referentes às provas e ao raciocínio inferencial. Como afirmou um dos mais importantes autores em matéria de prova, Jeremy Bentham: "o campo da prova não é outro que o do conhecimento".[2]

No que diz respeito especificamente ao processo penal, cabe pontuar que este, como todo processo judicial, nas palavras de Franco Cordero, pode ser entendido como "uma máquina retrospectiva, na medida em que busca estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou".[3] Em outras palavras, o processo, através de uma investigação fática busca reconstruir, aproximadamente, determinado fato histórico (no contexto do processo penal, um crime).

A complexidade de tal investigação no campo do processo judicial aumenta na medida em que o juiz, que não poderá se escusar de resolver o conflito em questão, não é capaz de conhecer por si próprio quais foram os fatos e nem como ocorreram. Nesse sentido, pode-se dizer que o juiz possui a responsabilidade de tomar uma decisão, ainda que não tenha estado ali para presenciar diretamente os fatos juridicamente relevantes que se quer ter certeza.

Se a responsabilidade de tomar a decisão é do juiz, que, por sua vez, não presenciou os fatos, são as provas trazidas ao processo pelas partes que lhe possibilitam o exercício da tarefa

---

[2] Tradução livre. No original: "The field of evidence is no other than the field of knowledge". (BENTHAM, Jeremy. *The Introductory View of the Rationale of Evidence*. In: BOWRING, John (ed.) **The Works of Jeremy Bentham**, vol. 6. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. p. 1. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6/simple. Consultado em 17 de abril de 2017.

3 Tradução livre. No original: "Los procesos son máquinas retrospectivas que se dirigen a establecer si algo ha ocurrido y quiém lo realizó". CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 7.

de reconstrução dos fatos e, posteriormente, a formação de sua convicção. Conforme ensina Taruffo: "os elementos de prova deveriam ser concebidos como o meio que pode e deve ser usado para estabelecer a verdade dos fatos relevantes".[4] [5].

É a prova, portanto, o instrumento utilizado pelo juiz para a reconstrução dos fatos relevantes, com o objetivo de se aproximar ao máximo da realidade fática. Diante do exposto, não resta dúvidas a respeito da importância da prova e da atividade probatória no âmbito judicial. Portanto, realizar-se-á, neste primeiro capítulo, um breve estudo sobre a prova penal, levando em conta todo o contexto da atividade probatória.

1.1. Breves notas sobre a terminologia da prova.

Primeiramente, importa destacar – e isso ficará evidente durante o capítulo – que o estudo da prova não envolve apenas a área jurídica, mas também as áreas da filosofia e da teoria científica, ligando-se ao campo de operações do intelecto na busca do conhecimento verdadeiro pelo homem. Portanto, antes de ingressar no estudo da prova judicial, e especificamente da prova penal, cabe analisar o que se entende pela expressão prova, isto é, pôr luz à terminologia da prova.

Conforme alerta Antonio Magalhães Gomes Filho, o termo prova é considerado um termo polissêmico, pois comporta diversas acepções não apenas no discurso dos juristas, mas também na linguagem comum e científica. O autor destaca três concepções do termo prova: como *demonstração*; *experimentação*; *desafio*. Como *demonstração* se diria que a prova é entendida como elemento útil para estabelecer a verdade sobre enunciados fáticos. Provar, nesta primeira concepção, seria fornecer elementos que possibilitem decidir sobre a verdade ou não de proposições fáticas. Já a prova entendida como *experimentação* seria a atividade ou procedimento destinado a verificar a correção de uma hipótese, isto é, um teste que possibilite admitir como verdadeira ou falsa a proposição inicial. No âmbito processual, a instrução probatória se enquadra na concepção da prova como *experimentação.* Como *desafio* a prova pode ser entendida como um obstáculo que deve ser superado para que se reconheça

4 TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 18.

5 A polêmica questão da "verdade", amplamente discutida na doutrina, será abordada no decorrer do trabalho, mais especificamente no tópico 1.3.1.

determinada aptidão, como, por exemplo, uma prova para obtenção do registro profissional, um ônus probatório.[6]

Ainda a tratar da terminologia da prova, mas no âmbito da linguagem processual, Gomes Filho classifica e esclarece alguns empregos do vocábulo prova. Com o condão de uma melhor compreensão do presente trabalho, a fixação destes conceitos, ainda que em breves linhas, será fundamental para o prosseguimento do estudo.

A primeira distinção realizada pelo autor é entre *elementos de prova* e *resultado de prova. Elementos de prova* são os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato; em outras palavras, são os *fatos* ou *circunstâncias* em que repousa a convicção da entidade decisora. Constituem, pois, *elementos de prova:* a declaração de uma testemunha sobre determinado fato; o laudo de um perito sobre matéria de sua especialidade; o conteúdo de um documento. Já a prova entendida como resultado, isto é, o *resultado da prova* significa a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova que são levados ao processo pelas partes, através de um procedimento intelectual realizado pelo juiz, que estabelece se a afirmação ou negação do fato é verdadeira. [7]

Outra importante distinção feita pelo autor se dá entre as expressões *fonte de prova, meios de prova e meios de investigação de prova. Fonte de prova* são as pessoas ou coisas das quais se pode adquirir a prova, consideradas como fontes dos estímulos sensoriais que chegam à percepção da entidade decisora.[8] *Meios de prova* são os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os *elementos de prova* são introduzidos e fixados no processo. São, portanto, canais de informação utilizados pelo juiz. Quando se emprega o termo prova testemunhal ou prova documental, indica-se que a representação do fato foi conseguida por *meio* do testemunho ou do documento. Os *meios de prova* se diferenciam ainda dos *meios de investigação de prova,* pois aqueles se referem a uma atividade *endoprocessual*, desenvolvida perante o juiz, com rigorosa obediência ao contraditório, objetivando oferecer ao juiz elementos

---

6 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSEHLL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zonaide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-306.

7 *Ibid*. p. 307-308.

8 FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010, p 716-717. *Apud* DELLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

probatórios utilizáveis na decisão, enquanto os *meios de investigação* ou *meios de pesquisa* dizem respeito a certos procedimentos (em regra, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público.[9]

Outra importante nota do autor diz respeito à expressão *objeto de prova*, também chamado de *factum* (ou *thema*) *probandum*. Costuma-se dizer que o *objeto de prova* são os fatos que interessam a solução da controvérsia. Gomes Filho alerta para a insuficiência e impropriedade de tal concepção.[10] No decorrer do trabalho a questão do *objeto de prova* será analisada com maior profundidade, por ora, cabe pontuar que o que se chama de "fato" é na verdade o que se diz acerca do fato, isto é, a enunciação de um fato, não o objeto empírico que é anunciado.[11]

12 13

Gomes Filho apresenta também a classificação que distingue a prova *direta* da *indireta*. Trata-se, como esclarece o autor, de uma classificação dos *elementos de prova* segundo a complexidade do procedimento inferencial realizado pelo juiz para chegar ao *resultado da prova*. Em outras palavras, a *prova direta* seria aquela que, por versar diretamente sobre o fato que se pretende provar, permitiria ao juiz conhecer este fato por uma única operação inferencial, enquanto a *prova indireta* (ou *indiciária)* seria aquela que, por não versar diretamente sobre o fato que se deseja provar, obrigaria o juiz a realizar pelo menos duas operações inferenciais para se chegar ao fato a ser provado.

9 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova... op. cit., p. 308-310.

10 *Ibid.* p. 316.

11 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002. p. 114.

12 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova... op. cit., p. 310.

13 Embora a distinção seja amplamente utilizada pela doutrina e jurisprudência nacionais – motivo pelo qual se julgou necessário pontuá-la –, o critério que justifica tal classificação não é unânime na doutrina sobre provas. A título de exemplo, Gascón Abellán aduz: "Com a distinção prova direta-prova indireta parece querer indicar-se, pois, a ausência ou presença de raciocínios e inferências, dependendo de que a prova verse ou não sobre o fato que se pretende provar. A prova direta, por versar diretamente sobre o fato que se quer provar, o provaria "espontaneamente", "sem necessidade de raciocínio". A prova indireta ou indiciária, ao contrário, por não versar diretamente sobre o fato que se pretende provar, mas somente sobre um fato circunstancial, para dar crédito àquele precisaria do raciocínio, da inferência. Além do mais, e conectado com o anterior, parece que a espontaneidade em um caso, e a necessidade de raciocinar no outro, acarreta também uma *diferente qualidade epistemológica* (e, portanto, um valor diferente ou força probatória) dos resultados de ambos os tipos de prova. [...] Essa distinção, no entanto, não parece aceitável, pois se fundamenta em uma acrítica percepção da chamada prova direta. Analisada rigorosamente, a declaração da testemunha Ta: "vi A atirar em B e este cair morto", exemplo de prova direta, não prova por si só (direta ou espontaneamente, sem necessidade de raciocínio) o fato que se pretende provar (que A matou B); o único que esta declaração prova *por si só* é que "a testemunha Ta *diz que viu* A atirar em B e este cair morto". A declaração de Ta provará que "A matou B" somente se A diz a verdade (isto é, se não mente, nem cometeu erro de percepção, nem agora sofre de lapsos de memória); mas esse dado (que Ta diz a

Há, claro, diversas outras acepções e utilizações do termo prova, inclusive abordadas por Gomes Filho. Entretanto, para uma adequada compreensão do presente trabalho, as distinções e classificações apresentadas são suficientes. Por ser a prova testemunhal o tema do estudo, a prova como *elemento de prova* terá, obviamente, maior destaque como objeto de análise. Não sendo possível, entretanto, analisar a prova testemunhal de forma apartada do estudo do próprio testemunho (*meio de prova*) e da análise de toda instrução probatória, estes também serão temas de relevo.

Eventuais e necessárias utilizações do termo "prova" que não tenham sido abordadas neste capítulo serão esclarecidas no momento adequado, não existindo razão, para os fins do presente trabalho, de estender o estudo da terminologia da prova para além do que foi posto.

1.2. O saber, a prova e a justificação.

Saber, provar e justificação são conceitos que estão intimamente relacionados. Nesse sentido, o filósofo português Fernando Gil afirma que "saber e justificação são conaturais e a sua conaturalidade fornece um modelo teórico para a prova: a epistemologia da prova articula-se com o conceito epistêmico do saber.".[14]

A afirmação do autor português, ao mesmo tempo em que implica em importantes consequências, traz também alguns conceitos e uma carga de complexidade que merecem atenção. Não será possível avançar no estudo da prova, portanto, sem um breve esclarecimento sobre a utilização destes conceitos empregados pelo autor.

---

verdade) é o resultado de uma inferência do mesmo tipo que define a prova indireta. Então, do ponto de vista do raciocínio *não há nenhuma diferença essencial entre a chamada prova direta e a indireta*, pois, em ambos os casos, estão presentes inferências da mesma classe (indutivas, na verdade) [...] A ideia de que a prova direta é a que menos pode conduzir a erro judicial deve ser posta em quarentena". GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cap. 8: A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012. p. 259-260.

14 GIL, Fernando. **Modos da evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998. p. 251.

1.2.1. Convicção e crença: prova e evidência.

Fernando Gil, ao realizar a afirmação que iniciou o subcapítulo, parte da conhecida diferenciação realizada por Kant entre os diversos graus do "considerar algo como verdadeiro": *opinar, crer e saber*. O ato de considerar algo como verdadeiro, isto é, o conhecimento que seja tanto "objetivamente suficiente" quanto "subjetivamente suficiente" é denominado *saber.* Por suficiência objetiva compreende-se aqui a verdade do juízo; por suficiência subjetiva, a convicção.

Nas palavras do autor português:

> "A convicção remete também para um registro activo, ela é o modo mais firme do «acto de ter por verdadeiro» (*das Fürwahrhalten*), que Kant considera uma «circunstância do nosso entendimento»: pertence à estrutura originária do espírito pronunciar-se sobre a verdade e estimar o seu peso segundo a força da prova administrada. "[15]

No saber, portanto, a convicção da verdade está relacionada à inteligência das fontes da verdade. Tal inteligência decorre da justificação da derivação da verdade a partir de suas fontes. Portanto, somente sob tal condição é possível falar em convicção.

Na extremidade oposta da convicção se encontra a notoriedade, isto é, aquilo que não precisa de provas: o que é evidente. A evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. Ao contrário do que ocorre na convicção – que poderíamos chamar de uma "crença corrigida", como será trabalhado no decorrer do trabalho –

, é na crença que a evidência se manifesta em maior grau.[16][17] Para Kant, a crença seria o ato de considerar algo como verdadeiro fundado apenas na suficiência subjetiva.

---

15 GIL, Fernando. **Modos da evidência**..., p. 250.

16 MARTINS, Rui Cunha. Capítulo 1: A prova alucinada. In: **O ponto cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2-14.

17 Releva notar, todavia, que não se deve confundir a categoria epistemológica "*evidência*" com a jurídico-penal "*evidence*", do direito anglo-americano. A *evidence* equivale à prova e, segundo o Black's Law Dictionary significa "algo (incluindo testemunhos, documentos e objetos tangíveis) que tende a provar ou infirmar a existência de um fato alegado" (tradução livre – Estados Unidos da América: Thomson, 2006, p. 255). Justifica-se, por isso, a escolha, durante todo o trabalho, pelo termo "prova" e não "evidência". Em virtude da semelhança entre os termos em inglês "evidence" e em português "evidência", é comum encontrar trabalhos em que o termo "evidência" é utilizado como sinônimo do termo "prova". Não nos parece, diante do exposto, a melhor escolha. A título de exemplo, Dallagnol: "Usaremos os termos "prova" e "evidência" de modo intercambiável. São exemplos

Enquanto a convicção se relaciona à inteligência das fontes da verdade, isto é, uma justificação a partir da inteligência de suas fontes da verdade, a crença se relaciona ao caráter alucinatório das evidências, onde a justificação é centrada em si mesma.[18] Cunha Martins chama a atenção para a existência/ausência de critérios exteriores de avaliação, uma vez que, ao contrário da prova, a evidência "não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação da sua própria verdade, pondo-se por si, quer dizer, alucinado".[19]

O caráter alucinatório das evidências institui ao mesmo tempo e pelo mesmo gesto a crença e a justificação da crença. Na evidência a vontade e o desejo de preencher uma expectativa é mais forte do que qualquer tipo de predisposição autorregulatória. E justamente por ausência de uma filtragem crítica e da hipótese de contradição – e aqui é importante destacar que a evidência sempre instaura um *desamor ao contraditório* –, a evidência tende a exprimir-se de maneira alucinatória.[20]

Diante do que foi exposto acima, natural seria supor a exclusão da evidência na participação de um processo que visa operar dentro de uma dimensão legal-racional, isto é, que se pretenda atuar como um limite ao arbítrio. Além disso, se a evidência instaura um desamor ao contraditório, exprimindo-se de forma alucinatória, a partir de uma justificação centrada em si mesma e da ausência de dispositivos exteriores de avaliação, sua incompatibilidade com o caráter dialético[21] do processo judicial seria patente.

Entretanto, é preciso atentar para o fato de que ainda que a prova e a convicção (e o próprio processo, no caso do Direito) atuem com o condão de constranger a evidência, isto é, como mecanismos capazes de impor limites ao que Cunha Martins denomina *pulsão devoradora da evidência*, esta missão está de certa forma condenada ao fracasso - estes

---

de prova ou evidência no sentido de elemento de prova..." (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 16.)

18 MARTINS, Rui Cunha. Capítulo 1: A prova...op., p. 2.

19 *Ibid.* p. 3.

20 *Ibid.* p. 11.

21 "O caráter dialético do processo vive disse, salientava Otto Kirchheimer: de ser um dispositivo estruturado para permitir que as partes possar criticamente colaborar para a formação da convicção judicial. De outra maneira, o processo seria desnecessário." (PRADO, Geraldo**. Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19).

mecanismos não somente estão condenados ao fracasso na missão regulatória da evidência, como também tendem a ser eles próprios contaminados pelo registro da evidência.[22]

No que diz respeito à convicção, basta lembrar que esta é entendida, por definição, como uma "crença corrigida", o que já indica a inevitabilidade da presença da crença mesmo na convicção. A diferença da marca da evidência na convicção e na crença, portanto, não passa de uma diferença de grau. Nesse sentido, mais uma vez se faz necessário recorrer às lições de Cunha Martins:

> "Sucede, com efeito, que a contaminação da convicção pela crença é um dado tão constitutivo da primeira como da segunda. 'A convicção é da ordem da verdade. A crença é a sede da ideologia. Mas interpenetram-se.' [GIL, Fernando. La conviction. França: Flammarion, 2000]. E ao que tudo indica, o mecanismo epistêmico que assegura essa interpenetração, mediando o jogo de sobreposições, é, fundamentalmente, a *adesão*. É através dela que o assentimento, condição da convicção, se constitui expressão máxima de contágio da convicção pela crença".

Da mesma forma que a convicção, em virtude da condição de assentimento, está inevitavelmente contaminada pela crença, a prova estará contaminada pelo registro da evidência, aproximando-se desta, em momentos de *desregulação* e quando verificadas expressões de excesso ou *ostensividade*. Desta forma, importa destacar que para um efetivo desempenho de filtragem e constrangimento das evidências, não basta uma mera acentuação do caráter corretor das provas, mas sim uma permanente atenção aos modos da prova, isto é, ao ambiente de captação e instalação da prova. É justamente no ambiente de captação e instalação de provas onde se realiza uma maior ou menor filtragem da evidência.[23]

Portanto, no campo da convicção é necessário que se esteja atento às possíveis e inevitáveis zonas de contágio entre a convicção e a crença, bem como ao possível sequestro da prova pela evidência. Dentro do processo judicial, em específico do processo penal, há diversos mecanismos de constrangimento das evidências. A crença, através da evidência (entendida como crença absoluta), estará inevitavelmente presente nestes mecanismos como operadores de contágio, mas correto está Cunha Martins quando afirma que o Estado Democrático de Direito se consolida como democrático e de direito quando tais mecanismos, destinados a assegurar seus princípios basilares, são capazes de apresentar um grau tão mínimo quanto

22 MARTINS, Rui Cunha. Capítulo 1: A prova..., p. 3.
23 MARTINS, Rui Cunha. Capítulo 1: A prova..., p. 2.

possível de contaminação de expressão da evidência e, consequentemente, de seu caráter alucinatório.[24]

A temática da crença e da convicção possui diversos outros contornos de fundamental relevância que, por sua extensão e complexidade, não serão discutidos. De toda forma, penso que as principais diferenças entre a crença e a convicção e entre a evidência e a prova, bem como a incapacidade da evidência de fornecer um conhecimento seguro sobre o que se investiga, ficaram razoavelmente esclarecidas.

Merece destaque, por fim, a importância do desenvolvimento de mecanismos de captação e instalação da prova no processo capaz de atuar na função de filtragem das evidências, bem como uma frequente vigília deste ambiente. Pensar em mecanismos de filtragem dentro do processo penal para produção, instalação e avaliação da prova penal será um dos objetivos do presente trabalho.

Por ora, tais considerações, sem nenhuma pretensão de esgotamento da temática, são suficientes para o desenvolvimento do trabalho.

1.2.2. A prova como justificação.

De acordo com a análise tradicional do saber (ou do conhecimento), o conhecimento é definido como uma crença verdadeira justificada. Tal definição é conhecida como tripartida, pois reúne três condições: *condição de aceitação* ou *crença* (CA): a proposição deve ser aceita, isto é, alguém deve acreditar nela; *condição de verdade* (CV): a proposição, ou o algo em que se acredita, deve ser verdadeira; *condição de justificação* (CJ): a proposição deve ser adequadamente justificada.[25] [26]

---

24 *Ibid.*

25 DANCY, Jonathan**. Introducción a epistemología contemporánea**. Traducción de José Luís Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993. p. 39. Disponível em: http://www.conductitlan.org.mx/04_Investigacion/Materiales/L_Dancy_Epistemologia%20Contemporanea.pdf. Consultado em 19 de abril de 2017; GIL, Fernando. **Modos da evidência**..., p. 251.

26 Não se ignora aqui as críticas realizadas, em 1963, por Edmund Gettier a respeito da insuficiência dessa análise tradicional. Em seu ensaio de três páginas, Gettier ofereceu contraexemplos com o objetivo de demonstrar que a análise tradicional seria insuficiente (GETTIER, Edmund. **Conhecimento é crença verdadeira justificada?** Tradução de André Nascimento Pontes. Disponível em http://www.revista.ufpe.br/revistaperspectivafilosofica/index.php/revistaperspectivafilosofica/article/view/27/26. Consultado em 19 de abril de 2017). Não obstante os importantes contraexemplos de Gettier e de outros filósofos,

A íntima relação entre o saber e a prova decorre da *condição de justificação* (CV): conforme destaca Gil, o saber reporta-se diretamente à prova. Cada crença epistemicamente justificada (e aqui não se trata de uma "crença absoluta", conforme foi abordado no último tópico) que alguém possui é baseada em outra(s) crença(s) justificada(s). A prova, como um fato ou circunstância em que se repousa a convicção, é o nome dado a uma crença justificada que desempenha uma função de suporte ou fundamento a outra crença em uma cadeia de justificação. A prova, entendida como uma evidência corrigida, não deixa de ser uma crença (justificadora), motivo pelo qual também deve estar justificada.[27]

A relação entre as crenças justificadoras (provas) e as crenças justificadas (hipótese que se pretende provar) é determinada por um raciocínio denominado inferência probatória.[28] A prova, mediante uma inferência, na sua função de justificação, pode ser compreendida como uma "razão para crer/assentir" a uma hipótese. Nesse sentido, Thomas Kelly diz:

> "Na medida em que a prova é o tipo de coisa que confere justificação, o conceito de evidência está intimamente relacionado a outros conceitos normativos fundamentais, como o conceito de uma razão. De fato, é natural pensar que 'razão de crer' e 'prova' são mais ou menos sinônimos.".[29]

Essa noção da prova como uma "razão para crer" em uma hipótese e como uma crença justificadora de outra crença (justificada) revela a função relacional da prova, como alerta o filósofo canadense Ian Hacking: a prova é algo que aponta para além dela mesma.[30]

Fernando Gil esclarece: "Quaisquer que sejam as precisões que se afigure necessário acrescentar a esta descrição – quer se trate da concepção «aristotélica» da verdade, ou do alcance da aceitação subjetiva, ou ainda da justificação (os exemplos ditos de Gettier mostrariam que a justificação, a aceitação e a verdade não se acompanham em todas as circunstâncias por um saber) –, parece incontestável que o saber epistémico requer tomar em conta as três condições e as suas inter-relações" (GIL, Fernando. **Modos da evidência**..., p. 251).

27 Naturalmente, esta afirmação pode levar ao problema da regressão infinita na cadeia de justificação. Há diversas respostas para essa questão, a depender da doutrina que se adote – *coerentismo, fundacionalismo, foundherentismo* (Susan Haack), *infinitismo*, *ceticismo*. Não seria possível discutir esse ponto aqui. Sobre o tema, ver, entre outros: HAACK, Susan. **Evidencia e investigación**: hacia la reconstrucción en epistemología. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

28 Sobre inferências probatórias, ver, entre outros: MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: Compromissos Epistêmicos, Normativos e Interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Epistemologias Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**... op. cit., p. 51-90; ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 134-142.

29 Tradução livre. No original: "Inasmuch as evidence is the sort of thing which confers justification, the concept of evidence is closely related to other fundamental normative concepts such as the concept of *a reason*. Indeed, it is natural to think that 'reason to believe' and 'evidence' are more or less synonymous". KELLY, Thomas. Evidence. **The Stanford Encyclopedia os Philosophy**, 2008. p. 5. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/evidence/. Consultado em 10 de maio de 2017.

30 HACKING, Ian. **The emergence of probability**: philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference. 2ª ed. Cambridge: Cambdridge University Press, 2006. p. 37. Disponível em:

Em relação a esse ponto, Paul Boghossian esclarece:

> "O que queremos dizer com uma razão para acreditar? Normalmente, temos em mente uma *prova* para a crença, uma consideração ou observação que aumenta a plausibilidade da verdade da crença. Assim, poderíamos imaginar que a Maria [quando afirma que Júpiter possui um determinado número de luas] apontou o seu poderoso telescópio para Júpiter e contou as suas várias luas. A estas razões, chamemos razões epistémicas."[31]

Está claro, portanto, que a prova opera como uma (boa) razão para crer em algo ou uma hipótese. O conhecimento seguro, isto é, a convicção, impõe uma justificação desta crença com base em provas. Nesse sentido, González Lagier afirma que "provar um fato consiste em mostrar que, à luz das informações que possuímos, está justificado aceitar que esse fato tenha ocorrido".[32]

A compreensão desta função da prova como instrumento que possibilita o conhecimento seguro sobre um objeto/hipótese é de suma importância para que se atente para a importância da qualidade epistêmica da prova. Uma prova, pois, só é de fato uma prova na medida em que goza de um valor epistêmico que assegure esse conhecimento seguro a respeito da hipótese que se pretende provar, isto é, que possa justificar racionalmente uma crença.

1.3. A(s) função(ões) da prova.

Todo o dito anteriormente parte de uma concepção da prova judicial dentro de uma perspectiva epistemológica. Mas é preciso advertir que a função da prova (e, consequentemente, da atividade probatória) está diretamente ligada ao lugar em que se insere a verdade no processo judicial, isto é, à condição sistêmico-processual do verdadeiro.[33] Tanto na tradição romano-

---

http://www.andreasaltelli.eu/file/repository/Jan_Hacking_Emergence_Probability.pdf. Consultado em 26 de abril de 2017. Ao tratar dos diversos usos do termo prova dentro do campo do direito, Hock Lai Ho reafirma este caráter relacional da prova e aponta que uma proposição fática (*factum probans*) é uma prova somente se serve como uma premissa para a realização de uma inferência (direta ou indireta) sobre uma questão que é juridicamente relevante para o caso (*factum probandum*). (HO, Hock Lai. The legal concept of evidence. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, winter edition, 2015. p. 3. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/evidence-legal/. Consultado em 02 de maio de 2017).

31 BOGHOSSIAN, Paul. **O Medo do Conhecimento**: contra o relativismo e o construtivismo. Lisboa: Gradiva, 2015. p. 25

32 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Hechos y conceptos**. Disponível em http://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf. Data de acesso: 20 de abril de 2017.

33 Conforme adverte Cunha Martins, a verdade é sempre uma questão de lugar. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 68-69.

germânica quanto na tradição anglo-americana, tradicionalmente afirma-se que a verdade é o objetivo do processo judicial e da prova. Basicamente, em ambas as tradições, o argumento passa pela noção de que a verdade é um requisito da justiça e, por isso, é um objetivo da prova.[34]

Em que pese o presente trabalho não tenha como objetivo discutir as diversas teorias da verdade existentes (o que envolveria questões filosóficas complexas e amplas, que fugiriam do seu objetivo), não se pode ignorar que as diversas concepções a respeito da verdade, judicial ou extrajudicial, implicam em concepções da prova judicial que se diferem da concepção exposta acima. Portanto, existem importantes teorias sobre a prova que optam por inserir a verdade em outro lugar que não o centro do processo, isto é, como um objetivo da prova e do processo. Além disso, as próprias concepções racionalista-epistêmicas da prova não se apresentam da mesma maneira em todos os autores. Compreender algumas das concepções da prova judicial será, portanto, o objetivo do presente tópico.

O brilhante jurista italiano Michele Taruffo, ao tomar como parâmetro as diversas concepções de verdade judicial, descreve algumas dessas concepções a respeito da função da prova. Cabe ressaltar que muitas vezes essas posições são implícitas, o que não impede, entretanto, de defini-las de forma aceitável.

A primeira posição apresentada pelo autor considera a prova como uma espécie de *nonsense* ou algo que não deve ser tomado em consideração. Essa posição é adotada por concepções que entendem impossível pensar – sob os vieses epistemológico, prático e ideológico - que a verdade dos fatos é realmente estabelecida no processo de um modo racional. Essa concepção é típica de teorias irracionalistas, que sustentam que a verdade dos fatos é em todo caso irrelevante, uma vez que falar em verdade, não apenas no contexto judicial, não faz "sem sentido". As provas servem apenas para dar uma aparência de legitimidade racional, com o condão de dissimular a irracionalidade e injustiça das decisões judiciais.[35]

---

34 A aludida relação processo-verdade-justiça pode ser compreendida, por exemplo, a partir da teoria prescritiva da prova de Jeremy Bentham, que assume como uma de suas premissas o dever do processo buscar uma dupla garantia: assegurar que todos os infratores da lei sejam punidos e que apenas os infratores da lei sejam punidos (FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba causibenthamiana. In: VAZQUEZ, Carmen (ed.) **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 22). Essa questão será melhor desenvolvida no tópico 1.3.1.

35 TARUFFO, Michele. **La prueba de los**…, op. cit., p. 80.

Portanto, a função da prova, para esta primeira concepção, é fazer crer que o processo determina a verdade dos fatos, pois é útil que os cidadãos vejam desta forma, embora não seja o que ocorre na prática. Conforme adverte o autor italiano: "esses enfoques [irracionalistas] excluem *a priori* qualquer possibilidade de discutir racionalmente a verdade em geral e, portanto, também qualquer possibilidade de pensar a verdade em contextos judiciais."[36]

Uma segunda posição surge no âmbito das concepções semióticas ou narrativas. A premissa fundamental desta posição é a de que o processo é uma situação em que se desenvolvem diálogos e se narram histórias. Ainda que os diálogos e histórias guardem relação com os fatos, não interessa para essa relação nada além das estruturas linguísticas e semióticas.[37]

Essa concepção da prova filia-se à noção da verdade como coerência, em que a verdade de um enunciado de fato é somente a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados. O processo é visto, portanto, como um diálogo no qual as pessoas contam histórias que são fundamentalmente similares a um romance, e o critério utilizado para conferir credibilidade a qualquer enunciado é a sua coerência no contexto global do diálogo judicial ou dentro da específica narração contada por algum sujeito no curso do processo.[38]

Conforme esclarece Taruffo, as provas são consideradas não como um recurso "heurístico" utilizado pelo julgador com o condão de estabelecer a verdade dos fatos em litígio, mas como um instrumento "persuasivo", no qual a finalidade é unicamente criar, na mente do juiz, uma crença acerca da credibilidade de um dos relatos prestados durante o processo. Portanto, esta concepção da prova exclui do processo qualquer função cognoscitiva, sendo irrelevante a determinação dos fatos em termos de verdadeiro/falso, aproximando-se de uma concepção retórico-persuasiva.[39]

36 TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19

37 TARUFFO, Michele. **La prueba de los**…, op. cit., p. 82.

38 TARUFFO, Michele. **A prova**, op. cit., p. 27.

39 TARUFFO, Michele. **La prueba de los**…, op. cit., p. 83; TARUFFO, Michele. A prova, op. cit., p. 27.

Vale aqui a ressalva de que a dimensão persuasiva-discursiva, como adverte o próprio autor italiano, possui um papel importante no contexto processual e na atividade probatória, principalmente sob a perspectiva do advogado. Como ressalta Twining, a tarefa essencial do advogado é persuadir o juiz a decidir a favor de seu cliente.[40] Portanto, o advogado não busca a verdade de forma neutra e desinteressada, pois o que interessa para o advogado é que a decisão seja favorável ao seu cliente. Se a verdade for contrária ao interesse do seu cliente, melhor será que a verdade não seja descoberta. Do ponto de vista da entidade decisora (juiz ou jurado), entretanto, a situação muda, pois o pressuposto é que esta seja imparcial, isto é, decida o caso elegendo uma versão verdadeira dos fatos em litígio, a partir dos elementos de prova como um recurso heurístico e não como um argumento persuasivo.[41]

Taruffo alerta que narrativas coerentes e persuasivas podem ser falsas ou podem não pretender ser verdadeiras, sendo este o principal argumento para rejeitar qualquer teoria da verdade como simples coerência no contexto judicial.[42] No mesmo sentido, adverte o filósofo português Fernando Gil: "embora se deva reconhecer a importância da dialética argumentativa, a pretensão de dissolver a ideia de prova na ideia de argumentação é de todo inaceitável. Não corresponde a qualquer realidade".[43]

Uma terceira posição a respeito da função da prova é aquela que a compreende como um meio para estabelecer a verdade dos fatos. Por prova, portanto, se compreende o conjunto de elementos, os procedimentos e os raciocínios por meio dos quais a reconstrução fática é elaborada, verificada e confirmada como verdadeira. Essa posição, ainda que não no mesmo nível de conhecimento epistemológico, resgata a noção, inicialmente mencionada, da concepção jurídica tradicional da prova que atribui à verdade uma condição de justiça.[44]

Entretanto, aderir a tal posição não significa adotar um realismo acrítico e ingênuo. Sobre esse ponto, o autor italiano esclarece:

---

40 TWINING, William. **Rethinking Evidence**. Exploratory Essays. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 288.
41 TARUFFO, Michele. **A prova**, op. cit., p. 27.
42 *Ibid.* p. 28.
43 MARTINS, Rui Cunha; GIL, Fernando. Apêndices: A. Reflexões sobre prova, verdade e tempo. In: MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.
44 TARUFFO, Michele. **La prueba de los**…, op. cit., p. 84.

> "Assim, por exemplo, as versões críticas do realismo não excluem que se possa falar de algum modo de verdade empírica dos fatos, mas já a própria noção de fato resulta muito problemática e a prova se configura como uma técnica racional de confirmação de hipóteses que se apresentam complexas e variáveis relações de aproximação com a realidade empírica. A partir destas perspectivas, as versões «contextualizadas» da verdade judicial mostram como também a prova está vinculada ao contexto e é, portanto, um fenômeno sujeito a diversas e relevantes variações nos distintos contextos (ou modelos) processuais."[45]

Taruffo, ao defender a prova em sua função instrumental para a determinação da verdade dos fatos, afirma que somente a partir desta noção é possível falar em uma decisão judicial legal-racional capaz de assegurar as garantias processuais necessárias ao Estado Democrático de Direito. Para o autor, não há sentido em falar de legalidade, correção e justiça de decisão se não se reconhece que a verdade dos fatos é questão necessária para uma correta aplicação da norma. A prova, portanto, à luz do que já foi abordado, deve ter o papel de *justificação epistêmica* na busca de um conhecimento seguro a respeito dos fatos que garanta uma decisão judicial em consonância com o binômio racional-legal.

É preciso destacar, todavia, que reconhecer o caráter epistêmico da prova não exclui que esta possa ter dimensões que não sejam epistêmicas. O próprio Taruffo reconhece que existem outras dimensões, isto é, que não seja o estabelecimento da verdade dos fatos uma função exclusiva da prova, ainda que considere esta a dimensão primordial. Reconhecer e compreender outras dimensões da prova - como a hermenêutica (Gadamer), retórico-persuasiva (Susan Haack, MacCormick) e contextual (Flora Di Donato e Francesca Samardella)[46] – não significa (e nem poderia, em uma concepção legal-racional) desprezar e ignorar a função epistêmica da prova.

Ainda sobre uma visão crítica da prova em sua função epistêmica, é preciso destacar outro importante ponto: no processo penal não estão em jogo apenas valores epistêmicos, mas também uma série de valores extra-epistêmicos. Como adverte Larry Laudan, um dos grandes

---

45 Tradução livre: "Así, por ejemplo, las versiones críticas del realismo no excluyen que se pueda hablar de algún modo de verdad empírica de los hechos, pero ya la propia noción de hecho resulta muy problemática y la prueba se configura como una técnica racional de confirmación de hipótesis que presentan complejas y variables relaciones de aproximación con la realidad empírica. Desde esta perspectiva, las versiones «contextualizadas» de la verdad judicial muestran cómo también la prueba está vinculada al contexto y es, por tanto, un fenómeno sujeto a numerosas y relevantes variaciones en los distintos contextos (o modelos) procesales." TARUFFO, Michele**. La prueba de los**…, op. cit., p. 84

46 Não será possível avançar neste ponto. Para uma melhor compreensão, ver: DONATO, Flora Di; SCAMARDELLA, Francesca. Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos en el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VAZQUEZ, Carmen (ed.). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

estudiosos sobre epistemologia jurídica da atualidade: "os processos penais estão influenciados por uma série de valores extra-epistêmicos que vão desde o interesse em proteger direitos do acusado até questões como sua eficiência e celeridade".[47] Portanto, não estão em jogo no processo penal apenas valores epistêmicos, mas também valores não-epistêmicos.[48]

O presente trabalho se filia à terceira posição, que afirma o caráter epistêmico da prova, isto é, como um instrumento capaz de auxiliar no estabelecimento da verdade dos fatos, com o condão de atuar na função de *justificação epistêmica*. Entretanto, diante das diversas questões de relevância, como os valores não-epistêmicos que envolvem o processo penal, as dimensões alternativas da prova e a própria necessidade de não se deixar levar por um realismo ingênuo, será necessário estabelecer com maior clareza o papel que o presente trabalho atribui a verdade na questão probatória.

1.3.1. A verdade como indicador epistêmico.

Conforme abordado anteriormente, a função da prova em estabelecer a verdade dos fatos é uma condição de justiça e racionalidade da decisão judicial. Negar que o processo judicial tem como objetivo, ainda que não exclusivo, aumentar o potencial de estabelecimento da verdade dos fatos, isto é, reduzir (não há como evitar por completo) o erro judicial (condenações falsas e absolvições falsas), é aceitar a possibilidade de decisões judiciais arbitrárias e injustas, em desacordo com um Estado que se diz democrático e de direito.

Nesse sentido, Prado adverte que "a existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do estado de direito."[49]

---

47 LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.26.

48 Em que pese não seja o escopo do presente trabalho realizar esta análise, é preciso destacar que dentro da própria inferência probatória em âmbito processual o fundamento pode ser não apenas epistêmico (*regras de experiência*), mas também normativo (*regras jurídicas*) e interpretativo (*regras conceituais*). Sobre o tema, ver: MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: Compromissos Epistêmicos, Normativos e Interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Epistemologias Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

49 PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo *et. al.* **Prova Penal**: Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 14.

A presunção de inocência como princípio reitor do processo penal brasileiro impinge a proibição de desautorização do processo, traduzida pela máxima garantista "*nulla pena sine iudicio*", e a incerteza como juízo de partida de toda investigação. Portanto, somente através de um processo e após superado o estado de incerteza estará legitimada a punição.

A necessidade de superação do estado inicial de incerteza impõe que o processo, necessário para a imposição da pena, não seja qualquer tipo de processo, mas um processo que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria a partir de um esquema lógico e jurídico capaz de apoiar a decisão em um determinado contexto de verdade. Portanto, é necessário reconhecer a função recognitiva de um processo adequado constitucionalmente, ao levar em conta o nexo entre verdade e legitimidade.

Conforme aponta Ferrajoli, é justamente a força jurídico-política do esquema epistemológico e normativo que, a partir deste nexo entre verdade e legitimidade, definirá a natureza específica da jurisdição no moderno estado de direito.[50]

A respeito da compreensão do processo penal como método de verificação de uma determinada verdade, necessário se faz, novamente, recorrer às lições de Prado, que afirma:

> "[Esta configuração do processo penal] leva em consideração o fato de que a verdade perseguida no curso do processo penal, como meta de ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza, não tem uma "natureza ontológica", tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram".[51]

Esta importante passagem já afasta uma visão ingênua do realismo, na medida em que explicita a inviabilidade de acesso à realidade (uma dimensão do presente inacessível) através de provas, que tratam de um problema que é o estabelecimento da verdade (o que se diz sobre a realidade). Importante destacar que a prova não torna o agente capaz de transitar da verdade à realidade, discurso comumente empregado por adeptos de um realismo ingênuo.

---

50 "O nexo entre legitimidade e verdade que assegura este esquema, epistemológico e normativo ao memento tempo, define a natureza específica da jurisdição no moderno estado de direito". Tradução livre. No original "El nexo entre legitimidad y verdad que asegura este esquema, epistemológico y normativo al mismo tiempo, define la naturaleza específica de la jurisdicción en el moderno estado de derecho". (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 9ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2009. p. 69).

51 PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas..., op. cit., p. 17.

Outro ponto importante da passagem, a questão da complexidade do recorte da realidade será tratada com maior profundidade no próximo tópico, mas aqui importa destacar que, como objeto do processo penal, este recorte está associado a elementos normativos de ordem penal e ao interesse jurídico de que os sujeitos são titulares, no sentido de demonstrar ou refutar a existência destes fatos específicos, extraídos de um complexo maior (a realidade), operação realizada conforme parâmetros de respeito aos direitos humanos que demarcam o estado de direito.[52] Nesse, sentido, como esclarece Taruffo, o contexto que delimita a investigação dos fatos é jurídico.[53]

No âmbito jurídico, portanto, a verdade cumpre a função de *indicador epistêmico*. A verdade cumpre o papel de distinguir um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos relevantes, com a incidência de limites éticos, daqueles fundados na determinação da responsabilidade penal a partir de métodos baseados no consenso ou em bases caprichosas e arbitrárias.[54]

Nas palavras de Prado, "a adoção da categoria 'verdade' como indicador epistêmico revela-se, pois, funcional ao fim de dotar o processo de uma meta e simultaneamente definir os limites éticos, políticos e jurídicos da atividade de investigação da verdade material".[55]

Nota-se, assim, um deslocamento da verdade em relação ao lugar em que esta se insere no processo judicial. Em sua condição sistêmico-processual, a verdade se desloca do centro para a base do processo. A verdade não se encontra como um fim do processo, isto é, como um fim em si mesmo, mas como uma condição de decisão justa, como um *indicador epistêmico*. Portanto, esta posição da verdade como um *indicador epistêmico* é a que se considera mais adequada e será adotada no presente trabalho.

---

52 *Ibid.*

53 TARUFFO, Michele**. La prueba de los**…, op. cit., p. 89-90.

54 PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas ..., op. cit., p. 18.

55 *Ibid.*

1.4. Os fatos como objeto da prova.

Segundo Carnelutti, "a tarefa do processo penal está no saber se o acusado é inocente ou culpado. Isto quer dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não aconteceu um determinado fato".[56]

A afirmação de Carnelutti pode parecer, à primeira vista, simples e óbvia. Entretanto, é justamente atrás da (aparente) simplicidade da questão de fato – não à toa, emprega-se constantemente, por parte dos juristas, o uso da expressão "mero juízo de fato" – que reside grande parte da complexidade da atividade judicial.

Se o fato é o objeto da prova – comumente são empregados os termos *factum probandum* e *factun probans* para designar o fato a ser provado e o fato que prova (a prova) -, pois, como já dito, as provas funcionam como instrumentos para a reconstrução de um fato histórico, o primeiro questionamento a ser feito é justamente sobre o que seria o fato a ser provado no processo.

Para Döhring, o conhecimento sobre os fatos da causa raramente surge sem dúvidas ou questionamentos, isto é, de forma incontroversa. Pelo contrário, quando há dúvidas tanto sobre a questão de direito quanto sobre a questão de fato, é justamente a questão sobre definir como verdade um enunciado fático que desperta maior dificuldade.[57]

O autor espanhol Perfecto Andrés Ibañez alerta que, em que pese a falsa consciência de que assim ocorra, nunca os fatos explicam a si mesmos, isto é, são evidentes. Para o autor, o juízo de fato será mais ou menos elementar, mas sempre ocorrerá.[58] Portanto, necessário se faz tecer algumas considerações sobre o fato a ser provado no contexto de um processo judicial.

O primeiro ponto a ser destacado é de que inexiste uma noção única e aceitável sobre um "fato" que possa ser assumida sem discussão. A tentativa de definir um fato levanta diversas perguntas e questionamentos filosóficos que não caberiam no presente trabalho. Entretanto,

---

56 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3ª ed. Leme: EDIJUR, 2015. p 45.

57 DÖHRING, Erich**. La investigación del estado de los hechos en el proceso**: la prueba su pratica y apreciación. Buenos Aires: EJEA, 19XX. p. 1. *Apud* KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas. p. 279.

58 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto**. Los 'Hechos' em la Sentencia Penal**. México: Fontamara, 2007. p. 88.

algumas breves considerações são imprescindíveis para o bom entendimento do tema tratado. Será realizada uma abordagem inicial a respeito do fato em seu sentido extrajurídico, para depois ingressar na discussão específica do fato como objeto da prova.

Vicente Ruço, pois, traz uma definição do que seriam os "fatos" que pode auxiliar na compreensão inicial a respeito destes e nos conduzir ao propósito almejado, isto é, definir o que seriam os fatos interessantes ao processo judicial. O autor sustenta que

> "Os factos surgem-nos como as peças que formam a realidade, a qual é constituída não só pelos factos brutos emergentes no mundo natural, como também e essencialmente pelos factos produzidos pela *intencionalidade* humana.
> Utilizando uma imagem, dir-se-á que os factos são os tijolos do edifício chamado realidade".[59]

Aceito que os fatos constituem as peças que formam a realidade (uma dimensão inacessível), a complexidade da questão aumenta em virtude de um fato nunca poder ser considerado como uma entidade simples e homogênea, definível de forma exaustiva por um enunciado do tipo "x existe". A realidade é, portanto, dinâmica: um fato ocorre em um determinado espaço geográfico e temporal (contexto histórico), algo singular, diferente de qualquer outro fato, identificável através de uma série de circunstâncias que o compõem. Daí a dificuldade de se definir analiticamente um fato.[60]

Ao citar a filósofa e jurista Susan Haack, Taruffo afirma que cada evento não existe uma única descrição verdadeira, mas sim várias. A narrativa a respeito de um evento, pois, pode ser sempre realizada de infinitas maneiras, a depender das circunstâncias e dos diferentes pontos de vista possíveis.[61]

A situação torna-se ainda mais complicada se levados em conta outros fatores, como a possibilidade de tratar-se de um fato complexo. Em breves linhas, um fato pode ser complexo sob o ponto de vista objetivo - isto é, porque inclui conjuntos ou contraposições de eventos ou comportamentos ocorridos em um determinado tempo e espaço -, sob o ponto de vista subjetivo

59 RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 108.

60 TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 227.

61 *Ibid*.

– porque envolve uma pluralidade de sujeitos, eventualmente em situações jurídicas diferentes -, ou sob ambos os pontos de vista.[62]

Um segundo fator que torna a questão ainda mais complicada é a possibilidade de descrever o evento a partir de diferentes níveis de analiticidade, que pode ir do nível macro ao micro, incluindo uma variedade infinita de níveis intermediários. A título de exemplo, a descrição de um evento pode tanto partir do nível do material genético de uma pessoa ou de partículas subatômicas até o nível da poluição de um desastre ecológico ou de uma crise financeira.[63]

Tais observações iniciais se fazem necessárias para a compreensão de que a tarefa de reconstrução e descrição dos fatos é caracterizada por um alto nível de complexidade, não só pela variedade de fatores que influenciam em qualquer narrativa fática, mas também pela variedade de possibilidades de descrição a respeito de qualquer situação fática.

Isto posto, necessário se faz adentrar na questão dos fatos já no âmbito do processo judicial. O ponto de partida vai do reconhecimento de que no processo judicial parece claro e necessário que o objeto do processo venha determinado por um fato anterior e externo ao processo.

Entretanto, em que pese o objeto do processo venha determinado por este fato, com toda sua complexidade, singularidade e, além de tudo, anterioridade ao processo, o que importa, como objeto do processo, não é tal fato objetivamente considerado, isto é, na sua realidade empírica ou material que já faz parte do passado – e, portanto, inacessível -, mas sim enquanto evento da vida humana, para o qual atribuímos um determinado sentido.

Conforme esclarece Taruffo:

> "Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca deste fato. Por

[62] *Ibid*. p. 228
[63] *Ibid.*

> conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio".[64]

Aceito que os fatos, entendidos como realidade empírica anterior ao processo, não são perceptíveis e acessíveis ao juiz, e que o que se incorpora aos procedimentos judiciais são os enunciados sobre tais fatos, cabe esclarecer o que são enunciados fáticos e como são construídos dentro do processo judicial penal.

Para Taruffo, os enunciados fáticos são narrativas relativas aos fatos, isto é, construções linguísticas criadas e definidas, dentro do procedimento judicial, pelas partes e pelo juiz. Ao estabelecer um enunciado, seus autores tomam como base uma série de critérios como regras de linguagem, valores éticos, categorias do pensamento, disposições jurídicas, entre outras.[65] No direito norte-americano, este enunciado fático a ser provado é normalmente chamado de hipótese.[66]

No caso do direito penal, que é objeto do presente trabalho, a construção do enunciado fático é realizada através de uma estrutura linguística do próprio direito penal e pela estrutura formal do processo penal. Segundo Salah Khaled,

> "não são apenas enunciados sobre os fatos, mas enunciados sobre os quais é agregada uma linguagem jurídico-penal que empresta a tais fatos um sentido muito peculiar, efetivamente apartando-os ainda mais do evento da vida que é seu referencial original."[67]

O fato, portanto, tem sua existência autônoma e anterior ao processo, mas sua importância para o direito surge apenas a partir do momento em que se reconhece características que o enquadram como fato típico e, assim, dotado de um sentido atribuído exteriormente pela linguagem normativa. Pode-se dizer, portanto, que o enunciado fático, objeto do processo, está sempre "carregado de direito"[68] – como já mencionado, Taruffo destaca que o estabelecimento dos fatos se dá em um "contexto jurídico".

---

[64]TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19

65 Ibid.

66 ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 128-129.

67 KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no processo***,* op. cit.*,* p. 283

[68]Ibañez fala no risco dos fatos estarem sempre "*cargados de derecho*" (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Los 'Hechos' em la Sentencia Penal**. México: Fontamara, 2007. p. 52).

Nesse ponto, importante se faz destacar que, diante da já mencionada impossibilidade de se descrever analiticamente um fato, em virtude da dinâmica, complexidade e singularidade, que lhe são inerentes, a possibilidade de enquadrá-lo como fato típico através de uma linguagem normativa jurídico-penal só se faz possível a partir de uma simplificação dessa realidade pretérita.

Nesse sentido, esclarece de forma precisa Salah Khaled, ao elogiar a expressão "caso penal" utilizada por Jacinto Coutinho: "não é propriamente sobre o evento que se dá o juízo, mas sobre uma estrutura de redução de complexidade que o interpreta desde a possível condição de fato típico, conectando-o a uma linguagem particular, que através de uma de uma definição sequencial de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, potencialmente o define como crime".[69]

Em síntese, conforme elucida Taruffo, os fatos sobre os quais se pretende afirmar a verdade ou falsidade são estabelecidos conforme critérios jurídicos representados essencialmente pelas normas consideradas aplicáveis para resolução do caso: o direito que define e determina o que é um fato para o processo.[70]

Nesse sentido, Taruffo utiliza interessante terminologia ao distinguir dois tipos de fato: *fatos brutos* e *fatos institucionais* (carregados de contexto). Os fatos em litígio são sempre fatos institucionais, pois carregados de direito.[71]

Entretanto, em virtude dos fatos no processo estarem sempre "carregados de direito" não se conclui a impossibilidade de se afirmar a veracidade ou não destes, ou que essa não possa ser estabelecida através das provas. Isto porque os fatos possuem não apenas essa dimensão axiológica – a partir de um enunciado, isto é, uma narrativa, possível por uma redução da complexidade, e, assim, carregada de direito -, mas também uma dimensão empírica.[72]

---

[69] KHALED JR. Salah. **A busca da verdade no processo**..., op. cit., p. 290.

70 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editora Trotta, 2002. p. 91-92.

71 Importante chamar atenção para uma questão que o próprio Taruffo reconhece: "os «fatos em litígio» são sempre «institucionais», uma vez que são definidos e determinados por meio da aplicação de uma norma jurídica. Entretanto, isso não implica dizer que «fatos brutos» nunca possam ser considerados no contexto judicial (...). Por vezes, fatos brutos são importantes para a tomada de decisão, *e.g.* quando um fato é utilizado como elemento de prova circunstancial relativo a um fato em litígio". TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.

72 *Ibid.* p. 18.

Conforme indica Taruffo:

> «Direito» e «fato», «valor» e «fato» são termos de relações e de distinções analíticas, e não questões de confusão inextrincável. As proposições acerca da dimensão empírica de um fato podem e devem ser distinguidas das valorações e qualificações jurídicas sobre esse fato. As proposições fáticas podem ser verdadeiras ou falsas: portanto, são o objeto apropriado da prova judicial, esta concebida como o meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio.[73]

A supramencionada passagem do autor italiano se reconhece de extrema importância na medida em que a redução de complexidade que inevitavelmente se dá na elaboração de um enunciado já "carregado de direito" não exclui da dimensão empírica sua variabilidade e indeterminação. Além disso, deixa claro o autor, e esta afirmação é fundamental, que não faz sentido dizer que uma determinada realidade empírica é verdadeira ou não, na medida em que simplesmente ela existiu ou não existiu. O que é possível ser verdadeiro ou não são justamente os enunciados fáticos, uma vez que se refiram a fatos materialmente existidos.

O que precisa ficar claro são algumas implicações práticas deste processo de conhecimento relativo aos fatos. Nesse ponto, Ibañez é preciso ao alertar que todo esse processo de (re)construção dos fatos, mediado pela linguagem e acessível ao juiz através de "representações cognoscitivas", está inevitavelmente carregado de relativismo, incerteza e ambiguidade.[74] Reconhecer essa carga de incerteza se faz fundamental para a compreensão dos riscos deste processo e para evitar a crença em um método que ignore a complexidade do processo de reconstrução dos fatos.

Ainda a respeito do reconhecimento da linguagem jurídico-penal que permeia a elaboração dos enunciados fáticos relevantes para o direito, é preciso destacar a importância dos conceitos e da tarefa interpretativa. Como ressalta o filósofo venezuelano Ulises Moulines, "todo discurso minimamente interessante é interpretativo".[75] No que diz respeito aos enunciados fáticos que são objetos da prova essa regra também se aplica.

---

73 *Ibid.* p. 19.

[74] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Los 'Hechos' em la Sentencia Penal**. México: Fontamara, 2007. p. 50.

[75] MOULINES, Ulises. **Hechos y valores**: falácias y metafalacias. p. 38. Disponível em: http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/365. Consultado em 25 de abril de 2017.

Esta noção requisita o reconhecimento das inferências (probatórias) interpretativas. Todo fato, além de sua dimensão observacional ou natural, apresenta uma dimensão interpretativa.

Com efeito, os conceitos operam como ferramentas para ordenar, classificar, compreender o mundo. Não sendo possível apartar a dimensão interpretativa de qualquer enunciado fático, é preciso atentar para adequação (tanto no que diz respeito à realidade quanto à finalidade) dos conceitos. Como ressalta González Lagier, "se os conceitos variam, o resultado da prova varia. Com as mesmas provas podemos obter resultados probatórios distintos mudando apenas a definição dos conceitos que usamos."[76]

Essa dimensão interpretativa no estabelecimento do fato em litígio, mas que pode ser aproveitada para qualquer enunciado fático, é de fundamental importância, como se verá mais à frente.

Todas as questões mencionadas no presente tópico do trabalho são de grande complexidade e não se tem a pretensão de exaurir cada tema exposto, devido ao número de questões que cada uma delas levanta. De toda forma, tentou-se esclarecer alguns pontos importantes para a compreensão da atividade probatória no âmbito do processo judicial, especificamente no que diz respeito aos fatos a serem provados.

Diante do exposto, para o prosseguimento do estudo há que se ter em mente a complexidade do processo de reconstrução dos fatos no âmbito do processo judicial. O fato, como parte de uma realidade pretérita, não é mais acessível ao juiz, que se depara em verdade com enunciados fáticos, possíveis a partir de uma redução de complexidade através de uma linguagem jurídico-penal que torna tais enunciados carregados de direito e impigem uma atividade interpretativa.

Com efeito, não obstante estarem "carregados de direito", é possível afirmar a veracidade ou falsidade destes enunciados, na medida em que são compostos não apenas da dimensão axiológica, mas também de sua dimensão empírica. Entretanto, é necessário reconhecer a existência de uma carga de incerteza, ambiguidade e relativismo, bem como a possibilidade de

76 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Hechos y Conceptos**…, op. cit., p. 5.

contaminação neste processo, para se evitar a crença em métodos ingênuos, tendentes a maximizar os inerentes riscos de dano existentes no processo penal.

2. A PROVA TESTEMUNHAL.

Jeremy Bentham, em seu famoso *A treatise on judicial evidence*, dizia que as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça.[77] Historicamente, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado na formação da convicção do juiz (entidade decisora) em processos judiciais. No processo penal, por inexistir, em muitos casos, outro elemento de prova além do testemunho (da vítima ou de terceiros), sua importância é ainda maior.

A relevância da prova testemunhal no processo penal é tamanha a ponto do jurista espanhol Pedro Aragoneses Alonso afirmar ser o processo penal o reino do testemunho, em contraposição ao processo civil, que seria o reino do documento.[78]

A temática da prova testemunhal envolve uma série de discussões que não serão abordadas neste trabalho. Portanto, inicialmente se torna necessário esclarecer alguns pontos sobre a delimitação do que será alvo do estudo.

Um primeiro ponto a ser esclarecido diz respeito à fonte de conhecimento da informação que a testemunha utiliza para sustentar sua declaração (afirmação testemunhal). Quando uma pessoa *P* afirma que o evento *E* ocorreu, é preciso perguntá-la: "Como tu sabes que o evento *E* ocorreu?"; *P* pode responder de três maneiras possíveis. A primeira possibilidade de resposta é: "testemunhei o evento *E* por minha própria experiência". Este será o caso em que a pessoa afirma um *conhecimento pessoal* do evento *E*.[79]

Uma segunda possibilidade de resposta é "não testemunhei o evento *E*, mas fiquei sabendo da sua ocorrência pela pessoa *X*". Significa dizer que *P* obteve a informação sobre o acontecimento do evento *E* de *segunda mão* por outra pessoa, no caso *X*. Entretanto, *X* pode responder que soube da ocorrência do evento *E* através da pessoa *Y*. Desta forma, a não ser que se descubra a fonte primária (originária) da informação, isto é, quem possui o *conhecimento pessoa*l, a informação a respeito do evento E não passa de um rumor ou boato. A admissão do

77 BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence**. Tomo II, livro VII. London: M. Dumont, 1825. p. 226.

78 ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituiciones de derecho procesal penal**. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. p. 302. *Apud* KHALED JR., Salah. **A busca da verdade**..., op. cit., p. 469.

79 ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de la**…, op. cit., p. 101.

testemunho de P dependerá das regras probatórias de admissibilidade e uso destes testemunhos. É comum que se utilize tal depoimento como uma *fonte de prova*, na medida em que se busque, por exemplo, a fonte primária da informação. Esse testemunho é conhecido como *testemunho indireto.*[80]

A terceira possibilidade é que P responda: "não observei o evento E, mas observei outros eventos, *C* e *D*, pelos quais inferi que o evento E também ocorreu". Esta é conhecida como *prova de opinião*, já que não existe um conhecimento pessoal acerca do evento E. Normalmente, exige-se o conhecimento pessoal a respeito de *C* e *D* – por esse motivo, é possível aproveitar as considerações deste trabalho, ainda que não seja esse tipo de prova o objeto principal do estudo.[81]

O presente trabalho terá como objeto de estudo a prova testemunhal no primeiro sentido. Considerar-se-á testemunha, como aduz Mittermaier, "o indivíduo chamado a depor segundo a sua *experiência pessoal*, sobre a existência e a natureza de um fato."[82] Portanto, aquela pessoa que se encontrava presente no momento em que o fato ocorreu e o presenciou por sua própria experiência (*conhecimento pessoal*).

Outro ponto importante a ser ressaltado é que não será abordada a questão da valoração da prova testemunhal, uma vez que o foco do trabalho é a análise da credibilidade do testemunho, isto é, um juízo da credibilidade da declaração prestada pela testemunha. Por esse motivo, a questão do valor do testemunho único, que se dá no campo da valoração das provas, etapa posterior ao juízo a respeito da credibilidade, não será trabalhada.

Por fim, ainda que muitas das considerações feitas neste trabalho possam ser aplicadas às testemunhas crianças, é preciso destacar que o foco do trabalho não será analisar as condições da criança como testemunha. As particularidades e complexidade do tema demandariam longas considerações que fugiriam do escopo do trabalho.

---

80 *Ibid.*

81 ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de la**…, op. cit., p. 101.

82 MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 5ª ed. Campinas: Bookseller, 2008. p. 301.

Feitas estas ressalvas iniciais, é preciso destacar que, não obstante a enorme importância da prova testemunhal para o processo penal, a doutrina há algum tempo desenvolve uma série de críticas a respeito da sua fiabilidade probatória e do valor que lhe é conferido. Importantes juristas demonstraram, em diferentes épocas, desconfiança e preocupação com o uso da prova testemunhal no processo judicial.

Nesse sentido, Carnelutti, ao tratar da prova testemunhal, alerta:

> "Os juristas, friamente, classificam a testemunha, junto com o documento, na categoria das provas. Aliás é uma certa categoria das provas. Essa frieza deles é necessária como a do anatomista que secciona o cadáver; mas ai de nós se esquecermos que, enquanto, o documento é uma coisa, a testemunha é um homem; um homem com seu corpo e com a sua alma, com seus interesses e com as suas tentações, com as suas lembranças e com o seus esquecimentos, com a sua ignorância e com a sua cultura, com a sua coragem e com o seu medo. (...) Não conheço um aspecto da técnica penal mais preocupante do que aquele que resguarda o exame, aliás, em geral, o tratamento da testemunha. (...) Todos sabemos que a prova testemunhal é
> a mais infiel entre as provas."[83]

A passagem do autor italiano põe luz a diversas questões que serão objetos de análise do presente capítulo. O ceticismo de Carnelutti em relação à prova testemunhal, como já dito, é compartilhado por diversos outros importantes autores no campo jurídico, que chamam atenção para a fragilidade e incerteza da prova testemunhal. No campo da evidência e da crença, trabalhado no primeiro capítulo, Cunha Martins chega a colocar a importância conferida ao testemunho como uma das mais importantes zonas de contágio da evidência no processo judicial.[84]

Com efeito, não obstante a descrença de boa parte da doutrina, a prova testemunhal, como se observou no início do capítulo, desempenha ainda destacada função nos processos judiciais. Ressalta-se também que o testemunho de terceiros desempenha importante função não apenas em processos judiciais, mas também na forma como conhecemos o mundo. A discussão sobre o testemunho como fonte de conhecimento seguro é alvo de estudo também no campo da epistemologia, psicologia e filosofia.

83 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do**..., op. cit., p 49.

84 MARTINS, Rui Cunha. Capítulo 1: A prova alucinada. In: **O ponto cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

Será importante, portanto, analisar até que ponto se justifica a descrença (ou uma possível crença) na prova testemunhal e suas possíveis consequências. Neste capítulo realizar-se-á duas abordagens acerca da prova testemunhal, levando em conta tanto a epistemologia do testemunho, a fim de compreender a posição epistêmica a ser adotada pela entidade decisora, quanto a psicologia do testemunho, na análise dos fatores que influem na memória da testemunha. Todavia, antes destas duas abordagens, necessário será tecer algumas considerações sobre o disposto no Código de Processo Penal sobre a prova testemunhal.

2.1. A prova testemunhal no Código de Processo Penal

A regulação da prova testemunhal na legislação processual penal brasileira está prevista no Título VII, em seu Capítulo VI – Das testemunhas, onde se encontram os artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal.

O artigo 202 do CPP estabelece que toda pessoa poderá ser testemunha. A importância de tal disposição se dá na medida em que supera eventuais e históricas discriminações quanto ao gênero, idade, profissão, classe social etc. Além disso, é preciso pontuar que, ao se referir à "pessoa", a lei faz alusão à pessoa natural, isto é, o ser humano. Não há que se falar, portanto, em testemunha que não seja uma pessoa natural, homem ou mulher, excluindo assim a possibilidade de arrolar uma pessoa jurídica como testemunha.

Não obstante a previsão do artigo 202, a legislação processual elenca no artigo 207 as pessoas que são proibidas de depor: as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Estas não deixam de ser testemunhas, conforme o artigo 202, mas são proibidas pela própria legislação de depor. Importa destacar que o próprio artigo, em sua parte final, prevê a possibilidade de mitigação da proibição no caso em que desobrigadas pela parte interessada de guardar segredo, tais pessoas queiram depor.

O artigo 204 do CPP impõe que o depoimento seja prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha fazê-lo por escrito. Ainda que tal regra seja mitigada pelo parágrafo único do próprio artigo, que prevê a possibilidade de breve consulta a apontamentos, a regra é de grande importância na medida em que a oralidade do procedimento de produção da prova testemunhal fortalece o contraditório, com a participação das partes. É preciso destacar que o

contraditório é um importante (talvez o principal) mecanismo de constrangimento da evidência, motivo pelo qual se torna tão importante - ainda que não suficiente, como se verá - tal disposição.

O artigo 210 do CPP traz importante disposição ao estabelecer que as testemunhas sejam inquiridas cada uma *per si*, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. O condão de tal regra é o de evitar o denominado *efeito de conformidade* ("*memory conformity*"), segundo o qual a informação obtida através de uma cotestemunha é, frequentemente, incorporada na memória do evento pela outra testemunha, moldando seu depoimento. A influência de tal informação se dá não apenas no que se refere ao conteúdo do relato como também na própria confiança da testemunha, que passa a aumentar a confiança na informação "confirmada" pela outra testemunha.[85]

Talvez o artigo mais importante em relação à regulação da prova testemunhal, o artigo 212 do CPP estabelece que 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. O texto do referido artigo foi modificado em 2008 pela Lei nº. 11.690, com o objetivo de adequar as normas processuais às regras do sistema acusatório estabelecido pela Constituição da República, abandonando o regime presidencialista. O artigo 212 do CPP deve ser lido em conjunto com o artigo 400 do mesmo diploma legal, também modificado em 2008 pela Lei nº 11.719, que estabelece a ordem da inquirição das testemunhas: primeiro as testemunhas arroladas pela acusação e depois as testemunhas da defesa.

A sistemática de inquirição das testemunhas adotada após as reformas de 2008 aproximou-se da sistemática adotada pelo modelo adversarial americano que se vale dos institutos da *direct examination* (exame direto) e da *cross-examination* (exame cruzado), com a eventual possibilidade da *re-examination* (reexame).[86] Esta sistemática, sem dúvidas,

85 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 39-40.

86 Sobre a produção da prova oral no direito americano, Malan explica: "[a] produção da prova oral é caracterizada pelos institutos da *direct examination* (doravante exame direto) e da *cross-examination* (doravante exame cruzado), por meio dos quais a testemunha é inquirida de modo direto, isto é, sem interferência do juiz, pela parte processual responsável pelo arrolamento e, após, pela outra parte processual. A parte que arrola a testemunha ainda pode proceder à *re-examinantio* (doravente reexame), a fim de esclarecer ponto que tenha surgido durante o exame cruzado". (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48)

fortalece o exercício do contraditório e da participação das partes. Entretanto, é preciso advertir para o perigo do disposto no parágrafo único do artigo 212, que prevê a possibilidade do juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos, abrindo margem para que juízes acabem atuando ativamente na produção da prova, como um típico juiz inquisidor ao invés de garantidor da forma da informação oral.

A segunda parte do artigo 212 do CPP dispõe sobre a vedação das denominadas *perguntas sugestivas.* Perguntas sugestivas são tanto aquelas que induzem, de forma capciosa, a testemunha a responder de forma específica e desejada pelo inquiridor quanto as que implicam reconhecimento de um fato ainda controverso. Não obstante as divergências doutrinárias no que diz respeito à conceituação e controle das perguntas sugestivas, os estudiosos da área da psicologia do testemunho que trabalham os fatores que influem na recuperação da memória, como se verá no decorrer do trabalho, apontam estas perguntas como um importante fator prejudicial ao processo de recuperação da memória. Por este motivo, foi bem o legislador na reforma de 2008 ao incluir a vedação às perguntas sugestivas no texto do artigo 212.

Segundo o artigo 213 do CPP o juiz não deverá permitir que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato. Tal disposição consagra a objetividade da prova testemunha, que Antonio Scarance Fernandes afirma ser uma das três características da prova testemunhal, junto com a já vista oralidade e a retrospectividade (as testemunhas referem-se a fatos passados).[87]

A pretensa objetividade conferida pela lei à prova testemunhal é alvo de diversas críticas da doutrina. Cristina di Gesu encampa as críticas feitas por Cordero a semelhante dispositivo do Código de Processo Penal Italiano, afirmando ser ilusória a crença na objetividade da testemunha.[88] Isto porque em nenhuma das três fases envolvidas nos processos básicas da memória – codificação (ou aquisição), retenção e recuperação – operam apenas aspectos objetivos. Por esse motivo, boa parte da doutrina considera que o dispositivo legal, ao desconsiderar a interioridade mental da testemunha, trabalha com uma hipótese ingênua.

---

87 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83.

88 GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 94.

Por outro lado, o autor italiano Giovanni Tuzet, ao comentar o semelhante dispositivo do Código de Processo Penal Italiano, argumenta que, não obstante teorias filosóficas e empíricas afirmarem que em nossa percepção há um caráter inferencial, estas reconhecem que tais inferências estão fora de nosso controle consciente. Por este motivo, o autor concorda com a distinção entre o que podem ou não as testemunhas se referirem: podem relatar aquilo que perceberam, não aquilo que inferiram.[89]

A questão da objetividade (ou não) da prova testemunhal será abordada com maior clareza e profundidade no exame das fases envolvidas nos processos básicos da memória, dentro da temática da psicologia do testemunho.

Por fim, cabe destacar que o artigo 203 do CPP prevê a necessidade da chamada promessa de dizer a verdade, há muito criticada como forma efetiva de controle da prova testemunhal. Considera-se a parte final do artigo 203 de suma importância, ao indicar que a testemunha deverá sempre explicar as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade, como se verá à frente. Já o artigo 223, *caput* e parágrafo único, do CPP aborda a possibilidade e as condições para a inquirição da testemunha que não fale a língua nacional, devendo ser nomeado um intérprete, bem como da testemunha surda, muda ou surda-muda.

Embora a legislação processual penal brasileira traga ainda outras regras sobre a prova testemunhal, os artigos comentados podem ser considerados os principais na temática de regulação da prova testemunhal.

Feitas tais anotações sobre as normas processuais brasileiras que regulam a prova testemunhal, é preciso destacar o débil regramento acerca da regulação deste elemento de prova. No decorrer do trabalho se perceberá que a legislação processual é omissa em importantes pontos acerca da produção da prova testemunhal. Esta insuficiente regulamentação contribui para um incremento da falibilidade e de uma aceitação acrítica da prova testemunhal, aproximando esta dos efeitos alucinatórios da evidência.

---

89 TUZET, Giovanni. La prova testimoniale. In: **Rivista Ragion Pratica**, vol. 2, dez. 2016. p. 9. Disponível em: https://unibocconi.academia.edu/giovannituzet. Consultado em 12 de dezembro de 2016.

Após essas breves notas, avançaremos no presente estudo. Como já mencionado, alguns aspectos tratados nesse subcapítulo serão retomados no decorrer do trabalho.

2.2. O testemunho como prova: uma aproximação epistemológica

O testemunho desempenha papel fundamental na aquisição de conhecimento. A maioria de nossas crenças está justificada com base nas palavras de outras pessoas e não em nossas próprias observações. Os exemplos mais claros são aqueles relativos às informações sobre eventos que ocorreram antes ou logo após o nosso nascimento. Mas é possível pensar em outros exemplos menos claros: as teorias científicas, por exemplo, são aceitas por nós, na grande parte dos casos, a partir do que outras pessoas nos dizem; sabemos da existência de lugares distantes em que nunca fomos. Em muitos casos possuímos crenças testemunhais, com plena confiança, sem sequer imaginar os meios pelos quais tais crenças possam ser justificadas.[90]

No atual estágio da sociedade é difícil conceber que uma pessoa possua tempo, experiência e capacidade intelectual para conhecer por *si mesma*, sem outras pessoas, tudo aquilo que crê.

Com efeito, a denominada *dependência epistêmica* não é exclusividade dos processos judiciais, pois é certamente um fenômeno onipresente na vida de qualquer pessoa. Todavia, é preciso reconhecer que a dependência epistêmica é uma característica distintiva da justificação epistêmica judicial, uma vez que o raciocínio sobre os fatos no campo do direito é predominantemente testemunhal.[91]

Por este motivo, o estudo epistemológico do testemunho como forma de aquisição de conhecimento é fundamental para se pensar em um melhoramento dos mecanismos de regulação da prova testemunhal no âmbito do processo judicial. Uma abordagem que leve em

---

90 PÁEZ, Andrés. Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2015. p 215.

91 John Hardwig define o problema da dependência epistêmica nos seguintes termos: suponha que uma pessoa A possui boas razões – provas – para acreditar que p, mas uma segunda pessoa, B, não; portanto, B não possui boas razões para acreditar em p. Entretanto, suponha também que B tenha boas razões para acreditar que A tem boas razões para acreditar que p. Nesse caso, pode-se dizer que B possui boas razões para acreditar em p? (HARDWIG, John. Epistemic dependence. **The Journal of Philosophy**, vol. 82, nº. 7, jul. 1985. p. 336. Disponível em: www.jstor.org. Consultado em 25 de maio de 2017). Sobre a dependência epistêmica no campo do direito, ver HERDY, Rachel. Confiar en otros y confiar en las reglas. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela. **Prueba, argumentación y justicia**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016.

conta não apenas os estudos empíricos obtidos pela psicologia do testemunho, mas também os debates em torno da epistemologia do testemunho, tende a esclarecer diversas questões relativas à (des)crença com a prova testemunhal por parte dos juristas, possibilitando aperfeiçoar a regulação e valoração desta.

2.2.1. Reducionismo e antirreducionismo

Tradicionalmente, a filosofia encarou com desconfiança a possibilidade de aceitar o testemunho como prova. Sob esta ótica principalmente da lógica tradicional, o testemunho possui um caráter não confiável, subjetivo, enganoso e impossível de ser avaliado como prova. Esta desconfiança e desprezo pelo testemunho como forma de aquisição de conhecimento é vista, por exemplo, em Platão, no diálogo protagonizado por Sócrates e Teeteto:

> "Sócrates – Bem, isso ao menos requer uma ligeira busca, visto que dispomos de uma arte inteira para indicar a ti que opinião verdadeira não é conhecimento. Teeteto – Mas como? A que arte te referes?
> Sócrates – À arte dos que são os maiores em matérias de sabedoria, os que são chamados de oradores e advogados. De fato, com sua arte, persuadem as pessoas não as ensinando, mas levando-as a ter quaisquer opiniões que querem que elas tenham. Ou imaginas que há professores tão inteligentes a ponto de serem capazes de ensinar satisfatoriamente a pessoas que não foram testemunhas oculares, no curto tempo facultado pela clepsidra, a verdade a respeito do que sucedeu a indivíduos que tiveram seu dinheiro subtraído ou que foram vítimas de outros atos de violência?
> Teeteto – Certamente não penso assim, mas acho que efetivamente são capazes de persuadir as pessoas.
> Sócrates – E persuadi-las significa torná-las detentoras de uma opinião, não é mesmo? Teeteto – Claro que sim.
> Sócrates – Então, quando um júri é persuadido, com base nas conveniências legais, acerca de matérias que somente podem ser conhecidas mediante testemunho ocular, julgando nesse caso a partir de rumores e obtendo uma opinião verdadeira acerca delas, chega a uma decisão judicial sem conhecimento, ainda que tenha sido acertadamente persuadido na medida em que a sentença que pronuncia é correta. Não é assim?
> Teeteto – Certamente.
> Sócrates – Mas, meu amigo, se a opinião verdadeira e o conhecimento fossem idênticos nos tribunais, o melhor dos juízes jamais seria capaz de alcançar a opinião verdadeira sem o conhecimento. A conclusão, de fato, é que parece que são coisas diferentes."[92]

Não obstante esta visão cética da filosofia tradicional, o debate epistemológico sobre o testemunho geralmente se dá em torno de duas posições antagônicas: reducionismo e anti-reducionismo. A primeira postura está vinculada ao filósofo empirista inglês David Hume, em

92 PLATÃO. **Teeteto**. In: Diálogos I. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 138-139.

seu famoso *Ensaio sobre o entendimento humano*; a segunda ao filósofo escocês Thomas Reid, em seu livro *Investigação sobre a mente humana segundo os princípios do senso comum*.

Hume, ao analisar o problema do testemunho, sustenta que

> "não existe espécie de raciocínio mais comum, mais útil e até necessária à vida humana, do que a que provém do testemunho dos homens e dos relatos das testemunhas oculares e dos espectadores. Talvez se possa negar que esta espécie de raciocínio se funda na relação de causa e feito. Não irei discutir acerca de uma palavra. Será suficiente observar que a nossa certeza em qualquer argumento deste género não provém de outro princípio a não ser a nossa observação da veracidade do testemunho humano e da habitual conformidade dos factos com os relatos das testemunhas. Sendo uma máxima geral que não há objetos alguns que tenham juntamente qualquer conexão detetável e que todas as inferências que de um para outro se podem tirar se fundam unicamente na experiência da sua conjunção constante e regular, é evidente que não devemos abrir uma exceção a esta máxima em favor do testemunho humano..."[93]

A tese reducionista de Hume indica que a crença na prova testemunhal se dá com base em um raciocínio indutivo feito a partir da observação direta de uma associação constante entre o que dizem as testemunhas e os fatos referidos.

Como adverte Andrés Paez, a tese reducionista estabelece duas condições para justificar nossas crenças testemunhais. A primeira é que o ouvinte deve ter razões positivas (boas razões) para aceitar o que diz a testemunha. A segunda condição é que estas razões não podem ser testemunhais, sob pena de cair em um círculo vicioso. É nesta segunda razão que reside o elemento reducionista da tese, pois indica que o testemunho deve ser reduzido às demais fontes de justificação epistêmica: a prova sensorial, a informação proveniente da memória e o raciocínio indutivo.[94]

Uma importante classificação a respeito da teoria reducionista se dá com a divisão entre o reducionismo global e o reducionismo local, como se verá à frente. Esta classificação está relacionada com a primeira condição estabelecida pela tese reducionista. Portanto, os defensores do reducionismo global – geralmente atribuído a Hume – afirmam que o ouvinte deve ter razões positivas não testemunhais para crer que o testemunho é *geralmente* confiável.

---

93 HUME, David. **Investigação sobre o Entendimento Humano**. Lisboa: Edições 70 Almedina, 2016 (Originalmente publicado em 1748). p. 121.

94 PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. **Isonomía**, nº. 40, abr. 2014. p. 97-98. Disponível em http://www.isonomia.itam.mx/. Consultado em 30 de maio de 2017.

Por sua vez, os defensores do reducionismo local consideram que o ouvinte deve ter razões positivas não testemunhais à sua crença baseada no testemunho particular em questão.

Por outro lado, a posição antirreducionista surge a partir da observação da importância do papel desempenhado pelo testemunho na vida cotidiana. Como anteriormente dito, a grande maioria de nossas crenças são adquiridas a partir do que nos dizem outras pessoas. Para os antirreducionistas, essa constatação indica uma tendência natural a crer no que diz uma testemunha. Nesse sentido, Thomas Reid, o crítico mais ferrenho da postura reducionista de Hume, afirma:

> "O sábio e beneficente Autor da natureza, que tinha por intenção que fôssemos criaturas sociais, e que recebêssemos a maior e mais importante parte de nosso conhecimento por meio da informação de outros, implantou em nossa natureza, para esses propósitos, dois princípios que concordam entre si.
> O primeiro desses princípios é a propensão em falar a verdade e a usar os signos da linguagem para transmitir nossos reais sentimentos. [...] A verdade sempre predomina e é o produto natural da mente.
> [...]
> [O segundo] princípio original implantado em nós pelo Ser Supremo é a tendência a confiar na veracidade dos outros, e a acreditar no que os outros dizem."[95]

Com efeito, Reid estabelece esta posição tomando como base dois princípios: o *princípio da veracidade*, entendido como a propensão natural que tem o ser humano a dizer a verdade, e o *princípio da credulidade*, entendido como a disposição do ser humano em acreditar na veracidade do que outra pessoa diz. Desta forma, o filósofo escocês afirma:

> "É evidente que, em matéria de testemunho, a balança do juízo humano está, por natureza, inclinada para o lado da crença, e se inclina para o seu lado quando não há nada que colocar do outro lado. Se não fosse assim, não se acreditaria em nenhuma proposição emitida em discurso até que fosse examinada e julgada pela razão, e a maioria dos homens seria incapaz de encontrar para acreditar na milésima parte do que lhe foi dito. Tal desconfiança e incredulidade nos privaria dos maiores benefícios da sociedade, e nos colocaria em uma posição inferior a dos selvagens."[96]

Reid, portanto, assegura que a compreensão por testemunho confere justificação direta às crenças, argumentando que, assim como confiamos em nossa percepção pessoal, em sua situação normal devemos também confiar nos sentidos alheios (testemunho pela percepção alheia).

---

95 REID, Thomas. **Investigação sobre a mente humana**. São Paulo: Vida Nova, 2013 (Originalmente publicado em 1764). p. 195-196.
96 *Ibid.* p. 197.

Com efeito, poderíamos apresentar essas três correntes (reducionismo global, reducionismo local e antirreducionismo) da seguinte maneira[97]:

> *Reducionismo Global:* O ouvinte *A* está justificado em acreditar em *p* com base no testemunho oferecido pela testemunha *T* se, e somente se, *A* tem razões positivas para aceitar o testemunho de T.
>
> *Reducionismo Local*: O ouvinte A está justificado em acreditar em *p* com base no testemunho oferecido pela testemunha T se, e somente se, A tem razões positivas para aceitar que T em particular é confiável quanto ao relato em particular.
>
> *Antirreducionismo*: O ouvinte A está justificado em acreditar em *p* com base no testemunho oferecido pela testemunha T se, e somente se, A não tem razões contrárias para aceitar o testemunho de T.

É preciso destacar que tanto o reducionismo quanto o antirreducionismo são alvos de diversas críticas. O filósofo australiano C. A. J. Coady, um dos mais importantes estudiosos sobre epistemologia do testemunho, desenvolveu uma séria de críticas ao reducionismo de Hume. Coady, entre outras críticas, considera absurda a tese de que, individualmente, temos feito toda a quantidade de trabalho que a tese reducionista requer.[98]

Por outro lado, os críticos da tese antirreducionista arguem que esta abre espaço para uma irresponsabilidade epistêmica, uma vez que na ausência de prova contrária ao assentimento do testemunho, o ouvinte (a audiência) não tem nenhum trabalho epistêmico para realizar. Esta postura deixaria aberta a porta para a credulidade, irracionalidade e irresponsabilidade epistêmica do ouvinte.[99]

2.2.2. Críticas de Coady e reformulações do reducionismo

Coady, em seu clássico artigo chamado *Testimony and Observation*, analisa a proposta reducionista de Hume segundo a qual a fonte de nossa confiança no testemunho de outras

---

97 SILVA, Ronaldo Miguel. Epistemologia do testemunho: Críticas à refutação do reducionismo local quanto ao desempenho justificacional do testemunho. **Cadernos do PET Filosofia**, vol. 5, nº. 9, jan-jul. 2014. p. 21.

98 VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 55.

99 *Ibid.* p. 57.

pessoas deriva do princípio da observação da veracidade do testemunho humano e da habitual conformidade dos fatos com os relatos das testemunhas. Coady realiza duas críticas sobre esta tese:

> "Hume nos diz que apenas confiamos no testemunho porque a experiência nos tem mostrado que este é confiável, mas se por experiência se quer dizer observação individual e as expectativas que esta gera, a afirmação claramente é falsa, e, por outro lado, se faz referência à experiência comum (isto é, aquela que depende da observação dos outros), é seguramente uma petição de princípio."[100]

A leitura atenta da obra de Hume parece indicar que o autor se refere à "nossa experiência" como uma experiência comum. Entretanto, como assinala Coady, só poderíamos saber o que outras pessoas observaram através do testemunho delas, o que daria um caráter obviamente circular à tese de Hume. Por outro lado, parece realmente irrazoável pensar na possibilidade de verificação da credibilidade do testemunho dos outros na esfera da observação individual. Apenas na minoria dos casos é possível verificar diretamente se um determinado testemunho é confiável, o que evidencia que nossas inferências com base em testemunho não são justificadas como sugere Hume.[101]

Coady desenvolve em seu artigo outras duas importantes críticas à teoria de Hume: uma que diz respeito à classificação dos tipos de relato e tipos de conteúdo do relato e outra que aborda o caráter autodestrutivo da teoria ao assumir a possibilidade de não haver correlação entre o testemunho e os fatos. Não obstante a importância de tais objeções – a primeira, principalmente, pela sua relação com a prova pericial –, para os fins do presente trabalho, importa destacar esta primeira crítica sobre a circularidade e impossibilidade de justificação indicada por Hume.

A partir das críticas de Coady, dois importantes autores realizaram reformulações à tese reducionista, uma proposta por Peter Lipton e outra por Elizabeth Fricker.

---

100 Tradução livre. No original: "We are told by Hume that we only trust in testimony because experience has shown it to be reliable but where experience means individual observation and the expectations it gives rise to, this seems plainly false and, on the other hand, where it means common experience (i.e., the reliance upon the observation of others) it is surely question-begging." (COADY, C. A. J. Testimony and Observation. **American Philosophical Quarterly**, vol. 10, nº. 2, 1973, pp. 150. Disponível em: www.jstor.org. **Consultado** em 29 de maio de 2017.

101 Ibid.

Lipton, levando em consideração as críticas de Coady à tese de Hume, afirma existir duas possibilidades de aproximação redutivas: uma denominada premissa-redutiva (*premise-reductive*) e outra regra-redutiva (*rule-reductive*). Segundo o autor, a primeira tem o condão de mostrar como toda crença testemunhal que o ouvinte (agente) aceita de forma fundamentada deve ser justificada em termos que não apelem eles mesmos a crenças baseadas em testemunho.[102]

Em relação a esta primeira aproximação, Lipton concorda com as efetivas críticas de Coady, indicando que há pouca razão para supor que o projeto premissa-redutiva seja possível ou particularmente desejável. Isto por dois motivos: primeiro porque, ao decidir acreditar ou não em uma afirmação, não nos limitamos a considerar elementos conhecidos de forma independente do testemunho de outras pessoas; além disso, as regras de inferência que de fato utilizamos são elas próprias parcialmente constituídas por crenças de fundo (*background beliefs*) que não estão disponíveis em um ambiente livre de base probatória constituída por testemunhos.[103]

A aproximação regra-redutiva, por sua vez, indica que as crenças testemunhais fundamentadas são baseadas em regras de inferência ou mecanismos de aquisição de crenças que se aplicam às crenças de diversas fontes, não apenas a fonte de testemunho. Segundo Lipton, uma aproximação regra-redutora consistiria "em uma aproximação geral do raciocínio indutivo, aplicável às inferências não demonstrativas em geral, embora sem qualquer presunção de que as inferências a partir do testemunho sempre poderiam, em geral, ser reduzidas a inferências de premissas livres de testemunho."[104]

A respeito da proposta regra-redutiva, Páez adverte que a plausibilidade desta aproximação deriva da ideia de que, além da dimensão vertical, existe também uma dimensão horizontal na justificação das crenças em geral, dimensão em que a coerência, coesão e

---

102 LIPTON, Peter. The Epistemology of Testimony. **Studies in the History and Philosophy of Science**, vol. 29, nº.1, 1998. p. 23. Disponível em http://www.people.hps.cam.ac.uk/index/lipton/. Consultado em 01 de junho de 2017.

103 *Ibid.* p. 23-24.

104 Tradução livre. No original: "in a general account of inductive reasoning, applicable to non-demonstrative inferences generally, though without any presumption that inferences from testimony could ever in general be reduced to inferences from testimony-free premises." *Ibid*.

integração explicativa desempenham um papel fundamental e na qual as crenças testemunhais se mesclam com crenças de outras fontes como a percepção ou a memória.[105]

A partir desta aproximação regra-redutiva, Lipton sugere a utilização da Inferência para a Melhor Explicação (IME) como mecanismo inferencial capaz de dar conta da aceitação de crenças justificadas. O autor defende que, no caso do testemunho, a aplicação mais simples da Inferência para a Melhor Explicação seria dizer que o agente infere que o dito pelo informante é verdadeiro somente se a verdade do que foi dito é (parte de) a melhor explicação de (entre outras coisas) o fato de o informante ter dito isso. Desta forma, aduz Lipton:

> "Quando nós explicamos porque uma pessoa disse algo, a explicação não precisa repousar em uma determinação prévia sobre a verdade do que foi dito. Assim, nós podemos julgar que a melhor explicação de por quê alguém disse o que disse é que este alguém provavelmente não está sendo enganado e nem enganando sobre essa classe de assunto, sem ter que saber de forma independente se o que está dizendo é verdade."[106]

Andrés Páez adverte que o problema da proposta de Lipton é que esta oferece mais uma explicação do porquê das crenças testemunhais do que propriamente uma justificação. Estas explicações psicológicas de por que A declarou *p*, entretanto, parecem de pouca utilidade para alguém que esteja contemplando a aceitação do testemunho de outra pessoa ou busque algum tipo de justificação para aceitá-lo. Primeiro porque muitas das explicações não podem ser verificadas porque fazem referência a decisões e processos psicológicos inacessíveis ao julgador do testemunho. Por outro lado, como muito bem alerta o autor colombiano, o que o julgador deseja saber é se a testemunha estava localizada em um local que lhe permitisse observar os fatos relatados, se tem o conhecimento necessário para realizar as afirmações feitas, etc. Estes elementos não estão no campo da explicação psicológica de por que A declarou *p*, mas sim no campo da justificação que um ouvinte pode oferecer para aceitar o testemunho de

A.[107]

105 PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio..., op. cit., p. 109.

106 Tradução livre: No original: "When we explain why a person says something, the explanation need no rest on a prior determination whether what was said is true. Thus we may judge that the best explanation of her saying what she did is that she is unlikely to be deceived or deceiving on that sort of matter, without first independently knowing whether what she say is true." (LIPTON, Peter. The Epistemology of…, op. cit., p. 29).

107 PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio..., op. cit., p. 111.

Uma segunda reformulação reducionista foi levada a cabo por Elizabeth Fricker, que também partiu das críticas feitas por Coady à tese de Hume, e tal qual Coady e Lipton, reconheceu a impossibilidade de aceitar a tese do reducionismo global proposta pelo filósofo inglês. Entretanto, diante da tese antirreducionista de Coady, a autora, em seu artigo *Telling and Trusting: Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony*, lança dois importantes questionamentos: "que lugar ocupa [o testemunho] na justificação da rede de conhecimento de um indivíduo maduro, em sua teoria do mundo? E qual deveria ser sua atitude perante novas instâncias de testemunho: confiança acrítica ou escrutínio crítico dos informantes?"[108]

Não há dúvidas de que aceitamos acriticamente diversos testemunhos durante nossas vidas, principalmente enquanto crianças e em fase de desenvolvimento. Esta crença acrítica, por sinal, desempenha papel fundamental na vida de qualquer pessoa, sendo mesmo uma condição necessária para as interações sociais humanas. Entretanto, não parece racional adotar a mesma postura acrítica durante a fase madura. Durante a fase madura nossa crença em que nos dizem outras pessoas deve estar governada por nosso monitoramento psicológico permanente de sua confiabilidade – avalia-se tanto a sinceridade como a competência do declarante.[109]

A partir desta lógica, na seção VI de seu artigo, Fricker põe luz à importância de desagregar o conceito de testemunho, noção essa fundamental para se avaliar a posição epistêmica a ser tomada diante de uma testemunha. Fricker, portanto, não sugere uma norma epistêmica geral diante de um testemunho, isto é, tomar o testemunho como uma categoria unitária, pois segundo ela a chave da epistemologia do testemunho é desagregar, tanto em relação à questão de saber se e quando podemos confiar corretamente sem outras provas e quanto à forma de confirmação da confiabilidade dos falantes, a depender da situação.[110]

---

108 Tradução livre. No original: No original "What place does it have in supporting a mature individual's existing web of knowledge, her world-theory? And what should her attitude be to new instances of it: uncritical trust, or critical scrutiny of informants?" (FRICKER, Elizabeth. Telling and Trusting: Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony. **Mind**, vol. 104, 1995. p. 401. Disponível em: https://academic.oup.com/mind. Consultado em 03 de junho de 2017).

109 *Ibid.* p. 403.

110 *Ibid.* p. 407

Esta concepção de Fricker, denominada de reducionismo global, é de fundamental importância tanto para a tentativa de construção de um standard de análise da credibilidade da prova testemunhal, como se verá no capítulo 3 do presente trabalho, quanto para a definição da posição epistêmica a ser adotada pelo juiz (entidade decisora) em um processo judicial.

Em determinados contextos, como é o contexto de um processo judicial, o testemunho deve ser adotado como resultado de um processo de decisão racional. Como alerta Páez, nesses contextos "a aceitação do testemunho requer uma avaliação epistêmica para determinar sua relevância, credibilidade e seu valor explicativo e probatório em um contexto".[111] Basta destacar que em um processo criminal o que está em jogo é a liberdade do acusado.

Ainda que em algumas situações dentro do processo judicial seja possível pensar numa posição antirreducionista, o testemunho, tido como elemento fundamental na atividade probatória e capaz de atuar na tarefa de justificação da crença do juiz sobre um enunciado fático, deve ser analisado com cautela, isto é, dentro de uma visão reducionista. Entretanto, a posição epistêmica a ser adotada pelo juiz e as formas de avaliação da credibilidade do testemunho podem/necessitam ser desagregadas dentro do próprio contexto do processo judicial, a depender principalmente da relevância, do poder explicativo e da força probatória, como se verá no terceiro capítulo.

Com efeito, a já destacada debilidade de regulação da prova testemunhal também possui reflexos em relação à questão da posição epistêmica adotada pelo juiz. É preciso destacar que artigo o 203 do CPP, ao prever a necessidade de a testemunha explicar sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade, parece indicar, ainda que de forma sutil, que o juiz tome uma posição de desconfiança em relação ao testemunho. Talvez pela sutileza (ou mesmo falta de clareza) da norma, os juízes normalmente adotam uma posição justamente contrária, isto é, acrítica e de crença absoluta, fazendo incidir operadores de contágio da evidência na prova testemunhal, gerando os efeitos alucinatórios que lhe são característicos, conforme estudado no primeiro capítulo.

111 PÁEZ, Andrés. Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia…, op. cit., p. 216.

Algumas questões aqui abordadas serão de fundamental relevância para a tarefa que será desempenhada no último capítulo do trabalho. Por ora, cabe pontuar que a postura reducionista de constante monitoramento e avaliação epistêmica parece ser a postura mais adequada e racional dentro do contexto de um processo judicial, ainda que possa, dentro do próprio processo e a depender da situação, variar em "graus de desconfiança" e modos de análise. No próximo tópico, o objetivo será analisar, a partir da psicologia do testemunho, os fatores que influenciam na credibilidade do testemunho e que, portanto, devem ser analisados pelo juiz e questionados pelas partes.

2.3. A credibilidade da prova testemunhal e a psicologia do testemunho

No tópico anterior chegou-se à conclusão de que em um contexto como o de um processo judicial, em que a decisão a respeito da aceitação do testemunho (prova testemunhal) deve ocorrer através de um processo racional. A pergunta que se faz, obviamente, é "O que deve analisar o juiz (entidade decisora) para determinar a credibilidade do(a) testemunho(a)?".

Antes de responder esta questão é preciso entender os mecanismos que possibilitam uma pessoa dar seu testemunho a respeito de um fato pretérito e complexo, impossível de ser acessado novamente. O que permite a um indivíduo ser testemunha de um fato é a capacidade que nós seres humanos temos de reagir ao mundo externo. Como destaca Ruço, "os acontecimentos que desfilam perante os olhos de uma pessoa (testemunha) impressionam sua retina e, seguidamente, vão alterando o conteúdo de sua memória, onde se vão juntar a outras recordações".[112]

Portanto, as impressões a respeito dos fatos ficam na memória da testemunha, o que possibilita que tais impressões funcionem como vestígios e, consequentemente, a partir da recordação de tais impressões, sirvam como prova de um enunciado sobre aquela realidade fática presenciada por ela.

Dito de outra forma, é a nossa capacidade de reagir, armazenar e resgatar as lembranças sobre o que presenciamos que nos permite atuar como testemunha.

112 RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação**..., op. cit., p. 72.

Justamente por essa habilidade humana a prova testemunhal é considerada a prova mais antiga a ser utilizada pelos seres humanos. Nesse sentido, Gorphe afirma que "desde que existem os homens e desde que possuem a pretensão de fazer justiça se tem utilizado do testemunho como o mais fácil e mais comum dos meios de prova".[113]

Como já abordado, desde a filosofia clássica grega, com Platão, se questiona a possibilidade de considerar o testemunho como prova e forma de aquisição de conhecimento. O mesmo pode ser dito a respeito da análise da credibilidade dos testemunhos. A preocupação sobre a veracidade ou não do dito pelas testemunhas esteve presente em diversas sociedades, embora normalmente atrelada durante muito tempo a instâncias superiores, normalmente divinas. Há cerca de 3000 anos, por exemplo, os chineses decidiam sobre a honestidade da testemunha fazendo-lhe mastigar pó de arroz para, posteriormente, cuspir. Se o pó de arroz estivesse seco, considerava que a testemunha teria mentido; pelo contrário, se estivesse úmido, considerava-se verdade o relatado. Processo semelhante era utilizado pelos bretões, mas com pão seco e queijo, onde a facilidade para engolir indicaria a verdade do relato. Outro exemplo
é o chamado "Juízo de Deus" utilizado pelos israelitas, quando se considerava mentiroso o depoimento daquela que queimava a língua ao encostá-la em um ferro incandescente.[114]

Já sem a necessidade de recorrer a instâncias superiores, a Psicologia do Testemunho, com origem no final do século XIX, surge com a finalidade de estudar o funcionamento da memória. Desta forma, a preocupação recai sob a análise dos fatores que determinam a qualidade do testemunho, entendido este como a informação prestada por uma pessoa acerca de um evento que presenciou diretamente (conhecimento pessoal).

A esta altura parece evidente a relação direta e necessária entre a credibilidade de um testemunho e a memória de quem presencia o evento. Isto porque o conteúdo de um testemunho depende da interação entre o conteúdo da memória e os processos de decisão relativos ao que a testemunha trata de relatar.

---

113 GORPHE, François. **La crítica del testimonio**. Tradução de Mariano Ruiz-Funes. 6ª ed. Madrid: Editora Reus, 2003 (Originalmente publicado em 1933). p. 9.

114 ALONSO-QUECUTY, María L. Mentira y testimonio: El peritaje forense de la credibilidad. **Anuario de psicología jurídica**, vol. 1, 1991, p. 2. Disponível em http://www.copmadrid.org/web/. **Consultado** em 04 de junho de 2017.

Nesse sentido, Mazzoni afirma que o testemunho depende em primeiro lugar da memória da testemunha e aponta para a importância de dois conceitos ligados ao testemunho que, de certa forma, se sobrepõem: *fiabilidade* e *exatidão*. Por *fiabilidade* tem-se em mente a correspondência entre o relatado pela testemunha e o evento ocorrido, enquanto a *exatidão* pode ser definida como a correspondência entre o representado pela memória e o sucedido no transcurso do tempo, isto é, a correspondência entre o conteúdo do evento e o conteúdo da memória da testemunha.[115]

Ambos os conceitos e os fatores que os influenciam serão alvo de análise do trabalho. Na medida em que a fiabilidade do testemunho depende diretamente da exatidão deste, o estudo da memória torna-se imprescindível para alcançar os objetivos do trabalho.

Portanto, faremos um breve estudo sobre a memória, para em seguida analisar os fatores que influenciam a memória e, consequentemente, a qualidade e credibilidade da prova testemunhal.

2.3.1. A memória

Ao falar da memória, o primeiro ponto a ser esclarecido é que a memória não é um aparelho de gravação capaz de registrar e armazenar de forma completa todo os acontecimentos. A memória não é um mecanismo capaz de reproduzir a realidade pretérita presenciada pela testemunha, como se fosse um gravador de vídeo capaz de oferecer um registro objetivo, imutável e completo.

Como bem adverte Luís Filipe Sousa:

> "a evocação dos factos não constitui uma reprodução da realidade mas sim uma reconstrução a partir de informação incompleta que guardamos do ocorrido. A memória é incompleta porque o indivíduo não pode prestar atenção a tudo que tenha importância do ponto de vista de uma investigação".[116]

---

115 MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo**? El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 16-17.

116 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 9.

Como se verá no decorrer do trabalho, a informação "arquivada" pela memória sofre diversas influências, interiores e exteriores ao sujeito, que dificultam a reconstrução do evento presenciado por uma determinada testemunha e não permitem falar em uma recuperação completa do ocorrido.

Ademais, a informação percebida e registrada pela testemunha não é uma informação objetiva que independe das considerações subjetivas inerentes ao sujeito. Cada pessoa interpreta o evento presenciado de acordo uma série de elementos, como o nível educacional, posição social, valores, sentimentos e até mesmo informações posteriores à experiência, que influem no processo de codificação e geram consequências ao recordar as informações "arquivadas" na memória. Todos esses fatores operam como uma espécie de filtro através do qual interpretamos as informações.

Com efeito, a memória armazena interpretações da realidade, isto é, a memória é o registro de uma experiência pessoal. A memória nunca é o registro completo da realidade.[117]

Ainda que uma testemunha tenha boa fé e intenção de prestar um relato exato do que presenciou, é tão possível quanto provável que esta atividade reconstrutiva seja vítima de erros. Contreras Rojas aponta três erros possíveis neste processo, ainda que a testemunha se recorde com precisão dos acontecimentos: a) a chamada *ilusão de tempo-perspectiva*, em que a testemunha atribui uma localização temporal inexata; b) um equívoco em relação à natureza ou conteúdo do evento, quando a testemunha se recorda apenas em parte ou de forma obscura, o que pode tanto provocar um depoimento genérico, vago ou omisso, quanto levar a testemunha a preencher as lacunas com invenções; c) a chamada *suposta recordação*, em que não há mais que se falar em uma transformação do evento passado, mas de uma completa invenção do evento, através de fantasias e imaginações.[118]

---

117 *Id.* p. 10-11. Vale lembrar a conhecida passagem de Carnelutti: "Insomma la verità è nel *tutto*, non nella *parte*; e il tutto è troppo per noi. Più tardi questo mi è servito a comprendere, o almeno a cercar di comprendere, perchè Cristo abbia detto: "Io sonno la verità" (CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Vol. XX. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1965. p. 5).

118 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 154.

Existem diversos fatores que influem nas diversas fases do processo de memória, gerando problemas perceptivos, deturpações no processo de codificação e obstáculos à recuperação, que acabam por levar a ocorrência destes erros mencionados acima e, consequentemente, ao fenômeno intitulado de falsas memórias. Entretanto, como já dito, todo esse processo não está sob controle da testemunha, isto é, não diz respeito a sua vontade ou não de dizer exatamente o que ocorreu.

Não obstante as considerações feitas, é preciso destacar que a memória, se não é completamente exata (e nem poderia), também não é totalmente distorcida. Como adverte Manzanero, um dos maiores estudiosos da Psicologia do Testemunho da atualidade, "[t]udo o que somos é memória".[119] A memória desempenha um papel fundamental em todas as atividades desempenhadas pelo ser humano e permite desenvolvermo-nos em sociedade.

Neste sentido, Contreras Rojas afirma:

> "no processo judicial a pessoa será chamada a declarar precisamente sobre aquela parte da informação que foi capaz de processar e armazenar, de modo que o importante será verificar se as condições em que isto se realizou permitem ao juiz outorgar um alto nível de credibilidade a sua declaração, e isto, ainda que pareça impossível [...], não é. Efetivamente é difícil, mas não inalcançável."[120]

Mazzoni aponta para as possibilidades de testemunhos a partir da relação entre o conteúdo da memória e a decisão relativa ao conteúdo do que se relata. Assim, a autora italiana traz quatro possibilidades a partir desta relação. A primeira possibilidade é que uma testemunha se lembre de muitas coisas, que recorde de modo exato, isto é, que corresponda à realidade, e que decida declará-las de forma exata. Esse seria o caso do testemunho considerado verdadeiro, considerado o ideal. Não obstante, a autora alerta que este tipo de testemunho não ocorre com muita frequência. Uma segunda possibilidade, que ocorre com maior frequência, seria a de uma pessoa que recorde pouco ou quase nada e não relata nada. Ainda que sua ocorrência, de um ponto de vista teórico, seja semelhante a um testemunho perfeito, do ponto de vista prático, para o processo judicial, tem pouca utilidade. Uma terceira possibilidade seria a que a pessoa

---

119 MANZANERO PUEBLA, Antonio. **Psicología del testimonio**. Una aplicación de los estudios sobre la memoria. Madrid: Editora Pirámide, 2008. p. 28. *Apud* CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 155

120 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 155.

se recorda de muitos elementos, mas prefere não dizer ou dizer coisas diferentes. Esta possibilidade se caracteriza pelo fato da testemunha ser consciente de saber (ou de não saber) o que ocorreu, mas decidir mentir (é o testemunho falso em razão de uma simulação voluntária e propositada). Por último, existe a situação da testemunha que não se recorda precisamente de vários elementos do evento, mas relata uma série de coisas que não correspondem com o evento percebido. Neste último caso, a pessoa não é consciente do fato de que sua memória e as recordações que possui foram modificadas e distorcidas por diversos fatores, como supramencionado.[121]

Em que pese a avaliação da sinceridade da testemunha, isto é, o fato dela mentir ou não, seja uma preocupação tanto da Psicologia do Testemunho quanto dos próprios juristas, o presente trabalho não se debruçará sobre esta questão. A proposta neste ponto do trabalho é por luz aos diversos fatores (endógenos e exógenos à testemunha) que implicam na quarta situação descrita por Mazzoni, que Andrés Páez denomina como "incompetência honesta"[122].

2.3.1.1. Estruturas e tipos de memória

Com o condão de compreender o funcionamento da memória, estudiosos do tema propuseram distintos modelos para representar a estrutura funcional da memória, distinguindo as diferentes partes e componentes da memória, bem como entender as interações entre estas. Com este propósito, Richard Atkinson e Richard Shiffrin elaboraram o modelo Modal ou dos Multiarmazéns (*modal* ou *multi-store model*), indicando que a memória humana se estabelece de acordo com três estruturas básicas: o registro ou depósito sensorial, a memória a curto prazo e a memória a longo prazo.[123]

De forma bastante simplificada, pode-se dizer que através do (*i)* registro sensorial o sujeito armazena e conserva inconscientemente a informação em estado puro para que seja, logo após, utilizada pela memória a curto prazo. Em seguida, a informação percebida e atentada pelo sujeito passa (*ii)* à memória a curto prazo, considerada um depósito que é capaz de

121 MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 16-17.
122 PÁEZ, Andrés. **Una aproximación pragmatista**..., op. cit., p. 216-217.
123 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 156.

armazenar uma quantidade limitada durante um período de tempo que se tem estabelecido em menos de 30 segundos - decorrido esse tempo, a informação passa a diminuir e termina por se perder. Em relação à memória de curto prazo, é preciso destacar que esta opera em um caminho bidirecional: não somente serve para armazenar a informação em trânsito para a memória de longo prazo, como também armazena os dados que se recuperam desta última, de modo a receber *inputs* tanto do registro sensorial quanto da memória a longo prazo. Por este motivo, considera-se a memória a curto prazo responsável tanto pela codificação quanto pela recuperação. Por sua vez, (*iii)* a memória a longo prazo constitui um armazém de capacidade e persistência ilimitadas, no qual se guarda de forma permanente a informação transferida pela memória a curto prazo. A partir daí essas informações entram em uma espécie de estado de hibernação em que permanecem "dormindo" até que sejam demandadas pelo sujeito para sua utilização, quando deverão ser transferidos até a memória a curto prazo. Como destacam Atkinson e Shiffrin, esta transferência não implica que a informação desapareça da memória a longo prazo, sendo enviada apenas uma espécie de cópia.[124]

Em relação à memória a longo prazo, é possível distinguir entre a memória semântica, procedimental e episódica.

A *memória episódica* é um tipo de memória que se refere às recordações de eventos, tanto em seus aspectos centrais como de seus elementos contextuais que o acompanham. Estas informações possuem na memória uma etiqueta temporal e espacial em relação aos próprios sujeitos e a outros eventos. A memória episódica, portanto, armazena e recupera as recordações que o indivíduo possui sobre episódios definidos temporalmente, localizados em um certo espaço e que foi experimentado pessoalmente, assim como as relações espaço-temporal que se criam entre eles, de maneira que é considerado um registro mais ou menos fiel das experiências.[125]

A *memória semântica*, por sua vez, conserva apenas o significado das informações e dos acontecimentos, deixando de lado completamente a informação sobre as coordenadas temporais

124 Id. p. 156-157.

125 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 158; SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 12. Nesse mesmo sentido, Mazzoni esclarece que "Fazemos referência a este memória quando perguntamos a um amigo 'Se lembra daquele filme que vimos juntos em Palermo?'. O mesmo se passa quando a polícia pergunta: 'Onde esta você no sábado passado, pela tarde, às sete e meia?'". (MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 29-31)

e espaciais do ocorrido. Desta forma, a memória semântica possui um caráter acontextual e não autobiográfico. Este tipo de memória conserva a informação, preferencialmente em forma de conceitos simples ou conceitos estruturados, como um esquema.[126]

Já a *memória procedimental* compreende os conhecimentos referentes ao *como* se conhece/fazem as coisas. Esta forma de conhecimento possibilita mobilizar uma série de atividades perceptivas, cognitivas e motoras, como o pensar, recordar, realizar gestos e atos de diversos tipos. [127]

Na medida em que em um processo judicial se busca saber sobre a verdade de um enunciado sobre um determinado fato específico, isto é, em um determinado contexto espaço-temporal, é evidente que o tipo de memória mais utilizado pelas testemunhas é a memória episódica. A memória episódica, portanto, desempenha um papel fundamental na atuação das testemunhas.

Não obstante o papel fundamental desempenhado pela memória episódica, é preciso destacar que a memória semântica se torna relevante na medida em que contém categorias conceituais que influem no processo perceptivo. Essas categorias conceituais são utilizadas em larga escala quando a testemunha tenta interpretar e reconstruir a experiência episódica. Isto porque "[o] contexto semântico relaciona a informação do estímulo com outros conhecimentos prévios de molde a que estes dão um significado conceptual aos estímulos".[128]

Como anteriormente descrito, a memória semântica conserva a informação em forma de conceitos simples organizados e utilizados para criar esquemas, ou seja, a memória semântica possui tanto conceitos simples quanto estruturas de informações maiores denominadas de esquemas. A denominada Teoria dos Esquemas foi proposta pelo psicólogo britânico Frederic Bartlett. Sobre a teoria de Barlett, Maria Anabela dos Reis aponta que:

---

126 Mazzoni fornece o seguinte exemplo para diferenciar a memória semântica da episódica: "na memória episódica, podemos recordar uma árvore tendo na memória uma árvore específica que vimos no dia anterior (tempo) em frente a um bar (espaço). A mesmo pessoa, ao mesmo tempo, possui também o conceito de árvore representado na memória semântica, não como 'essa árvore específica vista ontem em frente ao bar', mas como uma ideia abstrata que inclui as características que fazem de um objeto uma árvore." (MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 31)

127 *Ibid.* p. 32-33.

128 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 13.

> "Bartlett (1932) afirmava que nós não somos leitores passivos da realidade e que estamos constantemente a tentar compreender essa realidade. Nessa perspetiva, existe um carácter ativo dos esquemas nos processos de compreensão, sendo que o sujeito vai tentar enquadrar as novas informações em seu esquema conceptual, que é constituído pelas informações que já possui acerca de algo (Brewer, 2006). Portanto, aquilo que é codificado e armazenado na memória é fundamentalmente determinado pelo esquema existente. Esse esquema vai selecionar e, inclusive, pode até modificar as informações advindas da experiência para poder chegar a uma representação unificada e coerente da mesma, no sentido de tornar essa representação consistente com as expectativas e conhecimentos já adquiridos (Alba & Hasher, 1983). Neste processo ativo, pode ocorrer perda ou distorção de informações já armazenadas, ou seja, esquecimento."[129]

Neste sentido, Deborah Davis afirma que os esquemas, fundamentais para nossa memória: "são estruturas de conhecimento organizadas que incluem crenças e expectativas a respeito da natureza, características, e comportamentos ou funções de objetos, pessoas, eventos e outras entidades cognoscíveis."[130]

O conhecimento esquemático é proveitoso, basicamente, por três razões: nos permitem formar expectativas; ampliar a compreensão, na medida em que preenchem as lacunas do que lemos ou ouvimos; e facilitam a percepção visual do mundo a nossa volta.[131]

Não será possível discorrer de forma mais detalhada sobre os esquemas e suas formas especiais, como o denominado *script*. Por ora, cabe pontuar que o processo esquemático, fruto da memória semântica, em que pese sua utilidade, pode ser causa de diversos erros tanto na percepção quanto na memória, gerando falsas memórias, distorções e alterações da memória, além de esquecimento e memória seletiva.

Portanto, ainda que a memória episódica possua papel de destaque quando nos referimos às testemunhas em um processo judicial, é preciso ter em mente que o conteúdo da memória

---

[129] REIS, Maria Anabela Nunes dos. **A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da prova**. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2014. p. 34-35. Disponível em http://repositorio.ul.pt. Consultado em 05 de junho de 2017.

130 DAVIES, Deborah; LOFTUS, Elizabeth. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: LINDSAY, R. C. L.; ROSS, David F. *et al.* (ed.) In: **The handbook of Eyewitness Psychology**, vol. 1, Memory For Events, Lawrence Erlbaun Associates Publishers, Londres, 2007, p. 196. *Apud* SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**..., op. cit., p. 14.

131 EYSENCK, Michael W. Capítulo 6: Memória semântica e conhecimento armazenado. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 144-146.

semântica incide no testemunho na medida em que se relaciona com a memória episódica, alterando até mesmo sua forma e conteúdo. Feitas estas considerações, será necessário compreender os três processos fundamentais envolvidos no registro da informação a longo prazo.

2.3.1.2. Os processos envolvidos no registro da informação

No processo de registro da informação pela memória, operam três processos, também denominados de fases da memória: (*i*) codificação (ou aquisição), (*ii*) retenção e (*iii*) recuperação.

A fase de *codificação* consiste no processo em que a memória adquire novas recordações a partir da transformação de informação recebida pelo sujeito, isto é, pelos dados externos que passam a formar parte da memória da pessoa. Interessante observar que esta percepção é inevitavelmente seletiva, pois grande parte da informação recebida é descartada e não chega a ser codificada. Após receber e selecionar a informação percebida por meio dos sentidos, esta passa por um processo de interpretação que se realiza seguindo os parâmetros extraídos de um complexo sistema, que envolve os conceitos presentes em nossa memória semântica, bem como nossos princípios, valores, experiências etc.[132]

Após a interpretação da informação, esta é incorporada mediante a formação do respectivo traço mnemônico, que implica a transformação dos estímulos sensoriais em informação mnemônica. Assim exposto, o processo de codificação consiste na seleção, interpretação e integração de um novo conhecimento nas estruturas da memória.[133]

Importa nesse ponto destacar o papel crucial da interpretação no processo de codificação da informação. A forma como o sujeito interpreta a informação, de acordo tanto com seu conhecimento prévio de mundo quanto pelo quadro conceitual que traz consigo, é que possibilita que duas testemunhas, nas mesmas condições ambientais, codifiquem de maneira diferente o mesmo fato presenciado e assim relatem versões distintas sobre o evento. Aqui

132 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 158.
133 *Ibid.* p. 158-159.

novamente se faz necessário questionar e refletir sobre o caráter objetivo da prova testemunhal conferido pelo artigo 213 do Código de Processo Penal.[134]

Após a fase de codificação, a informação é retida na fase de *retenção*, compreendida como o lapso temporal entre a codificação do evento até uma eventual recuperação de seu registro.

Importante destacar que durante esta etapa de retenção a informação não permanece imutável e livre de distorções. Isto porque durante esta fase o rastro da memória é atacado tanto pela erosão gerada pelo simples passar do tempo quanto pelo ingresso de informação posterior ao evento que é incorporada pela memória, seja por meio dos próprios pensamentos do sujeito ou em virtude de informações externas.[135]

Por fim, a fase de *recuperação* é aquela em que o cérebro procura a informação pertinente, recupera-a e comunica-a. O êxito desta operação, obviamente, depende da forma como se efetuaram as etapas de codificação e retenção, uma vez que os inconvenientes, equívocos e erros ocorridos nessas etapas repercutem na fase de recuperação. Portanto, será necessário que as percepções tenham sido exatas, que a interpretação dos fatos tenha sido a mais objetiva possível, que a retenção tenha ocorrido por um curto espaço de tempo e que se tenha evitado todo exercício individual ou coletivo que produza uma regeneração do rastro de memória.[136] Além disso, o modo e conteúdo das perguntas possuem grande influência nesta fase.

2.3.2. Os fatores de influência na memória

Entendidas as estruturas e os processos envolvidos no registro e utilização da memória, será necessário analisar o conjunto de fatores que influenciam no desempenho da memória humana e devem ser levados em conta na análise da credibilidade de um testemunho.

---

134 Nesse sentido, Franco Cordero afirma que: "[o]s dados sensoriais não são percepções, já que somente chegam a ser mediante uma tarefa classificatória automática, e, portanto, inconsciente; e ao variarem os modelos, mudam-se as figuras; e seria coisa assombroso que o médico, o quiromante, e o botânico, vissem a mesma face na mesma pessoa". (Tradução livre. No original: "Los datos sensoriales no son percepciones, ya que solo lo llegan a ser mediante una tarea clasificatoria automática, y, por tanto, inconsciente; y al variar los modelos, cambian las figuras; y sería cosa asombrosa que el médico, el quiromántico, y el boticario, vieran la misma cara en la misma persona." CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 60).

135 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 159.

136 *Ibid*. p. 160.

Importante ressaltar que não há nenhuma pretensão de abordar todos os fatores que influenciam na memória, como também não será possível estudar a fundo os fatores abordados. O intento será elencar e explicar um número considerável de fatores em cada procedimento envolvido no registro e recuperação da memória, a fim de que seja possível pensar em mecanismos de controle e análise da credibilidade do depoimento prestado pela testemunha.

Nesta tarefa optamos por seguir a ordem dos processos (fases da memória) estudados no ponto anterior.

2.3.2.1. Fatores de codificação

Nesta fase teremos como referência todos os elementos relativos ao momento que em as pessoas adquirem e registram a informação acerca do evento. O desempenho nessa fase pode ser afetado tanto por características do indivíduo (*fatores da testemunha*) quanto por fatores ligados às características do próprio evento (*fatores do evento*).

Por *fatores da testemunha* nos referimos a todas as características próprias do indivíduo, como sua condição física, mental, psicológica, bem como seu nível social, cultural ou educacional. São fatores, portanto, que determinam a maneira como cada pessoa codifica a informação e interpreta as informações. Por *fatores do evento* nos referimos àquelas características inerentes ao evento. Estes interferem, principalmente, na exatidão dos testemunhos.[137]

2.3.2.1.1. Fatores do indivíduo

A) *Capacidades cognitivas* e *sensoriais*: a testemunha deve possuir, em primeiro lugar, condições mentais que lhe permitam não apenas perceber o acontecimento, mas também interpretá-lo segundo padrões lógicos e racionais. Além disso, importa saber se a testemunha é capaz de perceber os estímulos sensoriais dentro dos parâmetros humanos de normalidade, particularmente, claro, no que diz respeito ao sentido que usará para tomar conhecimento do

137 SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez de la prueba testifical. **Papeles del Psicólogo**, vol. 36, nº. 2, p. 140. Disponível em: https://www.researchgate.net. Consultado em 05 de junho de 2017.

evento que declara. Por outro lado, a testemunha ter capacidade de armazenar a informação durante um período considerável e gozar de habilidade linguísticas que lhe permitam comunicar de forma eficiente suas recordações.[138]

B) *Estresse* e *trauma*: na medida em que provoca um aumento da atividade emocional, a presença destes dois fatores, normalmente vinculados à violência do evento, influenciam direta e intensamente na forma como se percebe o evento e, consequentemente, a exatidão das declarações.

Utilizaremos aqui a noção de evento traumático proposta por Diogo Guerreiro *et al* como "uma situação que envolve experiências de morte, perigo de morte, lesão significativa ou risco para a integridade, do próprio ou dos outros em que a resposta do indivíduo envolveu medo intenso, horror ou sensação de impotência".[139] Um evento traumático, por sua vez, gera uma sensação de estresse na medida em que o sujeito percebe que as exigências ou as ameaças ao seu bem-estar excedem os recursos pessoais e individuais que pode mobilizar.

Sobre a questão, é de fundamental importância perceber que a reação ao estresse é adaptativa até certo ponto, pois existe um grau de relação entre o grau de estimulação da emoção e o desempenho da memória. Esta relação é ilustrada pela chamada Lei (ou Curva) de Yerkes e Dodson. Basicamente, esta Lei indica que a presença de um nível médio ou moderado de estresse (ou outro fator de excitação emocional) facilita o aprendizado e desempenho da memória em geral. Entretanto, a níveis altos de estímulos emocionais ocorre uma desintegração catastrófica do desempenho de suas habilidades perceptivas e da sua capacidade de processamento das informações.[140]

Sobre os aspectos emocionais, diversos estudos apontam que o tema central de uma cena emocional é melhor recordado do que o tema de uma cena não emocional, pois a memória tem

138 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 164.

139 GUERREIRO, Diogo; BRITO, B; BAPTISTA, JL; GALVÃO, F. Stresse pós-traumático: Os Mecanismos do Trauma. **Acta Médica Portuguesa**, vol. 20, 2007, p. 350. Disponível em https://www.semanticscholar.org/. Consultado em 05 de junho de 2017.

140 *Ibid.* p. 348.

um papel seletivo melhorando o que se refere aos elementos centrais e inibindo-se no que diz respeito ao reconhecimento de temas periféricos.[141]

Desta forma, a conhecida hipótese Easterbrook estabelece que, sob um alto nível de estresse, pessoas que viveram um acontecimento emocional, além de possuírem uma memória mais exata sobre os pontos centrais do evento, tendem a recordar-se menos dos detalhes periféricos, explicando o denominado efeito de focalização na arma (*weapon effect*), no qual a pessoa, vítima ou testemunha de um assalto armado, tende a se concentrar na arma e deixar de lado o rosto e outros aspectos que possam identificar o assaltante.[142]

Há algumas teorias sobre o que constitui e define este tema central. O entendimento aparentemente mais adequado é de que o tema central é aquele que promove ou impede a probabilidade de realizar um objetivo do sujeito ou que modifica a importância de um objetivo, compreendendo-se por objetivo um estado que o sujeito quer atingir ou evitar. Esta perspectiva explica, por exemplo, a possibilidade de a testemunha possuir na memória aspectos que, na ótica do investigador, não são centrais mas periféricos, como também de esquecer aspectos centrais para a investigação.[143]

Conquanto existam diversas outras questões de grande importância a respeito desta temática, que não serão aqui trabalhadas, cabe pontuar algumas questões últimas sobre a influência dos eventos traumáticos e do estresse. O primeiro ponto é que a emoção promove acuidade e longevidade, mas não garante a sua exatidão, motivo pelo qual erros de memória ocorrem mesmo em acontecimentos emocionais. Um segundo ponto é que não existe consenso sobre a influência do estresse na memória, pois, como aponta Sousa, a partir dos estudos de Levine e Edelstein, "os efeitos de stresse agudo na memória são complexos e parecem várias em função dos processos mnésicos envolvidos (memória de trabalho e recuperação *versus* codificação e consolidação), do nível das hormonas de stresse e do tipo de informação a recordar".[144]

141 REIS, Maria Anabela Nunes dos. **A memória do testemunho e a influência**..., op. cit., p. 111.
142 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 27.
143 *Ibid.* p. 26
144 *Ibid.* p. 33.

De toda forma, Ibañez Peinado indica algumas importantes consequências possíveis do estresse sugeridas pelos estudos: não atender a estímulos periféricos; tomar decisões baseando-se em heurísticas, isto é, com base em pautas e regras gerais; apresentar rigidez de comportamento e afunilamento de pensamento; perder sua habilidade para analisar situações complicadas e manipular a informação disponível; aumentar o tempo de resolução de tarefas complexas e diminuir a precisão da recordação.[145]

c) *Expectativas*: Elizabeth Loftus, provavelmente a maior autoridade sobre falsas memórias da atualidade, afirma ser possível detectar quatro diferentes tipos de expectativas capazes de afetar a percepção dos acontecimentos e sua interpretação como também de serem utilizadas pela testemunha com o condão de preencher as lacunas de sua recordação: expectativas culturais e estereótipos[146]; expectativas geradas com base nas experiências passadas, os preconceitos pessoais e as expectativas momentâneas ou temporais.[147]

Neste ponto, há que se relembrar da influência exercida pela memória semântica nas fases de codificação, questão já discutida quando tratamos das estruturas e tipos de memória.

A influência de conhecimentos prévios, crenças e experiências, leva a que o sujeito, quando tem a expectativa de ver algo e mesmo que este não esteja presente, pareça e pense, - ainda que de forma inconsciente - vê-lo.

---

145 IBAÑEZ PEINADO, José. **Aspectos psicológicos del testimonio en la investigación criminal**. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Faculdad de Psicología. Madrid: 2008. p. 88-89. Disponível em http://eprints.ucm.es/. Consultado em 05 de junho de 2017.

146 Mazzoni define estereótipos como "uma forma de juízo sobre um grupo de pessoas que elimina as diferenças entre os indivíduos pertencentes ao grupo e potencializa os possíveis elementos comuns. [...] A presença de estereótipos cria preconceitos, que são também formas de juízos que se formulam a respeito de situações concretas antes de ter experiência direta sobre elas. Uma forma de preconceito, por exemplo, consiste em julgar a um indivíduo, sem conhecê-lo pessoalmente, baseando-se no que se conhece do grupo ao qual pertence ou no que se ouviu dizer" (MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio… op. cit., p. 45). Páez alerta para o fato de que "a pessoas que utilizam estereótipos não crêem ativamente em muitas das características incluídas no estereótipo e não aceitariam que as crêem no caso de serem interrogadas, especialmente porque muitas delas têm conotações raciais ou sexuais. Não obstante, sua interpretação das ações dos membros destes grupos é filtrada através das características atribuídas ao grupo estereotipado, como demonstram múltiplos experimentos psicológicos sobre estereótipos implícitos raciais e sexuais." (PÁEZ, Andrés. La reputación en el derecho: una aproximación epistemológica. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela. **Prueba, argumentación y justicia**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016. p. 201).

147 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 165.

D) *Idade*: Não há uma relação inversamente proporcional entre a idade do sujeito e a capacidade da memória, no sentido de que com o passar dos anos as aptidões mnemônicas se debilitariam. O que é possível afirmar é uma relação entre a idade e uma maior vulnerabilidade para ser influenciada por terceiros, na medida em que crianças e adultos em idade avançada estariam mais suscetíveis a essa influência.[148]

E) *Gênero*: Não há uma relação entre o rendimento e capacidade da memória e o gênero da testemunha. O fundamental é considerar todas as circunstâncias que acompanham a pessoa no momento dos fatos e não o seu sexo.

F) *Estados emocionais*: partindo da noção de tema central, utilizada durante a abordagem da influência do estresse e do trauma, cabe destacar que o tipo de informação que será central para a testemunha difere em função do estado emocional desta. Desta forma, uma pessoa amedrontada centrará sua atenção e demonstrará melhor memória para informações sobre riscos; uma pessoa triste sobre informações sobre perdas; uma pessoa zangada sobre informação de agentes que causem obstrução aos seus propósitos. Portanto, as pessoas centram sua atenção e lembram melhor aquela informação que é relevante para os seus propósitos ativos. Como os propósitos ativos variam em função do estado emocional do sujeito, o tipo de informação mais atraente também difere de forma sistemática.[149]

2.3.2.1.2. Fatores do evento

A) *Duração*: quanto mais tempo disponível a testemunha tem para observar o evento, mais precisa será sua percepção e melhor sua posterior recordação. Em relação a este aspecto, é preciso ter em mente que as testemunhas tendem a superestimar a duração dos eventos complexos, especialmente se estiver presente um alto nível de estresse.

B) *Frequência*: tal fator se refere à quantidade de vezes que a testemunha dispõe para perceber acontecimentos da mesma natureza. Desta forma, se uma pessoa é testemunha de um mesmo delito em reiteradas ocasiões, tenderá a recordar mais detalhes do que quando o evento se apresenta de forma isolada. Não obstante, é preciso ter cautela com esta análise na medida

148 CONTRERAS ROJAS, Cristian**. La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 166.
149 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 27.

em que a frequência pode vir a se tornar um hábito ou uma rotina. E como aponta Gesu, "a pessoa constantemente estimulada sobre determinado ponto diminui gradualmente a resposta, considerando já ter se habituado. Inevitavelmente tal situação pode enfraquecer a percepção da testemunha sobre o que viu e ouviu".[150]

C) *Familiaridade*: se a testemunha possui um conhecimento prévio sobre os estímulos presentes no evento que deve recordar, terá mais facilidade para recordar deste, tanto qualitativa quanto quantitativamente.

Sobre este aspecto, Malatesta alerta para o fato de que a fraqueza intelectual ou sensitiva pode ser compensada pela familiaridade de uma dada espécie de observação. Assim, afirma que "a observação de um armeiro, se bem que míope, relativamente à conformação material de uma arma, terá, pelo menos, tanto valor como o depoimento de uma testemunha com vista de lince, mas que não tenha prática alguma de armas".[151]

D) *Condições de iluminação*: obviamente, o sentido da visão opera em melhores condições à luz do dia e em ambientes adequadamente iluminados. Em condições precárias de luz não é possível ver cores, mas somente variações de intensidade na obscuridade, além de gerar problemas para determinar os traços e contornos daqueles que miramos. Nesse sentido, Gorphe assinala que "[u]ma cena mal iluminada é necessariamente mal vista; a percepção nela é incompleta; a recordação será esquemática e lacunosa".[152]

Ademais, as mudanças bruscas de condições de iluminação podem gerar dificuldades visuais, de modo que seja necessário um período de adaptação tanto à luz quanto à escuridão. Sobre esse aspecto, é importante ter em mente que a visão se adapta melhor a um aumento repentino da luminosidade do que de obscuridade.[153]

---

150 GESU, Cristina di. Prova Penal e Falsas Memórias... op. cit., p. 175. Sobre a influência da habitualidade, ver os estudos de Dauber, citado por Gorphe (GORPHE, François. **La crítica del testimonio**... op. cit., p. 37-38).

151 MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica da Provas em Matéria Criminal**. 2ª ed. Lisbo: Livraria Clássica, 1927. p. 376-377. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/. Consultado em 06 de junho de 2017.

152 GORPHE, François. La crítica del testimonio... op. cit., p. 238.

153 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 162-163.

E) *Condições sonoras*: as condições sonoras do evento serão de fundamental importância toda vez que se pedir à testemunha que relate os detalhes de uma conversa ou som que guarde relação com a questão discutida no processo. É importante ter em mente que os sons graves são percebidos melhor que os agudos. Além disso, as menores intensidades indicam uma maior distância e os sons distantes soam mais graves.[154]

F) *Detalhes marcantes*: como já estudado, a fase de codificação importa em uma seleção de informações sobre o evento, motivo pelo qual nem todos os detalhes são percebidos ou captados da mesma forma e intensidade. Logo, há uma maior probabilidade da testemunha se concentrar e recordar dos detalhes marcantes do evento. Desta forma, por exemplo, a testemunha se recordará melhor de um traço característico do rosto do assaltante (uma cicatriz, por exemplo) ou da arma que seja utilizada no crime (efeito de focalização na arma).[155]

G) *Tipo de evento ou detalhe*: pelo impacto que produz na testemunha ou pela velocidade com que se desenvolve, não é possível perceber e recordar todos os eventos da mesma maneira. É claro que recordar de um homicídio não é o mesmo que recordar sobre um acidente de trânsito, que, por sua vez, não é o mesmo que recordar da assinatura de um contrato.

Além do tipo de evento, é preciso ter em mente que a recordação de detalhes depende da participação de cada testemunha nos acontecimentos. Em um estudo sobre acidentes de trânsito, por exemplo, Manzanero indica que protagonistas do evento costumam se lembrar melhor de informações sobre a localização e dinâmica do acidente, enquanto as outras testemunhas informavam mais sobre informações relacionadas com a pessoa dos protagonistas.[156]

H) *Violência do evento*: em alguns casos de eventos extremamente traumáticos, como costumam ser os eventos com grande violência, ocorre a denominada amnésia psicogênica, em que a testemunha se recorda de muito pouco ou nada da situação de horror que viveu. Esta amnésia pode ocorrer tanto na altura do evento quanto após algum tempo – influenciando, pois, na fase de retenção – e tem uma origem psicológica. Embora tal amnésia ocorra em alguns

---

154 *Ibid*. p. 163.

155 Ibid.

156 DIGES JUNCO, Margarita; MANZANERO PUEBLA, Antonio. Capítulo 5: El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos. In: MONTORO GONZÁLEZ, Luis; VAYÁ CARBONELL, Enrique *et al.* **Seguridad Vial**: del factor humano a las nuevas tecnologías. Madrid: Ed. Síntesis, 1995. p. 117. Disponível em: http://eprints.ucm.es/. Consultado em 05 de junho de 2017.

casos, o padrão mais comum é que este tipo de evento gere uma lembrança clara, completa e vívida, mesmo decorrido bastante tempo após o evento (*efeito da consolidação*). Destaca-se, entretanto, que estas memórias de eventos extremamente traumáticos, ainda que promovam acuidade e longevidade da memória, não garantem a sua exatidão.

2.3.2.2. Fatores de retenção

Como já estudado, na fase de retenção, entendida como o lapso temporal entre a codificação e a recuperação, a informação não permanece imutável e livre de distorções. A simples passagem do tempo é capaz de ocasionar o desvanecimento da informação codificada, isto é, da recordação. Mas é preciso atentar para outros fatores, externos ou internos ao sujeito, capazes de distorcer o registro das informações durante o intervalo de tempo e influenciar no depoimento das testemunhas.

A) *Extensão temporal e o esquecimento*: constitui uma ideia comum que as recordações se deterioram gradualmente com a passagem do tempo, refletindo não somente em um completo esquecimento de acontecimentos que direta ou indiretamente tivemos notícia há bastante tempo, mas também na dificuldade de mantermos um registro claro e completo destes, o que resulta em uma completa sobreposição entre recordações distintas ou na impossibilidade de estabelecer a fonte da qual extraímos nosso conhecimento. Esta situação gera problemas quando tentamos identificar se nossas recordações decorrem da nossa observação do evento, do que foi dito por outra pessoa ou se são fruto da nossa imaginação, e dificulta a precisão sobre o momento em que se produziu tal ou qual evento, quando a mesma informação ou uma muito semelhante ocorre de forma reiterada ou em contextos parecidos.[157]

Certo é que quanto maior for o lapso temporal entre o momento da codificação e da recuperação, maior também será a distorção ou esquecimento da informação.

Conforme demonstra *Curva do Esquecimento* de Ebbinhgaus (1913), a deterioração da memória é bastante rápida, mas com o passar do tempo o esquecimento e a deterioração tornam-se mais lentos. Assim, nas horas e dias após o evento perdemos grande quantidade de

157 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 167.

informação, mas o "saldo" restante tende a permanecer por bastante tempo armazenado na memória.[158]

Há, claro, aspectos importantes a serem considerados, como o tipo de informação, as características do sujeito e o uso da informação. A informação sobre quando o evento ocorreu deteriora-se mais rapidamente do que a informação sobre se o evento ocorreu, por exemplo.

As razões pelas quais se produzem o esquecimento não são claras, havendo várias teorias para explicá-lo. A Teoria da Deterioração afirma que o esquecimento é fruto da decadência do traço da memória, fenômeno que tem lugar de forma espontânea através da erosão da recordação pelo simples decurso do tempo. A Teoria da Interferência, por sua vez, sustenta que as recordações interferem entre si, o que gera uma sobreposição e a ocultação de uma parte delas. A Teoria da Fragmentação indica a ocorrência não de uma deterioração global, mas da perda de alguns dos componentes das recordações, que ao gerarem lacunas impedem sua recuperação. Tulving propôs uma alternativa às teorias do esquecimento e sustentou que o esquecimento se dá devido à falta de chaves de recuperação adequadas, e não devido à deterioração com o passar do tempo ou a sobreposição de informações armazenadas.[159] Manzanero, por sua vez, explica que os próprios processos de codificação e recuperação da informação são os principais responsáveis pela perda de informação. Segundo o autor espanhol, "[o] processamento a que se submete a informação provoca que em cada passo, em cada fase, a informação original se vá transformando e deteriorando de modo que a informação resultante ao final destes processos será apenas uma caricatura do original".[160]

B) *Informação pós-evento*: após presenciar um evento, a testemunha inevitavelmente estará exposta a novas informações relacionadas ao que presenciou. Estas informações pós-evento podem entrar furtivamente através de fontes externas, quais sejam os meios de comunicação social (jornais, televisão, rádios), relatos de outras testemunhas do evento,

---

158 ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 144-146.

159 REIS, Maria Anabela Nunes dos. A memória do testemunho..., op. cit., p. 30-38; CONTRERAS ROJAS, Cristian. La valoración de la prueba…, op. cit., p. 168-169.

160 Tradução livre. No original: "El procesamiento a que se somete la información provoca que en cada paso, en cada fase, la información original se vaya transformando y deteriorando de modo que la información resultante al final de estos procesos sólo sea una caricatura del original". MANZANERO PUEBLA, Antonio. El olvido. In: **Psicología del Testimonio**, Una Aplicación de los Estudios Sobre la Memoria. Madrid: Ed. Pirámide, 2008. Disponível em: http://psicologiadelamemoria.blogspot.com.br/p/el-olvido.html. Consultado em 05 de junho de 2017.

comentários feitos ao seu depoimento, mas também de fontes internas como a reavaliação da experiência vivida, a qual é influenciada por estados afetivos, a ruminação ou, ainda, da formação de imagens mentais vívidas.[161] A influência causada por essas novas informações é capaz de aditar informação falsa, substituir a memória verídica, distorcer a memória e ativar processamentos esquemáticos capazes de causar processos inferenciais e subsequentes distorções na memória.

Com efeito, a incorporação de novas informações pode modificar drasticamente o registro primitivo da memória, alterando a ordem temporal dos eventos, a participação das pessoas envolvidas, incorporando elementos à cena original ou até mesmo alterando os que efetivamente faziam parte dela. Conquanto seja possível que o ingresso destas informações reforce e complemente o registro que o indivíduo possui do evento, tornando-o mais íntegro e completo, o que usualmente ocorre através das informações sugeridas é o aporte de dados inconsistentes com o evento originalmente presenciado. Estas informações inconsistentes são denominadas de *informações enganosas*. [162]

A influência de informação enganosa adquirida no intervalo entre codificação e a recuperação constitui um exemplo da denominada *interferência retroativa*. Sobre este tipo de interferência, Anderson aponta:

> "A interferência retroativa refere-se ao esquecimento causado pela codificação de novos traços de memória entre a codificação inicial do alvo e o momento do teste. Essencialmente, algum processo associado ao armazenamento de experiências mais novas impede a capacidade de evocar outras mais longínquas."[163]

Outra questão importante a ser destacada, embora já tenha sido alvo de considerações na análise do artigo 210 do CPP, é a influência causada por uma cotestemunha do evento. Denomina-se o efeito desta influência de *efeito de conformidade*, segundo o qual a informação enganosa veiculada e absorvida durante uma conversa com uma cotestemunha do evento é, frequentemente, incorporada na memória do evento pela outra testemunha, moldando seu depoimento.

---

161 PINHO, Maria Salomé. Factores que influenciam a memória das testemunhas oculares. In: FONSECA, António Castro (ed.). **Psicologia e Justiça**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 312.

162 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 169.

163 ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 219.

Segundo Daniel Wright *et al.*, há três prováveis causas para o efeito da conformidade: o desejo de não discordar da outra testemunha para ganhar aceitabilidade ou evitar o custo social da discordância (*influência normativa*); a convicção de que a outra testemunha está correta porque (a) demonstra maior confiança, (b) esteve em melhores condições de percepção e codificação do evento ou (c) tem um conhecimento mais fidedigno (*influência informacional*); e a construção de uma memória com base em informações sugeridas por outras, isto é, informações que apenas ouviram de outras testemunhas (*distorção da memória*).[164] Os autores alertam para o perigo da última hipótese pelo fato de criar uma falsa memória, lembrando a metáfora de Loftus sobre o estudo de tal fenômeno: "a nova informação nos invade, como um cavalo de Tróia, precisamente porque não se detecta a sua influência."[165]

Destaca-se que os efeitos da informação enganosa são potencializados quando a recuperação da informação se dá sob condições de estresse, com pouca atenção, com esforço cognitivo, em pessoas com pouca capacidade de memória de trabalho ou com pouca recordação da informação original.[166]

Como fatores que auxiliam, excluem ou atenuam a produção de alteração das recordações pela informação enganosa é possível destacar[167]:

(i) *O intervalo entre o evento, a informação enganosa e a recordação*: para Loftus a informação pós-evento produzirá um maior efeito quanto maior for o transcurso do tempo entre o evento e o momento em que se proporciona a nova informação;[168]

(ii) *O tipo de informação*: será mais provável que as pessoas aceitem a sugestão de informações sobre fatos cuja sua memória se encontra debilitada, principalmente quando se refiram a elementos periféricos. Além disso, será mais provável

164 WRIGHT, Daniel; MEMON, Amina; SKAGERBERG, Elin M; GABBERT, Fiona. When Eyewitness Talk. In: **Current Directions in Psychological Science**, vol. 18, nº. 3, 2009. p. 15. Disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1111/j.1467-8721.2009.01631.x. Consultado em 06 de junho de 2017.

165 LOFTUS, Elizabeth; PICKRELL, J. E. The formation of false memories. **Psychiatric Annals**, vol. 25, 1995. Disponível em: http://users.ecs.soton.ac.uk/harnad/Papers/Py104/loftus.mem.html. Consultado em 06 de junho de 2017.

166 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 27.

167 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 176-178.

168 Manzanero indica que, ao contrário, quanto maior o intervalo entre a sugestão e a recuperação, maior é a probabilidade de aceitação da informação sugerida. (CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 171)

também que haja alteração da memória quando o sujeito não detectar divergências entre o evento presenciado e a informação incorreta que lhe é apresentada. A plausibilidade da informação, de modo que uma pessoa estime que a informação sugerida possa ter acontecido, é um fator importante também;

(iii) *Tipo de pergunta*: como se verá mais a frente, a forma como são realizadas as perguntas possuem grande influência na maneira como a testemunha recordará os detalhes do evento presenciado;

(iv) *Ordem das perguntas*: a testemunha recordará de maneira pior quando as perguntas não forem realizadas na ordem temporal efetiva dos eventos presenciados;

(v) *Credibilidade da fonte*: as testemunhas são mais sugestionáveis se a pessoa que transmite a informação (inclusive o entrevistador) é percebida por ela como uma autoridade ou alguém muito bem informado;

(vi) *Advertência da possibilidade de sugestão*: se a testemunha é advertida da possibilidade de receber informação incorreta, será mais provável que aumente a resistência à sua influência.

(vii) *Reiteração*: a exposição reiterada da testemunha à informação falsa aumentará a probabilidade de aceitação da informação falsa. Esta reiteração pode ser realizada tanto por diversas pessoas que afirmem a versão errada quanto por uma única pessoa que repita a informação em diversas ocasiões.

2.3.2.3. Fatores de recuperação

No interrogatório da testemunha busca-se obter uma declaração mais completa e exata possível sobre o evento em questão. Neste intento, entretanto, não basta levar em consideração os fatores que influenciam a codificação e a retenção da recordação, mas também as condições de recuperação da memória. Na fase de recuperação importa saber como os métodos de inquirição, as formas de perguntas e o comportamento do entrevistador influenciam no depoimento da testemunha.

A) *Formatos de recuperação*: o método escolhido para obter declarações terá relação direta com a precisão e qualidade destas. A eleição do formato de recuperação constitui,

portanto, um dos fatores mais importantes no que se refere à regulação da prova testemunhal. Assim, é possível falar em duas técnicas: a *interrogativa* e a *narrativa*.[169]

A técnica *interrogativa* é a mais utilizada na prática, através do sistema denominado *interrogatório*. Neste, o entrevistador formula uma série de perguntas específicas ao declarante, no processo uma testemunha, com o objetivo de obter respostas concretas e detalhadas. Esta técnica é considerada perigosa pelos estudiosos da psicologia, que advertem para o risco de que através das perguntas o entrevistador possa introduzir informações enganosas ao declarante, levando este a introduzir em suas respostas falsas memórias (*erro de comissão*).[170]

Do exposto fica clara a importância da maneira como são formuladas as perguntas. Como destaca Nieva Fenoll, a depender da forma como são realizadas as perguntas, este modelo de recuperação gera o risco de que a testemunha declare não aquilo que sabe do evento, mas simplesmente aquilo que o entrevistador quer ouvir, gerando um efeito semelhante ao da tortura. Sob estas condições, a prova testemunhal perderá sua qualidade epistêmica, dificultando a sua valoração.[171]

Este formato possui a vantagem de proporcionar uma grande quantidade de informação, reduzindo o número de erros por omissão, bem como possibilitar que o entrevistador estabeleça pistas de recuperação que deverão ser seguidas pela testemunha. Entretanto, as distorções e o risco de erros de comissão são desvantagens da técnica interrogativa.[172]

A técnica *narrativa*, por sua vez, consiste em perguntar à testemunha sobre os fatos, mas deixando que ela relate sem que haja interrupções. A técnica narrativa está associada ao sistema da *narração livre*, em que se permite que a testemunha conte com suas próprias palavras, ao seu ritmo, na forma e na ordem que deseje, tudo aquilo que recorda do evento. Desta forma, o entrevistador deve abster-se de realizar qualquer sugestão ou comentário, bem como de limitar,

---

169 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 171.

170 NIEVA FENNOL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 231.

171 Ibid.

172 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 193-194; SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 63.

interromper ou perturbar o declarante, e somente solicitar alguma explicação ou complementação após o fim do depoimento.[173]

Esta técnica é a mais recomendada pelos estudiosos do tema, pois o fato do entrevistador não fornecer nenhuma informação ao interrogado reduz os riscos de produção de falsas memórias.[174]

Conquanto reduza a possibilidade de distorções e o risco de erros de comissão, a técnica narrativa apresenta a desvantagem de um maior número de *erros de omissão,* isto é, que o declarante não mencione os detalhes do evento que conhece, mas que naquele momento não é capaz de recordar ou não julga importante informar.[175]

Sobre o sistema da narração livre, Manzanero destaca:

> "(...) com uma prova da narração livre obteremos informações esquemática e aproximada do sucedido, devido a que, quando presenciamos um facto selecionamos dele certa informação esquemática e ficamos com a ideia, que será o que armazenamos na nossa memória. Este esquema ajusta-se ao esquema prévio que temos do tipo e facto a recordar, e contará os elementos próprios de um acontecimento – introdução, nó e desenlace – como elementos estruturais mais gerais. Ao recuperar o evento usando uma narração livre, o que recuperamos é o guião tipo da classe de acontecimentos a que pertence o evento, e vamos preenchendo-o até dar um relato o mais completo possível com a informação que nesse momento seja acessível".[176]

Considerando as mencionadas vantagens e desvantagens de cada sistema, o mais adequado parece ser conjugar ambos, a fim de resgatar as respectivas vantagens e evitar as suas desvantagens. Assim, o ideal é começar pela narrativa livre e só passar para a fase do interrogatório quando a testemunha não mais conseguir recordar nada, atentando-se sempre à forma como as perguntas são realizadas. Este modelo é conhecimento como "entrevista *estándar*".

Nesse sentido, Maria Anabela dos Reis afirma:

---

173 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 192.

174 NIEVA FENNOL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 231

175 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prue**ba…, op. cit., p. 193; NIEVA FENNOL, Jordi. La valoración de la…, op. cit., p. 234.

176 MANZANERO PUEBBLA. Antonio. **Psicología del Testimonio**, Una Aplicación de los Estudios Sobre la Memoria. Madrid: Pirámide, 2008. p. 137. *Apud* , Luís Filipe Pires de. Prova testemunhal... op. cit., p. 63.

> "O relato livre, sem interrogatórios, é sempre melhor que o interrogatório e melhor ainda se um especialista (mediante técnicas de recuperação de memória e sem a realização de perguntas sugestivas) pedir o relato. Não se deve descartar a realização de perguntas, mas sempre posteriormente ao relato".[177]

Buscando uma alternativa para o modelo de "entrevista estándar", Edward Geiselman, Ronald Fisher e seus colaboradores da Universidade da Califórnia, desenvolveram a técnica denominada entrevista cognitiva. Esta técnica parte de duas teorias básicas: *Princípio da codificação específica* (Tulving e Thomsom) e *Enfoque multicomponente do traço de memória* (Gordon Bower). De forma resumida, a primeira teoria sustenta que as operações específicas de codificação realizadas sobre o que se percebe determinam o que se armazena, que, por sua vez, estabelece quais chaves de recuperação são eficazes para acessá-lo. Desta forma, esta teoria afirma que a similitude entre o ambiente de codificação e recuperação aumenta as probabilidades de produzir uma prova testemunhal com êxito. Já a segunda teoria indica que o traço de memória não é unitário e nem uma representação holística do evento, mas uma variedade complexa de muitas características, cada uma com sua particular chave de acesso, de modo que não existe uma, mas muitas maneiras de recuperar as recordações.[178]

Com o objetivo de obter uma informação quantitativa e qualitativamente superior ao tipo de informação obtida pelos interrogatórios tradicionais, estabelecendo e destacando os elementos que se sobrepõem entre os contextos de codificação e recuperação e estimulando o uso de diversos caminhos de recuperação, o procedimento em questão estabelece o uso de quatro técnicas gerais[179]:

(i) *Reinstauração cognitiva do contexto ambiental e pessoal*: consiste em reconstruir mentalmente todo o contexto que rodeava o acontecimento, através de aspectos físicos e pessoais;

(ii) *Informar sobre tudo*: requer-se à testemunha que conte tudo o que recorda, incluindo as informações que somente evoque de forma parcial ou vaga, assim como os detalhes que parecem irrelevantes ou insignificantes;

---

177 REIS, Maria Anabela Nunes dos. **A memória do testemunho**..., op. cit., p. 142.

178 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 194-195.

179 *Ibid*. p. 195-196; GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**... op. cit., p. 202.

(iii) *Mudança de perspectiva*: solicita-se que a testemunha narre o evento como se tivesse observado de outra perspectiva e local, informando o que teria visto nesta nova posição, objetivando-se recuperar o maior número de detalhes;

(iv) *Recordar dos acontecimentos em ordem distinta*: demanda que a testemunha se recorde do fato seguindo diferentes ordens sequenciais.

Além das quatro técnicas gerais, a entrevista cognitiva também se vale de uma série de ferramentas específicas que podem ser utilizadas ao final da fase narrativa. Com as denominadas técnicas auxiliares busca-se obter dados mais completos do evento, tais como aparência física, nomes, objetos e conversas.

Sobre os inconvenientes e as vantagens da referida técnica, Gesu afirma:

> "Entre as vantagens estão a aquisição de informações muito mais ricas, havendo minimizações dos riscos de uma possível indução das respostas pelo entrevistador e, consequentemente, a produção de uma prova oral com maior qualidade. Dentro os inconvenientes, destacam-se o custo temporal e a complexidade, pois a aplicação da técnica, além de requerer um lapso temporal maior do que o comum, necessita o treinamento dos entrevistadores."[180]

Posteriormente, Fisher e Geiselman publicaram uma versão melhorada da entrevista cognitiva, agregando às quatro técnicas gerais uma série de elementos destinados a favorecer a construção da relação e comunicação efetiva com a testemunha. De forma resumida pode-se dizer que os autores indicaram para a necessidade das seguintes etapas em ordem: (i) previamente ao depoimento, se deve criar uma atmosfera propícia para conseguir a total cooperação da testemunha, possibilitando que esta resgate a maior quantidade de informações; (ii) solicitar um relato livre sobre o evento através de perguntas abertas; (iii) empregar as quatro técnicas gerais supramencionadas; (iv) o entrevistador deverá realizar uma recompilação ou resumo final de tudo que foi informado, perguntando se entendeu corretamente o que a testemunha queria informar e se a testemunha deseja precisar ou recordar detalhes complementares; (v) por fim, terminar a entrevista confortando a testemunha e agradecendo pela sua cooperação, informando da possibilidade de que relate qualquer outra informação que se recorde posteriormente.[181]

---

180 GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**... op. cit., p. 202.

181 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 198-199.

B) *Forma de elaboração das perguntas*: como já mencionado, a forma como se realizam as perguntas terá grande influência na maneira como a testemunha recordará o fato. A simples forma de elaborar ou mesmo o uso de determinadas palavras pode levar à criação de falsas memórias por parte da testemunha, bem como induzi-la a responder algo que não se recorda.

Existem dois tipos genéricos de pergunta, as perguntas *abertas* e *fechadas*. As perguntas *abertas* permitem à testemunha dar qualquer tipo de reposta, sem nenhuma limitação, e não introduzem qualquer tipo de informação por parte do entrevistador. Geralmente, estas perguntas são introduzidas pelas expressões quem, o que, onde, como, quando. As perguntas *fechadas*, por outro lado, obrigam a testemunha a escolher uma resposta entre as alternativas veiculadas na própria pergunta, permitindo uma resposta em poucas palavras. Por óbvio, as perguntas abertas estão ligadas à técnica narrativa, enquanto as fechadas vinculam-se à técnica interrogativa.[182]

Dentro das perguntas fechadas é possível identificar três subcategorias: (i) *Perguntas Sim/Não*: só poderão ser respondidas por uma destas opções; (ii) *Perguntas seletivas*: integram alternativas múltiplas, das quais a testemunha deve escolher uma (por exemplo, "O ladrão tinha uma pistola ou uma navalha?"); (iii) *Perguntas identificadoras*: requerem a descrição de pessoas, lugares, momentos, grupos (por exemplo, "A que horas foi o assalto?").[183]

A primeira categoria é problemática na medida em que comporta o denominado *viés afirmativo*, ou seja, a testemunha tende a responder sim. Já a pergunta seletiva contém o risco de contaminação da resposta. Na hipótese, por exemplo, do entrevistador perguntar se o carro era azul, preto ou vermelho, este estará induzindo uma resposta que pode ser incorreta pelo fato do veículo ser verde. A pergunta identificadora, por sua vez, pode conter informação pós-evento que contamine a memória da testemunha. Desta forma, ao perguntar como era a pistola utilizada no crime, o entrevistador estará induzindo uma resposta com a descrição de uma arma que a testemunha nunca viu.[184]

---

182 SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 60-61.
183 *Ibid.*
184 *Ibid.* p. 62.

Importa destacar que, ao iniciar o interrogatório com perguntas específicas/fechadas, corre-se o risco de influenciar o teor do depoimento, uma vez que a testemunha pode incorrer no que se denomina de viés de desejabilidade social, isto é, o risco da testemunha responder aquilo que lhe pareça mais desejado pelo entrevistador.[185]

Outra questão de grande importância atinente à forma como são formuladas as perguntas diz respeito às perguntas sugestivas (*leading questions)*, mencionadas anteriormente na análise do artigo 212, que veda a possibilidade de realização deste tipo de pergunta.

Como anteriormente mencionado, há divergências na conceituação das perguntas sugestivas. Aqui optamos por defini-las como aquelas que induzem, de forma capciosa, a testemunha a responder de forma específica e desejada pelo inquiridor quanto as que implicam reconhecimento de um fato ainda controverso.[186] Conquanto haja tais divergências, o uso das perguntas sugestivas há muito é considerado reprovável pelos doutrinadores.[187]

Como exemplos de perguntas sugestivas, podemos citar tanto as perguntas *implícitas* e *expectantes*.

Altavilla[188] classifica como *implícita* a pergunta que dá como certo um ponto ou uma circunstância que era preciso apurar. Esta pergunta pode introduzir na memória da testemunha uma informação enganosa e, assim sugestionada, a testemunha pode acabar por "recordar" não

---

185 Sobre o tema ver, entre outros, MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 76-81.

186 Alberto dos Reis define a pergunta sugestiva da seguinte forma: "é a pergunta formulada por maneira que nela vai já insinuada a resposta que o inquisidor pretende obter. Pergunta capciosa é a pergunta astuciosamente preparada para induzir em erro, para enganar aquele que há de responder". (REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 440 *Apud* SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 67). James W. McElhaney, em seu clássico artigo *Leading Question*, define:
"uma pergunta sugestiva é aquela que sugere a resposta à testemunha. O seu vício é contar à testemunha o que dizer." (Tradução livre. No original: "A leading question is one that suggests the answer to the witness. Its vice is that it tells the witness what to say." MCELHANEY, James W. Leading Question. **ABA Journal**, vol. 75, nº. 10, out. 1989, p. 104. Disponível em http://www.jstor.org. Consultado em 03 de junho de 2017).

187 Ver: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015 (Originalmente publicado em 1764). p. 39-40; MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 5ª ed. Campinas: Bookseller, 2008 (Originalmente publicado em 1834). p. 362; PESSOA, Alberto. **A prova testemunhal.** 2ª ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2009 (Originalmente publicado em 1913). p. 49; CARVALHO, Affonso José de. **Inquirição Cível**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 68; GORPHE, François. **La crítica del testimonio**. Tradução de Mariano Ruiz-Funes. 6ª ed. Madrid: Editora Reus, 2003 (Originalmente publicado em 1933). p. 281.

188 ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**, Personagens do Processo Penal. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2003. P. 255 *Apud* Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 70.

o que viu, mas o que foi sugerido pela pergunta. Esse tipo de pergunta se assemelha às perguntas seletivas, anteriormente mencionadas.[189]

Da mesma forma, deve ser evitada a formulação de perguntas que recorram ao conhecimento prévio do entrevistador. Será ainda mais sugestiva a pergunta se o entrevistador informar à testemunha que tal informação foi dada por uma cotestemunha, na medida em que cria uma pressão no sentido da conformidade (*efeito de conformidade* e *desejabilidade social*).[190]

As perguntas *expectantes*, por sua vez, são aquelas em que o entrevistador indica em um segmento da pergunta qual a resposta que deseja receber. Assim, ao perguntar a uma vítima de um roubo "O ladrão te empurrou após entrar na sua casa?" não se gera qualquer expectativa de resposta; ao contrário, tal expectativa ocorre se o entrevistador acrescentar ao final da pergunta "(...), não é mesmo?".[191]

Além do formato das perguntas, a escolha das palavras é de fundamental importância para evitar a sugestionabilidade e acréscimo de informação enganosa à testemunha. Com efeito, se há demonstrado que a recordação será alterada como consequência das palavras que são utilizadas para a formulação das perguntas. A simples escolha dos verbos pode gerar uma discrepância nas respostas.[192]

A repetição das perguntas também é um fator de influência na recuperação da recordação. Como destaca Gesu, "as pesquisas acerca da utilização da técnica de repetição das mesmas

---

189 Como exemplo deste tipo de pergunta, pensemos no seguinte diálogo: "Entrevistador – Conte-me, então, o que aconteceu. Testemunha – Ia a andar no passeio e vi os veículos vermelho e preto já embatidos depois do semáforo. Entrevistador – Então você viu o carro preto passar o semáforo vermelho? Ia com muita velocidade?" (Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 69-70).

190 Tomando o exemplo anterior, seria o caso do entrevistador ter recebido através do depoimento de outra testemunha a informação de que o carro preto ultrapassou o semáforo (Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 70).

191 Id. Ibid.

192 Nesse sentido, ver o interessante estudo de Loftus e Palmer: LOFTUS, Elizabeth F; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. **Journal of verbal learning and verbal behavior**, vol. 13, 1974. p. 585-589. Disponível em https://webfiles.uci.edu/eloftus/LoftusPalmer74.pdf. Consultado em 9 de junho de 2017.

perguntas dentro de uma mesma entrevista veio a demonstrar a grande probabilidade de distorção das declarações, aumentando o risco da formação de falsas memórias".[193]

C) *Relação entre o entrevistador e a testemunha*: a sugestionabilidade da informação pode derivar da relação estabelecida entre a testemunha e o inquiridor. Nesse sentido, quando uma testemunha é inquirida por uma autoridade como um policial ou um juiz, a testemunha pode interpretar esta autoridade como cooperativa, verdadeira e não enganadora, e, assim, interpretar as declarações desta autoridade como verdadeiras, claras e relevantes (*principle of co-operativity*). Ao contrário, quando a testemunha desconfia de quem faz a pergunta (advogado da parte contrária, por exemplo), analisará com cuidado o que este diz e detectará com mais facilidade a discrepância com o que viu. Ademais, por óbvio, uma conduta neutra ou abrupta e rude do entrevistador reflete-se diferentemente na sugestionabilidade da testemunha. Estudos evidenciam que a testemunha consegue recordar com mais detalhes e precisão quando é entrevistada por um investigador com uma postura neutra.[194]

A expertise do entrevistador também pode ser um fator importante de sugestionabilidade, na medida em que os sujeitos se mostram mais suscetíveis à informação posterior quando assumem que o entrevistador é um *expert* do tema sobre o qual são questionados. Ao contrário, se o sujeito sabe que o entrevistador ignora completamente o evento, as perguntas enganosas não produzem tanto efeito.[195]

D) *O grau de capacidade expressiva da testemunha*: o grau de precisão expressiva, isto é, o grau de fidelidade e clareza com o qual a testemunha é capaz de descrever as suas impressões e representações, de modo a fazer com que os outros os sintam e compreendam como ele próprio, é um fator de grande importância a ser considerado pelo entrevistador.[196] Conquanto a testemunha possua exatidão em suas recordações, a fidelidade do testemunho estará comprometida por tal fator. Vale ressaltar que a elaboração de uma pergunta utilizando um vocabulário jurídico técnico poderá dificultar ainda mais a capacidade expressiva da testemunha.

---

193 GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**..., op. cit., p. 181.

194 Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 72-73.

195 CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba**…, op. cit., p. 189.

196 REIS, Maria Anabela Nunes dos. **A avaliação psicológica do Testemunho em Contexto Judiciário**: A influência do Tempo e das Emoções nos Componentes Mnemónicos do Testemunho. Lisboa: Faculdade de Medicina de Lisboa, 2006. p. 64. *Apud* Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**... op. cit., p. 34.

3. STANDARDS PROBATÓRIOS: POR UMA ATIVIDADE PROBATÓRIA RACIONAL

De todo o dito no capítulo anterior, é possível chegar a algumas conclusões. A primeira delas é de que o testemunho desempenha um papel fundamental na vida de qualquer pessoa. No âmbito do processo criminal não é diferente, sendo considerada a prova testemunhal a mais utilizada neste tipo de processo. Não obstante esse papel fundamental, em contextos como o de um processo criminal, por tudo que está em jogo, é necessário adotar uma posição de cautela a respeito do que é dito pelas testemunhas. Portanto, à entidade decisora cabe uma posição epistêmica de dúvida e monitoramento em relação à credibilidade do depoimento. Como visto, há uma série de fatores que podem afetar a exatidão e a fidelidade do depoimento da testemunha, ainda que de maneira inconsciente, e devem ser levados em conta pela entidade decisora, tanto na produção quanto na valoração da prova.

A maioria dos fatores a serem considerados pela entidade decisora não está sob controle do sistema judicial. Não é possível, por óbvio, que o sistema judicial controle a forma como a testemunha percebe o evento. Entretanto, a escolha do método de recuperação ou o lapso temporal entre o evento e a colheita do depoimento estão sob o controle do sistema judicial, seja por uma escolha legislativa ou pela própria conduta da entidade decisora.

Ambos os fatores, tanto os sob controle quanto os que somente possibilitam uma análise para estabelecer sua credibilidade[197], são de grande importância e relevância para o trabalho, na medida em que se busca estabelecer critérios de produção da prova testemunhal que confira a esta um valor epistêmico capaz de justificar uma decisão judicial (papel de justificação epistêmica).

197 É necessário destacar que muitas vezes os fatores de recuperação, ainda que sob controle do sistema judicial, deverão ser não somente aplicados, mas posteriormente tomados em conta pelo juiz para análise da credibilidade do depoimento. Pensemos no exemplo da decretação da prisão preventiva com fulcro no depoimento de uma testemunha em sede policial. Por obvio, o juiz deverá apreciar não somente a forma de codificação e retenção da informação, mas também o método de recuperação utilizado pelos policiais. Decorre disto a importância de que os funcionários da polícia também possuam noção dos fatores de influência, distorção e sugestionabilidade do depoimento.

Como já mencionado, a preocupação do trabalho não é o momento de valoração da prova, mas da produção e análise da sua qualidade epistêmica para vir a servir de prova, momento anterior ao da valoração. Neste sentido, é de fundamental importância estabelecer critérios racionais de controle da produção da prova e análise de sua credibilidade, com o fim de que este elemento possa ser devidamente valorado e suscetível de servir como justificação da decisão final do juiz (entidade decisora).

Neste ponto do trabalho será importante compreender como se dão os momentos da atividade probatória, embora não seja possível uma análise aprofundada de todos eles. O primeiro momento, por óbvio, receberá uma maior atenção. Após a abordagem dos três momentos, buscar-se-á analisar o primeiro momento tendo em vista as particularidades e especificidades da prova testemunhal, bem como pensar em mecanismos de controle da qualidade da produção e da análise da credibilidade da prova testemunhal.

3.1. Os momentos da atividade probatória no processo judicial

A atividade probatória se divide em três momentos logicamente distintos e sucessíveis, ainda que em processos de decisões reais possam estar entrelaçados: (i) conformação do conjunto probatório; (ii) valoração destes elementos; (iii) decisão sobre os fatos provados. Faremos uma breve análise de cada um destes momentos, a fim de esclarecer as características de cada um.

3.1.1. A conformação do conjunto probatório

O oferecimento e a prática das provas devem permitir conformar um conjunto de elementos de juízo, isto é, de provas capazes de apoiar ou refutar as distintas hipóteses sobre os fatos do caso. Aqui já é possível destacar uma especificidade da atividade probatória no âmbito jurídico: o conjunto que poderá e deverá ser levado em consideração para a tomada da decisão judicial está formado unicamente pelas provas aportadas e admitidas no processo. Disto conclui-se que o juiz não poderá levar em conta informações ou provas que disponha de forma privada ou que tendo sido aportadas foram excluídas, por exemplo, por seu caráter ilícito (*quis non est in actis non est in mundo*). Assim, no caso da prova penal, o conjunto de elementos a

valorar é um subconjunto do conjunto formado pela totalidade dos elementos disponíveis: aqueles que foram produzidos pelas partes e incorporados pelo expediente judicial.[198]

Desta forma, é preciso destacar a existência de filtros para admissão das provas no processo criminal. Conquanto o Código de Processo Penal não a mencione, a *relevância* é uma característica lógica da prova e pode ser considerada como um filtro de ordem epistemológica. Este primeiro filtro estabelece a admissão de toda prova que aporte informação relevante.[199]

Sobre o conceito de relevância, Laudan aponta:

> "A ideia central é que um elemento de juízo é relevante para a avaliação de certa hipótese somente no caso de que, sendo credível, faça com que a hipótese em questão seja mais ou menos provável do que era anteriormente. Se um elemento de juízo, ainda que seja credível, não altera nossa confiança sobre a hipótese respectiva, de um modo ou de outro (aumentando ou diminuindo sua probabilidade de que seja verdadeira), será considerado irrelevante em relação à dita hipótese".[200]

Este princípio geral de aceitação ancora-se no princípio epistemológico de que quanto mais informação relevante está à disposição de quem deve decidir, maior a probabilidade de acerto na decisão.[201]

Entretanto, é preciso ter em mente que a institucionalização do processo faz incorporar – ou possibilita – importantes exceções a este princípio geral de inclusão. Isto porque a relevância não é o único filtro existente, dado que as provas devem cumprir, por exemplo, o requisito conhecido como requisito de *admissibilidade*. Assim, para serem admitidas, as provas não somente devem ser relevantes, como também devem satisfazer uma série de requisitos adicionais.[202]

---

198 FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 42.

199 *Id. Ibid.* Sobre o requisito da relevância em nosso Processo Penal, Antonio Magalhães Gomes Filho aponta que "[e]ntre nós, embora sem uma norma genérica a respeito da exclusão de provas impertinentes ou irrelevantes, o Código de Processo Penal refere-se ao indeferimento de perícia quando *não necessária ao esclarecimento da verdade* (art. 184) e, ainda, à recusa de perguntas à testemunha *se não tiverem relação com o processo* (art. 212)". (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 132).

200 LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo…, op. cit., p. 44.

201 Sobre as críticas de Alex Stein a esta noção, ver FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional**…, op. cit., p. 80-84.

202 LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo…, op. cit., p. 45-46; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 116.

A limitação mais importante (e mais grave, do ponto de vista epistemológico) quanto aos meios de prova ocorre quando a legislação estabelece que um determinado enunciado fático só poderá ser provado por determinado meio de prova prefixado pela lei. Entretanto, como destaca Gascón Abellán, a limitação das provas pode ocorrer de outras formas: a) limitando o uso de determinadas provas já adquiridas; ou b) proibindo diretamente a aquisição (e seu subsequente uso) de certas provas. Estas proibições podem operar *ex ante*, sobre a *admissibilidade* das provas, ou *ex post*, como autênticas *regras de exclusão* do elemento de juízo que já foi incorporado ao processo com violação daquelas proibições.[203]

Estas limitações estão presentes em todos os sistemas processuais que pretendem ser minimamente garantistas, dado que muitas perseguem a tutela da liberdade e dignidade dos indivíduos. Como destaca Gascón Abellán, destas limitações poderíamos destacar dois tipos de regras em função de seu valor epistemológico ou de seu fundamento, que pode ser *epistemológico* ou *político*. Um primeiro grupo seria formado por aquelas limitações de prova que *contribuem para a averiguação da verdade* rechaçando ou subvalorando provas com baixo valor gnoseológico. São exemplos deste tipo de limitação de prova: a vedação do escrito anônimo, do testemunho indireto, da prova obtida mediante tortura[204], a inadmissibilidade (ou exclusão) da prova quando há a quebra de cadeia de custódia.[205]

Um segundo grupo seria formado por aquelas limitações que *entorpecem (ou não ajudam) a averiguação da verdade*. Em geral, são regras que, buscando primeiramente a tutela de valores extraprocessuais (ou extraepistêmicos) que se consideram relevantes, fazem prevalecer estes frente às exigências processuais de averiguação da verdade. São exemplos deste tipo de regra: a proibição da prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVII, CFRB; art. 157, CPP), a dispensa do dever de depor como testemunha por razões de parentesco (206, CPP) ou a proibição de depor em razão da função, ministério, ofício ou profissão (207, CPP).

Destaca-se aqui que a proibição da prova obtida por meios ilícitos não requer regulação expressa, pois deriva da especial resistência dos direitos fundamentais diante de atos do poder

---

203 GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 116-117.

204 Ainda que a proibição de prova obtida através de tortura tenha como principal fundamento a proteção da vida e da dignidade humana, não há dúvidas de que contribui também para evitar a possível obtenção de uma "verdade distorcida", possuindo, assim, um fundamento epistemológico.

205 GASCÓN ABELLÁN, Marina**. Los hechos en el derecho**. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 116-117

contrários a eles e da necessidade de anular os efeitos que estes atos possam surtir. Entretanto, esta proibição, ainda que constitua uma importante garantia de liberdade do indivíduo, não deixa de ser uma garantia contraepistemológica.[206] Nesse sentido, Gascón Abellán destaca:

> "A prova ilicitamente obtida coloca sempre o dilema de ter que optar pela averiguação da verdade ou pela garantia da liberdade; e obviamente sua rejeição (ou sua proibição) supõe a opção pela proteção da liberdade em detrimento da averiguação sem restrição da verdade: a verdade não pode ser investigada a qualquer preço."[207]

Bentham e seus seguidores, normalmente adeptos da denominada teoria racionalista da prova, vinculados à ideia de prova livre (*free proof*), defendem a abolição destas regras de limitação probatória. Estes autores defendem que o único filtro a ser utilizado deve ser o da relevância da prova, com fundamento na já mencionada regra epistemológica que indica a inclusão de toda prova relevante.

Neste primeiro momento da atividade probatória, além da análise dos mencionados filtros probatórios, outra importante função diz respeito ao controle dos procedimentos sobre a prática da prova. Isso porque a riqueza do conjunto probatório sobre o qual o juiz tomará a decisão de dar ou não os enunciados fáticos como provados não depende apenas da quantidade de elementos.

Com efeito, o grau de corroboração de uma hipótese deverá ser determinado no momento da valoração da prova, mas também deve conformar-se durante a prática da prova. Nesse sentido, Jordi Ferrér Beltrán aponta:

> "Uma hipótese terá um nível de corroboração maior quanto maiores sejam os controles e desafios que foram submetidos, havendo-lhes superado com êxito (POPPER, 1935: 247-250). Será tarefa das partes e, se for o caso, do juiz submeter a ou as hipóteses fáticas a estes controles e desafios. Em grande parte, tratar-se-á de aplicar neste momento da conformação do conjunto de elemento de juízo a metodologia de corroboração de hipóteses".[208]

Na busca de uma decisão que não esteja no campo da crença, mas da convicção (esta entendida como uma crença corrigida), este momento é de fundamental importância. Como se

206 *Ibid.* 119-120.
207 *Ibid.* 120.
208 FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 86-87.

verá, o principal mecanismo epistemológico capaz de constranger a evidência e fornecer provas aptas a atuar na atividade de justificação epistêmica da decisão judicial é o contraditório. A ausência de controles procedimentais nesta fase pode tornar ineficiente o mecanismo do contraditório e aproximar a prova produzida da categoria da evidência, estudada no primeiro capítulo.

A ausência de mecanismos de efetivo controle e desempenho do contraditório levará a uma insuficiente correção e, consequentemente, aos efeitos alucinatórios da evidência, que comprometerão tanto a análise da credibilidade e qualidade epistêmica da prova quanto a valoração das provas e decisão final proferida pelo juiz. No ponto 3.2 voltaremos a tratar desta importante atividade de controle dos procedimentos da prática de prova.

3.1.2. A valoração da prova

Após conformado todo o conjunto probatório que será utilizado pelo juiz para tomar a decisão sobre a causa, chegará o momento de valorar o apoio empírico que estes elementos oferecem individual e conjuntamente às diversas hipóteses fáticas disponíveis sobre o fato.

O primeiro ponto a ser destacado nesta fase é que a valoração da prova não se realiza apenas neste momento. Por certo, existe uma valoração *in itinere* realizada pelo julgador durante a prática de prova, por exemplo, no que diz respeito à decisão de ordenar ou não a produção de uma prova requisitada pela parte sobre a fiabilidade de outra prova já produzida. Conquanto o juiz realize esta tarefa no momento probatório anterior, é preciso ter em mente que esta tem por objetivo detectar insuficiências a respeito do peso ou da riqueza do conjunto probatório. Por outro lado, quando se fala na valoração da prova neste segundo momento tem-se em mente o objetivo de determinar o grau de corroboração que um elemento ou um conjunto probatório oferece a cada hipótese fática em conflito.[209]

Para uma melhor compreensão desta tarefa é interessante entender a noção de *probandum* final e *probandum* penúltimo oferecida por Twining, Schum e Anderson. Em breves linhas, os autores destacam que o *factum probandum* final, isto é, o enunciado fático que compõe a

209 *Ibid.* p. 91.

premissa menor do silogismo jurídico, pode ser (raramente) uma proposição simples ou (usualmente) composta, sendo possível dividir esta última em várias proposições simples. No segundo caso, cada uma destas proposições simples (*probandum* penúltimo) necessita ser provada para assim provar o *probandum* final.[210]

Os autores explicam que qualquer elemento de prova diretamente relevante deve ser vinculado a um *probandum* penúltimo através de uma cadeia de inferências. A força probatória (ou peso probatório) de um elemento depende da força de cada ligação desta cadeia inferencial. Já a força probatória do conjunto de provas requer que a força probatória de cada uma das cadeias inferenciais seja avaliada e que as avaliações individuais sejam combinadas para determinar o valor probatório líquido de todo o conjunto em relação ao *probandum* final.[211]

Há diversas maneiras de avaliação da força de um elemento de prova ou de um conjunto probatório. Trata-se, entretanto, de uma temática de extrema complexidade que não será possível abordar no presente trabalho.[212]

3.1.3. O momento da decisão

O terceiro momento da atividade probatória corresponde à tomada de decisão. Após a valoração da prova, momento em que se determinou um grau de corroboração de cada uma das hipóteses fáticas em disputa, será preciso decidir se e qual enunciado fático final (*factum probandum* final) pode ou não ser declarado provado com o grau de confirmação que se disponha. Entretanto, é preciso ter em mente que este grau de confirmação nunca será de absoluta certeza.[213]

Esta decisão, portanto, dependerá do standard probatório de decisão que se adote. Reconhecida, portanto, a incapacidade de se chegar a uma certeza absoluta, em virtude da

---

210 ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. Análisis de…, op. cit., p. 95-96.

211 *Ibid.* p. 107.

212 Sobre o tema, ver: ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de**…, op. cit., p. 277-284 e 303-320; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional**…, op. cit., p. 93-138.

213 Nesse sentido, Badaró: "Por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, é impossível chegar à certeza absoluta do fato. A certeza absoluta, decorrente de um juízo lógico, como a certeza que se pode chegar no campo da lógica formal, jamais será atingida pelo juiz. [...] A prova nunca dará ao juiz certeza, mas somente uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos". (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 30-31).

própria falibilidade dos instrumentos probatórios e da natureza do conhecimento humano, é preciso reconhecer, por consequência, a possibilidade de produção de erros. Com efeito, a adoção de um standard probatório está ligada à ideia de distribuição do risco desses erros.

Os standards probatórios de decisão nada mais são do que critérios orientadores que indicam quando é possível afirmar que um fato está provado, isto é, critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira uma hipótese.[214]

A sua relação com a distribuição de erros se dá na medida em que a escolha deste standard, ou seja, o nível de corroboração a ser alcançado, indicará o quão tolerável é cada tipo de erro.[215] Essa escolha, por óbvio, não cabe à epistemologia. Trata-se, como adverte Taruffo, de uma decisão de natureza ética ou ética-política.[216] No âmbito do processo penal, a maioria dos sistemas jurídicos opta por tolerar mais a inocência de um culpado do que a condenação de um inocente. Por este motivo, normalmente adota-se um standard probatório alto, aliado, claro, ao ônus da prova nas mãos da acusação.

São exemplos de standards probatórios de decisão, por exemplo, a "prova acima da dúvida razoável", normalmente vinculado aos processos criminais, e a "preponderância de prova", ligado ao processo civil.

A temática dos standards probatórios de decisão também envolve uma série de discussões sobre a possibilidade de formulação em termos subjetivos ou objetivos, bem como na escolha dos critérios. Não será possível, entretanto, desenvolver esta discussão no presente trabalho.[217]

---

[214] GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, vol. 28, 2005. p. 129. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Consultado em 05 de fevereiro de 2017.

215 Sobre esta relação, ver, entre outros: AGUILERA GARCÍA, Edgar R. El concepto de estándar de prueba. **Revista Del Posgrado em Derecho de la UNAM**, vol. 4, nº. 6, 2008. p. 91-114. Disponível em https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/. Consultado em 05 de fevereiro de 2017; BAYÓN, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no Benthamiano. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, vol. 2, nº. 4. Colombia: Universidad de Cartagena, 2010. Disponível em http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252. Consultado em 02 de março de 2017.

216 TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: GOMERO, Santiago Ortega (ed.). **Proceso, prueba y estándar**. Lima: ARA, 2009. p. 48.

217 Ver, entre outros, LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, vol. 28, 2005. p. 95-113. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Consultado em 05 de fevereiro de 2017. Ver também: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, vol. 353, jan-fev. 2001, p. 15-48. Rio de Janeiro: Forense.

3.2. O contraditório como controle da produção da prova testemunhal

A maior parte das distorções epistêmicas na produção da prova testemunhal ocorre na fase da produção da prova. Seja pelo modelo de recuperação adotado, pela escolha de perguntas que oferecem informação sugestiva à testemunha ou mesmo por ignorar os fatores que influenciam os momentos de codificação e retenção, a produção da prova testemunhal pode ser facilmente contaminada pelo registro da evidência.

Na busca por uma prova de qualidade, capaz de desempenhar o papel de justificação epistêmica da decisão do juiz, é de fundamental importância pensar em mecanismos epistêmicos capazes de controlar e garantir que a prova testemunhal seja produzida conforme critérios e padrões racionais.

Nesse sentido, é possível dizer que o princípio do contraditório constitui o principal mecanismo de constrangimento da evidência. Afinal, como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a evidência institui um desamor ao contraditório.

Quanto ao princípio do contraditório, é possível afirmar que este atua como a mais abrangente garantia processual em relação à proteção das partes. Conquanto seja possível falar de sua concepção lógico-filosófica, se caracterizando como um valor político-ideológico e uma opção de civilidade, bem como, sob uma ótica sociológica, de sua função legitimadora, sua grande importância aqui tem relação com o seu valor heurístico: o contraditório constitui a metodologia mais adequada tanto para a completa apuração dos fatos quanto para a justa aplicação do direito. Conforme indica Gomes Filho, a partir das lições de Carnacini, se o processo serve às partes, por sua vez as partes também servem ao processo.[218]

Nesta mesma senda, Ferrer Beltrán aponta:

> "O princípio do contraditório opera permitindo quatro tipos de controles probatórios: 1) O controle sobre a correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas sobre a admissão da prova (i. e., o princípio de admissão de toda prova relevante e as exceções

218 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Neste mesmo sentido, Ferrén Beltrán sustenta que "a prática de prova em cumprimento do princípio do contraditório é (também) uma garantia epistemológica para a determinação da verdade dos enunciados" (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional**...., op. cit., p. 87 [Nota de rodapé 50]).

> estabelecidas pelas regras de exclusão); 2) A prática de prova de forma contraditória, isto é, permitindo a intervenção das partes na mesma; 3) A possibilidade de propor provas contrárias às oferecidas pela outra parte processual, de modo que permita derrotar estas e/ou corroborar uma hipótese fática distinta e incompatível; 4) A possibilidade de propor provas de segunda ordem (ou provas sobre a prova) que
> impugnem a fiabilidade de provas oferecidas pela outra parte."[219]

Sem dúvidas, o princípio do contraditório na produção da prática de prova opera de forma mais clara e efetiva no momento de realização do exame cruzado das testemunhas. A possibilidade de que ambas as partes realizem perguntas às testemunhas desempenha um fundamental e útil papel epistemológico, na medida em que podem questioná-las a respeito de uma informação que venha a corroborar as suas hipóteses fáticas ou por em questão a fiabilidade do conteúdo do depoimento ou da própria testemunha.[220]

Sobre as outras duas possibilidades – *proposição de provas contrárias* e *proposição de prova sobre a prova* (*prova de segundo plano*) –, necessário se faz tecer algumas considerações. Um primeiro ponto a destacar é que a finalidade destas duas atividades está no enriquecimento do conjunto probatório, tanto quantitativa quanto qualitativamente. Isto porque constituem oportunidades para o desafio das hipóteses e também para a corroboração (ou derrota) da qualidade epistêmica da prova testemunhal produzida. A proposição de prova contrária busca diretamente a falsificação de uma hipótese ou a corroboração de uma hipótese fática distinta incompatível com a anterior. Por sua vez, a prova sobre a prova busca um controle sobre a fiabilidade das provas existentes, que a confirme ou a refute. A prova sobre a prova, portanto, não versa nem direta e nem indiretamente sobre os enunciados fáticos em questão, mas sim sobre outras provas.[221]

A importância da prova sobre a prova diz respeito à valoração individual da prova, isto é, na determinação do grau de fiabilidade (ou credibilidade) que esta oferece. Necessário pontuar que a determinação do grau de fiabilidade é uma etapa de fundamental relevância para a atividade probatória, como se verá em breve. O correto desempenho nesta etapa, portanto, está essencialmente ligado à possibilidade de propositura da prova sobre a prova.

---

219 FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional**...., op. cit., p. 87-88.
220 *Ibid*. p. 88.
221 *Ibid*. p. 89.

A respeito da prova sobre a prova é preciso ponderar duas questões. A primeira delas possui um caráter lógico: a conveniência ou necessidade de uma prova deste tipo se aprecia no momento da produção da prova que será objeto desta prova. A segunda ponderação tem a ver com o filtro da relevância, abordado anteriormente. Uma prova deste tipo não permite fundar alguma inferência acerca da veracidade ou não dos enunciados fáticos em disputa no caso, não cumprindo, portanto, o requisito da relevância. Entretanto, embora não cumpra o requisito da relevância, estas provas possuem um importante papel epistemológico na medida em que impactam a força ou a debilidade das ligações das cadeias de raciocínio determinadas pelas provas relevantes.[222] Por este motivo, Twning, Schum e Anderson as definem como *provas indiretamente relevantes* (ou *prova auxiliar*).[223]

3.3. A credibilidade da prova testemunhal

Quando nos referimos à credibilidade da prova, nos referimos ao seguinte questionamento: "Em que medida se pode crer no que diz esta prova?". Em outras palavras, neste momento questiona-se a fiabilidade da prova. Este juízo não se confunde com a valoração da prova, momento posterior ao da análise da credibilidade. Isto porque, diferente do questionamento anteriormente apresentado, no momento da valoração da prova já se admitiu possível crer no que diz a prova, sendo o momento de analisar em qual grau a prova e o conjunto probatório oferecem um apoio empírico a cada hipótese.

Por certo, os atributos de credibilidade da prova testemunhal diferem dos atributos de credibilidade de uma prova documental. Além, obviamente, da fonte de conhecimento que a testemunha tem sobre o fato – questão que não nos interessa aqui, conforme já estabelecido no início do segundo capítulo –, Twning, Schum e Anderson destacam três atributos da prova testemunhal que necessitam ser levados em conta na avaliação da credibilidade da prova testemunhal: veracidade, objetividade e sensibilidade sensorial.[224]

---

222 *Ibid.* p. 89-90.

223 ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de**…, op. cit., p. 98.

224 Ibid. p. 98-102. Sobre as especificidades dos atributos para valoração da prova testemunha, vale lembrar a já mencionada passagem de Carnelutti: "enquanto, o documento é uma coisa, a testemunha é um homem; um homem com seu corpo e com a sua alma, com seus interesses e com as suas tentações, com as suas lembranças e com os seus esquecimentos, com a sua ignorância e com a sua cultura, com a sua coragem e com o seu medo...". CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do**..., op. cit., p 49..

Sobre o primeiro atributo, necessário se faz uma breve consideração a respeito da própria terminologia: parece-nos mais adequado a utilização do termo sinceridade para designar o que se pretende, isto é, o depoimento intencionalmente distorcido pela testemunha (mentira). Com efeito, os autores têm em mente, ao se referir a este atributo, o fato da testemunha ter sido ou não sincera durante seu depoimento.

Conforme já havia sido sublinhado, não nos deteremos sobre a avaliação da mentira aqui por considerar esta análise em certo grau inócua. Concordamos com Manzanero quando este diz:

> "Sobre a mentira só podemos especular acerca das possíveis motivações da testemunha para ocultar ou distorcer o ocorrido, já que dificilmente poderemos afirmar que uma testemunha mente a não ser que a testemunha confesse. (...) As características do nosso sistema cognitivo fazem com que a maior parte das inexatidões que encontramos nos depoimentos das testemunhas se dê mais por erros do que por mentiras. As testemunhas podem equivocar-se e estar absolutamente convencidas de que ocorreram determinadas coisas que jamais ocorreram."[225]

Com efeito, Manzanero alerta para a possibilidade mais constante de distorção no depoimento da testemunha: o erro inconsciente denominado de incompetência honesta. A própria validade epistêmica das provas auxiliares capazes de questionar a sinceridade da testemunha nos parece questionável.[226]

Pelo atributo da objetividade, os autores consideram a seguinte pergunta: sobre que bases a testemunha formou suas crenças? Aqui o problema se planta na discussão já apresentada sobre a objetividade do testemunho. Conquanto a própria percepção do evento tenha um caráter subjetivo em decorrência da própria atividade interpretativa do sujeito, a questão aqui é saber se a crença da testemunha tem como base aquilo que percebeu ou aquilo que ela supõe ou deseja que tenha ocorrido. Neste ponto, os autores se preocupam tanto com as expectativas quanto

---

225 MANZANERO PUEBLA, Antonio L.; LUIS GONZÁLEZ, José. Modelo Holístico de Evaluación de la Prueba Testifical. **Papeles del Psicólogo**, vol. 36, nº. 32, 2015. p. 127. Disponível em https://www.researchgate.net. Consultado em 06 de junho de 2017.

226 Os autores citam como provas auxiliares (prova sobre a prova) aptas a refutar a sinceridade (veracidade) da prova testemunhal: condenação por delitos relacionados com a falta de honestidade; outras más condutas relacionadas à falta de honestidade; prova de caráter relativa a honestidade; influência/corrupção entre testemunhas; comportamento e atitude etc. ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. **Análisis de la**… op. cit.,, p. 98.

com os fatores de retenção, mas também com as distorções na própria objetividade – se assim for possível dizer – da percepção.[227]

Por fim, os autores mencionam o atributo da sensibilidade sensorial. Com isto eles têm em mente o seguinte questionamento: quão boa foi esta prova sensorial da testemunha? Os autores não se preocupam apenas com a capacidade sensorial das testemunhas, isto é, se a testemunha possui capacidades sensoriais adequadas, mas também com as condições físicas gerais no momento em que ocorreu a observação.[228]

Embora não nos pareça ser a melhor abordagem dos atributos da credibilidade da prova testemunhal, a grande contribuição dos autores é o alerta para a necessidade de o ordenamento jurídico de possibilitar às partes oferecer estas provas sobre a prova testemunhal, chamadas por eles de prova auxiliar, para que refutem ou corroborem a credibilidade desta prova.

Consideramos aqui que o melhor modelo de avaliação da credibilidade da prova testemunhal seja o proposto por Manzanero, denominado de Modelo Holístico de Avaliação da Prova Testemunhal (HELPT). Embora se trate de um procedimento complexo, não apenas avaliativo, mas também prescritivo de um modelo de entrevista, esta proposta leva em consideração a análise de três fatores, os dois primeiros já mencionados no trabalho: (i) fatores da testemunha; (ii) fatores do evento; (iii) fatores do sistema.[229]

Por fatores do sistema consideram-se as seguintes variáveis: idade, capacidade intelectual, estereótipos, ansiedade, estado mental, habilidades sensoriais etc. Na avaliação destas variáveis é preciso ter em mente que cada pessoa codifica a informação e interpreta de acordo com suas diferenças individuais, onde desempenham importante papel as experiências, conhecimentos e variáveis pessoais.[230]

Por fatores do evento têm-se em mente as condições perceptivas no momento do evento, o tipo de informação solicitada, a familiaridade com o tipo de evento, a frequência de ocorrência

---

227 *Ibid.* p. 102.
228 *Ibid.*
229 SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez…, op. cit., p. 141.
230 *Ibid.*

do evento, o tipo de evento etc. Aqui é preciso levar em consideração as próprias características do evento.[231]

Por fim, quando os autores se referem aos fatores do sistema, se referem a todas as variáveis que podem afetar os testemunhos desde o momento em que ocorre o evento até o momento da recuperação da informação, como, por exemplo, o lapso temporal, a recuperação múltipla, o formato de recuperação, a multiplicidade dos eventos e a informação pós-evento.[232]

Este método de análise sistemático tem o condão de obter a maior quantidade possível de informação relevante sobre os fatos e seus autores, os antecedentes e suas consequências.[233] Assim, Scott e Manzanero exemplificam e oferecem guias para estes questionamentos.

Quanto aos *antecedentes gerais*, seria possível formular as seguintes perguntas: Qual o delito em questão? Quando supostamente ocorreu? Quem é a pessoa acusada? Que relação o acusado possui com a testemunha? Existem declarações anteriores desta testemunha no processo em causa? Se sim, qual foi o conteúdo? Quando a testemunha mencionou a ocorrência do delito pela primeira vez? A quem ela mencionou? Foi um relato espontâneo ou se deu através de perguntas específicas? Quanto tempo foi depois do evento? Como respondeu o acusado ao relato? Houve modificações na declaração desde o primeiro depoimento? Se sim, quais foram as mudanças? É possível relacionar estas mudanças com eventos específicos?[234]

Em relação aos *fatores da testemunha*, é possível ter em mente os seguintes questionamentos: O que se sabe da testemunha? Gênero, idade, educação, cultura...? Avaliação da capacidade para testemunhas: Qual a sua capacidade expressiva verbal, capacidade cognitiva, qualidade das recordações e avaliação de conhecimentos prévios ao delito? Como é a qualidade das suas recordações autobiográficas? Existe algum indício de que a testemunha possui alguma deficiência intelectual que poderia ser relevante em relação ao evento em questão? Há indícios de problemas emocionais ou comportamentais que poderiam distorcer a sua declaração? Poderia se esperar algumas inexatidões, devido a circunstâncias situacionais

---

231 *Ibid.*

232 *Ibid.* p. 141-142.

233 MANZANERO PUEBLA, Antonio L.; LUIS GONZÁLEZ, José. Modelo Holístico de…, op. cit.,. p. 129.

234 SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez…, op. cit., p. 142.

(por exemplo, estresse, lapso temporal, eventos repetitivos) ou incapacidades cognitivas (por exemplo, capacidades verbais limitadas)? Existem conhecimentos prévios que poderiam interferir na declaração (preparação para a declaração, conhecimento das declarações anteriores)? Qual o grau de envolvimento da testemunha com os fatos denunciados? Existe algum antecedente de consumo de drogas ou outra situação que poderia alterar seu estado mental?[235]

Em relação aos fatores do evento, seria possível perguntar: São avaliadas as condições perceptivas, visuais ou auditivas da testemunha (distância, iluminação, ruído)? Quanto tempo durou o evento? Foi um evento único ou reiterado? Que tipo de atenção prestou a testemunha aos detalhes do evento? Houve algo especialmente chamativo nos fatos ou nos autores? A testemunha tinha experiência e conhecimentos prévios com fatos similares ao evento em questão? Quais são as características do delito em questão? Existiu violência? Quais detalhes recorda do evento?[236]

Por fim, na análise dos fatores do sistema, seria possível formular as seguintes perguntas: Quanto tempo transcorreu desde a ocorrência do fato até o momento da testemunha depor? Quando a testemunha relatou os fatos pela primeira vez? A quem relatou? Em que ocasião? Quantas vezes a testemunha teve de contar o ocorrido? A quantas pessoas? Que tipo de formato de recuperação se utilizou? Narrativas ou interrogatórias? As perguntas que foram formuladas à testemunha foram abertas ou fechadas? Qual a relação entre as pessoas que perguntaram e a testemunha? Que informação prévia possuía a testemunha? Que informação posterior recebeu direta ou indiretamente sobre os fatos investigados? Há informação de que tenha ocorrido a possibilidade de influências sugestivas para a testemunha? Existem elementos que poderiam ter contaminado a prova testemunhal? Quais?[237]

Por óbvio não se imagina que os juízes ao momento de analisar a credibilidade da prova testemunhal levem a cabo todas essas perguntas. O que se pretende destacar aqui são quatro questões: (i) a necessidade de uma posição epistêmica crítica e de monitoramento por parte do juiz, (ii) a necessidade de um efetivo contraditório que possibilite produzir provas auxiliares

---

235 *Ibid.*
236 *Ibid.* p. 142-143
237 *Ibid.* p. 143.

(prova sobre a prova testemunhal) a fim de questionar ou corroborar a fiabilidade, isto é, a credibilidade da prova testemunhal, (iii) a importância de uma análise ampla dos fatores que influem na qualidade da prova testemunhal, (iv) inviabilidade de um padrão totalmente objetivo da análise da credibilidade da prova testemunhal, conquanto seja possível uma análise racional.

3.4. Standards probatórios para a produção e análise da prova testemunhal

Primeiramente, cabe destacar que a noção que aqui se apresentará de standard de prova em relação à produção e análise da prova testemunhal não é a mesma apresentada quando tratamos dos standards probatórios de decisão (ponto 3.1.3). Não obstante a diferença entre estas noções, é possível dizer que ambas são oriundas – aqui não nos referimos apenas à terminologia, mas ao conteúdo – da concepção de standards de prova.

Como destaca Binder, os standards são regras orientadoras fortes que aparecem como o caminho mais adequado para avançar na limitação da discricionariedade no processo. Por standards probatórios podemos ter em mente, portanto, a concepção de regras orientadoras fortes para a atividade probatória como um todo – incluo aqui as três fases estudadas no capítulo.[238]

Binder alerta para o fato de que historicamente prestou-se muita atenção à exposição racional da construção do fato, isto é, da fundamentação da sentença, mas não na racionalidade da própria construção. O grande problema, como destaca o autor, é que se torna impossível valorar e controlar esta fundamentação se não for possível contar com critérios objetivos capazes de fornecer embasamento para realizar esta crítica.[239]

Nesta senda, o jurista argentino chama atenção para a necessidade do estabelecimento de um conjunto de critérios objetivos que regulem o processo de valoração da prova. Embora Binder se refira expressamente à valoração da prova, o dito certamente se aplica à produção da prova e da análise da credibilidade do elemento de prova, uma vez que a produção da prova

238 BINDER, Alberto M. Prólogo. In: SCHIAVO, Nicolás. **Valoración racional de la prueba en materia penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2013. p. III.
239 *Ibid.* p. II e III.

através de mecanismos irracionais e uma análise pobre e acrítica da credibilidade da prova podem (e certamente irão) refletir na irracionalidade da valoração e da decisão.

É nesse sentido, por entender que a complexa tarefa de escolha da maneira como a prova testemunhal será produzida, bem como a eficiência do contraditório (através tanto do formato de recuperação quando da possibilidade de prova sobre a prova) e a análise da credibilidade, não podem ficar a cargo unicamente de critérios subjetivos do juiz.

Em relação especificamente à análise da credibilidade da prova testemunhal, Michelle Taruffo é certeiro ao afirmar que:

> "Há, em consequência, ótimas razões para sustentar que a valoração vinculada à credibilidade de uma testemunha não seja demonstrável no sentido rigoroso do termo. Contudo, não parece impossível deduzir que se pode valorar a credibilidade de uma testemunha, mediante uma operação inspirada nos critérios de controle racional ou em justificações racionais elaboradas pelo próprio juiz. Ainda que se trate de uma atividade difícil e complexa, a apreciação da credibilidade de uma testemunha se pode desenvolver conforme critérios de controle e, portanto, de justificação racional. A dificuldade provém da individualização e o emprego correto destes critérios, mas isto não implica que a valoração da credibilidade da prova não se configure como uma atividade racional e, por isto, controlável. Caso contrário, a valoração do juiz ficaria vinculada a atitudes meramente subjetivas, quer dizer, aos seus preconceitos e a sua idiossincrasia".[240]

Com efeito, me parece que a melhor maneira de controlar esta racionalidade é através de estabelecimento de standards para a decisão sobre a credibilidade. Todavia, como já exaustivamente abordado, a decisão sobre a credibilidade dependerá tanto da regulação da prova testemunhal, que refletirá, por óbvio, em sua produção, quanto de um efetivo contraditório.

Conquanto possa parecer que o que se objetiva com a instauração de standards probatórios seja estabelecer critérios extremamente objetivos ou fórmulas matemáticas, não é isso que se tem em mente. Um exemplo interessante na legislação estrangeira se encontra no Código de Processo Penal colombiano, que, ao tratar da prova testemunhal, estabelece:

> **Artículo 402**. *Conocimiento personal.* El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento

240 TARUFFO, Michele. Anexos: Función de la prueba: la función demostrativa. In: **Proceso y decisión**: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 247.

> personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.
> **Artículo 403**. *Impugnación de la credibilidad del testigo.* La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:
> 1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
> 2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
> 3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
> 4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
> 5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
> 6. Contradicciones en el contenido de la declaración.
> **Artículo 404**. *Apreciación del testimonio.* Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.[241]

Conquanto seja possível questionar alguns critérios, o modelo do Código de Processo Penal colombiano é um bom exemplo de possibilidade de estabelecer standards que possam orientar não somente o juiz, mas também as partes na produção da prova testemunhal. Isto porque oferece tanto critérios para o oferecimento de provas que refutem a credibilidade da testemunha quanto critérios para que o próprio juiz analise de forma racional o depoimento da testemunha. O rol não é (e nem deveria ser) taxativo, mas oferece importantes guias para o juiz.

Ao compararmos os dispositivos mencionados com os do Código de Processo Penal brasileiro, fica evidente a insuficiência da regulação processual da prova testemunhal em nosso ordenamento. Esta situação é sem dúvidas prejudicial na busca por um modelo racional de averiguação dos enunciados fáticos em disputa.

Neste sentido, vale mencionar as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

> "A regulamentação das formas processuais, quando bem aplicada, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na

[241] COLÔMBIA. Lei nº. 906, de 31 de agosto de 2004. **Código de Procedimento Penal**. Disponível em: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion30901.pdf. Consultado em 14 de junho de 2017.

> série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir".[242]

Não obstante a discordância quanto ao alcance da verdade, é possível concordar com os autores de que a regulamentação das formas processuais constitui um importante mecanismo de controle na busca de uma atividade probatória direcionada à reconstrução racional dos fatos em disputa.

Vale ressaltar a improdutividade de uma regulação da prova testemunhal que possibilite e crie bons mecanismos de controle pelas partes, auxiliando o juiz na análise da credibilidade, além de indicar guias racionais para tanto, mas que abrisse espaço para que a própria atividade de recuperação, isto é, a tomada do depoimento do testemunho, se realizasse de forma irracional.

Assim, é possível afirmar que para a produção e análise da prova testemunhal torna-se necessário o estabelecimento de um modelo racional e bem delimitado de recuperação, com mecanismos que possibilitem participação efetiva das partes (produção de prova sobre a prova) e standards que orientem tanto a atividade das partes quanto do juiz no momento de avaliação da credibilidade.

---

[242] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 17.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início, o trabalho se apresentou no sentido de considerar a prova como um elemento capaz de atuar na tarefa de justificação epistêmica da decisão judicial. Em outras palavras, a prova deve servir como uma justificativa (boas razões epistêmicas) para a aceitação ou não da veracidade de um enunciado fático. Com efeito, somente as provas possibilitam fornecer um conhecimento seguro sobre enunciados fáticos, afastando o sujeito (juiz/entidade decisora), do campo da mera crença.

A grande questão reside em saber em que medida um dado elemento pode ser considerado um elemento de prova, isto é, atuar nesta função de justificação epistêmica. Por óbvio, a pergunta que se coloca diz respeito ao questionamento sobre a qualidade epistêmica da prova, mas também à possibilidade de contaminação desta pelo registro da evidência.

Sendo essa a sua principal função, importa saber se o testemunho de uma pessoa pode desempenhar tal papel. Como visto, nesta análise, diversos autores optam por uma visão cética e pessimista em relação à prova testemunhal, normalmente em decorrência da sua inerente falibilidade.

Entretanto, como visto, o testemunho de terceiros desempenha um papel fundamental na vida de qualquer pessoa. A nossa própria sobrevivência como seres sociais depende da aceitação do testemunho de outras pessoas. Seria inimaginável, por exemplo, pensarmos em verificar empiricamente, a partir de nossos próprios sentidos, tudo aquilo que aceitamos como verdadeiro.

O problema se põe, portanto, não na própria qualidade do testemunho como forma de conhecimento, mas no grau de desconfiança que o ouvinte deve adotar em um contexto específico. Em contextos como o de um processo criminal, há boas razões para que o ouvinte (juiz) analise com cautela a aceitação do que declara a testemunha. Assim, a posição epistêmica mais adequada a ser adotada pelo juiz é o da desconfiança e de monitoramento constante.

Como observou-se durante o trabalho, a memória humana não opera como um gravador que registra de forma completa e exata o evento. Há diversos fatores que influenciam a memória, tanto na fase da codificação quanto nas fases de retenção e recuperação da informação. A influência destes fatores, por certo, não depende unicamente da testemunha, havendo fatores de influência internos e externos, evitáveis ou não evitáveis. De uma forma ou de outra, estes fatores irão incidir na qualidade das recordações e em sua possível recuperação. Contudo, se a memória não é perfeita, também não pode ser considerada de toda distorcida. Afinal, como alude Manzanero, tudo o que somos é memória.

O desafio que se apresenta é o de pensar tanto em mecanismos de produção da prova testemunhal que atuem na redução destas distorções quanto em mecanismos de análise destes fatores que possam influenciar na credibilidade desta prova. Levando em conta a própria complexidade envolvida na temática da prova testemunhal, considera-se que a melhor maneira de assegurar que estas atividades ocorram de maneira racional é através do estabelecimento de standards (entendidos como regras orientadoras fortes) probatórios.

A adoção de standards para a avaliação da credibilidade da prova testemunhal é de fundamental importância na medida em que uma má avaliação neste momento poderá comprometer a própria valoração das provas.

Embora não seja possível estabelecer critérios extremamente fechados (e nem seria recomendado), durante o próprio trabalho foram apresentados diversos fatores que influem na credibilidade da prova testemunhal. O grande número e complexidade destes fatores impõe uma análise global de todo o contexto: os antecedentes gerais, as variáveis da própria testemunha, as características do evento e as variáveis do sistema. A análise global de todos os fatores de influência permite uma visão ampla da credibilidade da prova testemunhal.

Contudo, o êxito desta complexa tarefa depende também da participação das próprias partes no oferecimento de provas auxiliares (prova sobre a prova) que corroborem ou refutem a prova testemunhal.

Assim, diante dos inúmeros fatores que podem influenciar e distorcer a qualidade da prova testemunhal, a posição que nos parece mais correta não é de um abandono e nem de uma

visão pessimista a respeito desta, mas sim a adoção de critérios e bases sólidas de análise, que, entretanto, não podem ficar apenas a cargo da subjetividade do juiz.

Desta forma, conclui-se que a adoção de standards que norteiem essas atividades possa ser um bom mecanismo de controle da qualidade e auxílio para uma produção e avaliação racional da prova testemunhal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUILERA GARCÍA, Edgar R. El concepto de estándar de prueba. *Revista Del Posgrado em Derecho de la UNAM*, vol. 4, nº. 6, 2008. Disponível em https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/. Consultado em 05 de fevereiro de 2017.

ALONSO-QUECUTY, María L. Mentira y testimonio: El peritaje forense de la credibilidad. *Anuario de psicología jurídica*, vol. 1, 1991. Disponível em http://www.copmadrid.org/web/. Consultado em 04 de junho de 2017.

ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária, Personagens do Processo Penal. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2003

ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. Memória. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. Análisis de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Los 'Hechos' em la Sentencia Penal. México: Fontamara, 2007.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Instituiciones de derecho procesal penal. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BAYÓN, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no Benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo,* vol. 2, nº. 4. Colombia: Universidad de Cartagena, 2010. Disponível em http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015 (Originalmente publicado em 1764).

BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence*. Tomo II, livro VII. London: M. Dumont, 1825. p. 226.

_____. *The Introductory View of the Rationale of Evidence*. In: BOWRING, John (ed.) T*he Works of Jeremy Bentham*, vol. 6. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6/simple. Consultado em 17 de abril de 2017.

BINDER, Alberto M. Prólogo. In: SCHIAVO, Nicolás. Valoración racional de la prueba en materia penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2013. p. III.

Black's Law Dictionary. Estados Unidos da América: Thomson, 2006.

BOGHOSSIAN, Paul. O Medo do Conhecimento: contra o relativismo e o construtivismo. Lisboa: Gradiva, 2015.

CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 3ª ed. Leme: EDIJUR, 2015.

_____. Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale. Vol. XX. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1965.

CARVALHO, Affonso José de. Inquirição Cível. São Paulo: Saraiva & C, 1924.

COADY, C. A. J. Testimony and Observation. *American Philosophical Quarterly*, vol. 10, nº. 2, 1973, pp. 150. Disponível em: www.jstor.org. Consultado em 29 de maio de 2017.

COLÔMBIA. Lei nº. 906, de 31 de agosto de 2004. Código de Procedimento Penal. Disponível em: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion30901.pdf. Consultado em 14 de junho de 2017.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. La valoración de la prueba de interrogatorio. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DANCY, Jonathan. Introducción a epistemología contemporánea. Traducción de José Luís Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993. Disponível em: http://www.conductitlan.org.mx/04_Investigacion/Materiales/L_Dancy_Epistemologia%20Contemporanea.pdf. Consultado em 19 de abril de 2017.

DAVIES, Deborah; LOFTUS, Elizabeth. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: LINDSAY, R. C. L.; ROSS, David F. *et al.* (ed.) The handbook of Eyewitness Psychology, vol. 1, Memory For Events, Lawrence Erlbaun Associates Publishers, Londres, 2007.

DELLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIGES JUNCO, Margarita; MANZANERO PUEBLA, Antonio. Capítulo 5: El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos. In: MONTORO GONZÁLEZ, Luis; VAYÁ CARBONELL, Enrique *et al.* Seguridad Vial: del factor humano a las nuevas tecnologías. Madrid: Ed. Síntesis, 1995. p. 117. Disponível em: http://eprints.ucm.es/. Consultado em 05 de junho de 2017.

DÖHRING, Erich. La investigación del estado de los hechos en el proceso: la prueba su pratica y apreciación. Buenos Aires: EJEA, 19XX.

DONATO, Flora Di; SCAMARDELLA, Francesca. Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos en el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VAZQUEZ, Carmen (ed.). Debatiendo com Taruffo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

EYSENCK, Michael W. Capítulo 6: Memória semântica e conhecimento armazenado. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. Memória. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

FEITOZA, Denílson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. 9ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teria de la prueba causibenthamiana. In: VAZQUEZ, Carmen (ed.) Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FRICKER, Elizabeth. Telling and Trusting: Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony. *Mind*, vol. 104, 1995. Disponível em: https://academic.oup.com/mind. Consultado em 03 de junho de 2017.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cap. 8: A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). Argumentação e Estado Constitucional. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. Los hechos en el derecho. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, vol. 28, 2005. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Consultado em 05 de fevereiro de 2017.

GESU, Cristina di. Prova Penal e Falsas Memórias. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GETTIER, Edmund. Conhecimento é crença verdadeira justificada? Tradução de André Nascimento Pontes. Disponível em http://www.revista.ufpe.br/revistaperspectivafilosofica/index.php/revistaperspectivafilosofica/article/view/27/26. Consultado em 19 de abril de 2017.

GIL, Fernando. Modos da evidência. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSEHLL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zonaide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y conceptos. Disponível em http://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf. Data de acesso: 20 de abril de 2017.

GORPHE, François. La crítica del testimonio. Tradução de Mariano Ruiz-Funes. 6ª ed. Madrid: Editora Reus, 2003 (Originalmente publicado em 1933).

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUERREIRO, Diogo; BRITO, B; BAPTISTA, JL; GALVÃO, F. Stresse pós-traumático: Os Mecanismos do Trauma. *Acta Médoca Portuguesa*, vol. 20, 2007. Disponível em https://www.semanticscholar.org/. Consultado em 05 de junho de 2017.

HAACK, Susan. Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción en epistemología. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

HACKING, Ian. *The emergence of probability*: philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference. 2ª ed. Cambridge: Cambdridge University Press, 2006. Disponível em: http://www.andreasaltelli.eu/file/repository/Jan_Hacking_Emergence_Probability.pdf.

KELLY, Thomas. Evidence. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2008. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/evidence/. Consultado em 10 de maio de 2017.

HARDWIG, John. Epistemic dependence. The Journal of Philosophy, vol. 82, nº. 7, jul. 1985. Disponível em: www.jstor.org. Consultado em 25 de maio de 2017.

HERDY, Rachel. Confiar en otros y confiar en las reglas. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela. Prueba, argumentación y justicia. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016.

HO, Hock Lai. The legal concept of evidence. In: ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* winter edition, 2015. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/evidence-legal/. Consultado em 02 de maio de 2017.

HUME, David. Investigação sobre o Entendimento Humano. Lisboa: Edições 70 Almedina, 2016 (Originalmente publicado em 1748).

IBAÑEZ PEINADO, José. Aspectos psicológicos del testimonio en la investigación criminal. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Faculdad de Psicología. Madrid: 2008. Disponível em http://eprints.ucm.es/. Consultado em 05 de junho de 2017.

KHALED JR. Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, vol. 353, jan-fev. 2001. Rio de Janeiro: Forense.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, vol. 28, 2005. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Consultado em 05 de fevereiro de 2017.

_____. Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LIPTON, Peter. The Epistemology of Testimony. *Studies in the History and Philosophy of Science*, vol. 29, nº.1, 1998. p. 23. Disponível em http://www.people.hps.cam.ac.uk/index/lipton/. Consultado em 01 de junho de 2017.

LOFTUS, Elizabeth F; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of verbal learning and verbal behavior*, vol. 13, 1974. Disponível em: https://webfiles.uci.edu/eloftus/LoftusPalmer74.pdf. Consultado em 9 de junho de 2017.

_____; PICKRELL, J. E. The formation of false memories. *Psychiatric Annals*, vol. 25, 1995. Disponível em: http://users.ecs.soton.ac.uk/harnad/Papers/Py104/loftus.mem.html. Consultado em 06 de junho de 2017.

MALAN, Diogo Rudge. Direito ao confronto no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica da Provas em Matéria Criminal. 2ª ed. Lisbo: Livraria Clássica, 1927. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/. Consultado em 06 de junho de 2017.

MANZANERO PUEBLA, Antonio. El olvido. In: *Psicología del Testimonio*. Madrid: Ed. Pirámide, 2008. Disponível em: http://psicologiadelamemoria.blogspot.com.br/p/el-olvido.html. Consultado em 05 de junho de 2017.

_____. Psicología del Testimonio. Una Aplicación de los Estudios Sobre la Memoria. Madrid: Pirámide, 2008.

MANZANERO PUEBLA, Antonio L.; LUIS GONZÁLEZ, José. Modelo Holístico de Evaluación de la Prueba Testifical. Papeles del Psicólogo, vol. 36, nº. 32, 2015. p. 127. Disponível em https://www.researchgate.net. Consultado em 06 de junho de 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; GIL, Fernando. Apêndices: A. Reflexões sobre prova, verdade e tempo. In: MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: Compromissos Epistêmicos, Normativos e Interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). Epistemologias Críticas do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2016.

MAZZONI, Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. 5ª ed. Campinas: Bookseller, 2008.

MOULINES, Ulises. Hechos y valores: falácias y metafalacias. Disponível em: http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/365. Consultado em 25 de abril de 2017.

NIEVA FENNOL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PÁEZ, Andrés. La reputación en el derecho: una aproximación epistemológica. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela. Prueba, argumentación y justicia. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016.

_____. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*, nº. 40, abr. 2014. Disponível em http://www.isonomia.itam.mx/. Consultado em 30 de maio de 2017.

PÁEZ, Andrés. Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

PESSOA, Alberto. A prova testemunhal. 2ª ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2009 (Originalmente publicado em 1913).

PINHO, Maria Salomé. Factores que influenciam a memória das testemunhas oculares. In: FONSECA, António Castro (ed.). Psicologia e Justiça. Coimbra: Almedina, 2008.

PLATÃO. Teeteto (ou Do conhecimento). In: Diálogos I. Bauru: EDIPRO, 2007.

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo *et. al.* Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

REID, Thomas. Investigação sobre a mente humana. São Paulo: Vida Nova, 2013 (Originalmente publicado em 1764).

REIS, Alberto dos. Código de Processo Civil Anotado. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. MCELHANEY, James W. Leading Question. *ABA Journal*, vol. 75, nº. 10, out. 1989. Disponível em http://www.jstor.org. Consultado em 03 de junho de 2017)

REIS, Maria Anabela Nunes dos. A avaliação psicológica do Testemunho em Contexto Judiciário: A influência do Tempo e das Emoções nos Componentes Mnemónicos do Testemunho. Lisboa: Faculdade de Medicina de Lisboa, 2006..

_____. A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da prova. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2014. p. 34-35. Disponível em http://repositorio.ul.pt. Consultado em 05 de junho de 2017.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. Prova e Formação da Convicção do Juiz. Coimbra: Almedina, 2016.

SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez de la prueba testifical. *Papeles del Psicólogo*, vol. 36, nº. 2, p. 140. Disponível em: https://www.researchgate.net. Consultado em 05 de junho de 2017.

SILVA, Ronaldo Miguel. Epistemologia do testemunho: Críticas à refutação do reducionismo local quanto ao desempenho justificacional do testemunho. *Cadernos do PET Filosofia*, vol. 5, nº. 9, jan-jul. 2014.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. Prova testemunhal. Coimbra: Almedina, 2016.

TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Anexos: Función de la prueba: la función demostrativa. In: Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: GOMERO, Santiago Ortega (ed.). Proceso, prueba y estándar. Lima: ARA, 2009.

_____. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 227.

TUZET, Giovanni. La prova testimoniale. In: *Rivista Ragion Pratica*, vol. 2, dez. 2016.

VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 55.

TWINING, William. Rethinking Evidence. Exploratory Essays. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WRIGHT, Daniel; MEMON, Amina; SKAGERBERG, Elin M; GABBERT, Fiona. When Eyewitness Talk. In: *Current Directions in Psychological Science*, vol. 18, nº. 3, 2009. Disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1111/j.1467-8721.2009.01631.x. Consultado em 06 de junho de 2017.