

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

MICHAEL GUEDES DA ROCHA

**AS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA: DA CONCEPÇÃO PERSUASIVA À
CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA**

RIO DE JANEIRO
JUNHO DE 2021

MICHAEL GUEDES DA ROCHA

**AS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA: DA CONCEPÇÃO PERSUASIVA À
CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco.

RIO DE JANEIRO
JUNHO DE 2021

CIP - Catalogação na Publicação

R659p Rocha , Michael Guedes
 As provas dependentes da memória: da concepção
 persuasiva à concepção racionalista da prova /
 Michael Guedes Rocha . -- Rio de Janeiro, 2021.
 80 f.

 Orientadora: Rachel Herdy .
 Coorientadora: Janaina Matida .
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

 1. Provas dependentes da memória. 2. Prova
 testemunhal. 3. Reconhecimento de pessoas . 4.
 Raciocínio probatório . 5. Concepção racionalista da
 prova . I. Herdy , Rachel , orient. II. Matida ,
 Janaina , coorient. III. Título.

MICHAEL GUEDES DA ROCHA

**AS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA: DA CONCEPÇÃO PERSUASIVA À
CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora Doutora Rachel Herdy de Barros Francisco

Coorientadora Doutora Janaina Roland Matida

Membro da Banca

Membro da Banca

Para minha mãe, Regina.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Regina, por cada palavra de incentivo nessa longa jornada, por me provocar tantos sorrisos e pequenas alegrias durante as difíceis noites e madrugadas enquanto escrevia este trabalho. Você é provavelmente uma das poucas pessoas que nunca duvidou, nem nas minhas piores fases e por um único segundo, do quanto sou capaz, mesmo quando eu ainda hoje duvido. Irei sempre te amar e agradecer por isso e por muito mais do que seria possível expressar aqui.

Ao meu pai, Marcos, pelo suporte financeiro.

À minha mentora, Janaina Matida. Por mudar o rumo da minha vida ao lecionar Introdução ao Direito quando eu ainda era aluno de Relações Internacionais. Por me presentear com a Epistemologia Jurídica, quando eu já era do Direito. E, por fim, pela orientação neste trabalho, que em muito contribuiu para o meu amadurecimento. Nunca temos total noção do efeito que causamos na vida das pessoas, o seu na minha foi me ajudar a perceber que amo a Filosofia e a Teoria do Direito e a elas quero dedicar minha vida acadêmica. Faltam palavras para lhe agradecer por isso.

À Rachel Herdy, por tão bem me recepcionar e incentivar depois da minha chegada à Faculdade Nacional de Direito. Por seguir me incentivando mesmo hoje, agora com relação à pós graduação. E, finalmente, por me presentear também aceitando me orientar neste trabalho.

Ao João Miguel Grigório, meu “amigo leitor oficial da mono”. Por não hesitar nem um único segundo em aceitar ler e opinar sobre todos os meus rascunhos deste trabalho. Apesar do curto espaço de tempo, sou extremamente grato pela sua amizade e pelos seus “É, mas isso daqui tá confuso, refaz!” que muito me ajudaram. É sempre um imenso aprendizado trocar ideias contigo.

À minha melhor amiga, Stephany Amanso. A quem agradeço pelas muitas palavras de apoio em meio às madrugadas, pelos puxões de orelha me mandando ir dormir, por aceitar ler e criticar meus textos jurídicos mesmo sendo fisioterapeuta. E, por fim, pela amizade com a

qual tudo fica melhor. Prometo voltar a dormir mais de quatro horas por dia após a defesa (e sabemos que eu raramente prometo, exatamente, porque quando o faço eu sempre cumpro).

À minha segunda mãe, Renata Marra, e à minha irmã, Priscila, pelo apoio de sempre.

À Mariana Sauvesuk, ao Felipe Tormenta, e ao André Figueiredo, meus queridos “pupilos” desde 2018, que com suas fofas e estimulantes palavras me deram muita força para chegar até aqui.

Ao Victor Muller, Gabriela Torres, Débora Carolina Fávaro, Brenda, Sérgio, Ana Sarah Berilo, André Arbex, Ed Wilson, Ana Carolina, Fábio Prudente, Gabriel Reis, Larissa Fernandes (e de novo à Steph, Mariana, Felipe, André e tantos outros). Por irem desde aceitar ler trechos aleatórios da monografia que eu jogava em vocês pelas madrugadas até pelas trilhas, praias, bebidas e muitas risadas que tanto me ajudaram a manter a sanidade nas pausas para respirar, porque não apenas de Filosofia vive o homem.

Aos professores da Faculdade Nacional de Direito que, a sua forma, em muito contribuíram para a minha formação direcionada à zetética até aqui: Philippe Almeida, André Coelho e Júlia Franzoni, com os estudos jurídicos críticos; Geraldo Prado, com o processo penal epistemicamente orientado; Fábio Shecaira e Margarida Lacombe, com a argumentação jurídica; e Ana Paula Barbosa-Fohrmann, com a teoria dos direitos humanos.

“Memory works a little bit more like a Wikipedia page: You can go in there and change it, but so can other people.”

(Elizabeth Loftus)

RESUMO

O processo judicial em sua esfera criminal pretende aplicar penas somente aqueles que efetivamente cometeram um crime. Disso decorre o necessário esforço de descoberta da verdade para que se evite a absolvição de um culpado e principalmente a condenação de uma pessoa inocente. O incorreto tratamento das provas dependentes da memória tem sido um dos grandes motivos que ensejam condenações de pessoas inocentes. Isso se dá em virtude de fatores como regras que funcionam de maneira contra epistêmica e generalizações erradas, como a de que é possível detectar uma testemunha que mente, a mentira é o único problema relacionado ao testemunho, a memória é uma fonte de prova totalmente confiável, e juízes não deixam preconceitos interferirem em seu julgamento da credibilidade da testemunha. Esse trabalho apresenta parâmetros de raciocínio e decisão para o juiz, que, baseados no diálogo da epistemologia jurídica com a neurociência e psicologia, pretendem viabilizar um tratamento racionalista do testemunho, capaz de evitar injustiças.

Palavras-chave: epistemologia; testemunho; memória; credibilidade; racionalidade

ABSTRACT

The judicial process in its criminal sphere intends to apply penalties only to those who actually committed a crime. This results in the necessary effort to discover the truth in order to avoid the acquittal of a guilty person and, above all, the condemnation of an innocent person. The incorrect treatment of memory-dependent evidence has been one of the major reasons for the condemnation of innocent people. This is due to factors such as rules that work against epistemic commitments and wrong generalizations, such as that it is possible to detect a witness who lies, lying is the only problem related to testimony, memory is a source of totally reliable evidence, and judges do not let prejudice interfere with their judgment of the witness's credibility. This work presents reasoning and decision parameters for the judge, who, based on the dialogue between legal epistemology and neuroscience and psychology, intend to enable a rationalist treatment of the testimony, capable of avoiding injustices.

Keywords: epistemology; testimony; memory; credibility; rationality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
O PROCESSO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO À DETERMINAÇÃO DA VERDADE	17
1.1. A DIMENSÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO	17
1.2. A IRREPETIBILIDADE DOS FATOS E OS LIMITES DA BUSCA PELA VERDADE	18
1.3. DIREITO E PROBABILIDADE EM MATÉRIA DE FATOS	20
1.3.1. O conceito e a classificação das inferências probatórias	20
1.3.2. Os tipos de inferências probatórias	21
1.4. ARGUMENTAÇÃO TEÓRICA INSTITUCIONAL	27
PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA E O RISCO DE CONDENAÇÕES INJUSTAS NO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO	31
2.1. TESTEMUNHAS QUE MENTEM E O ERRO EM TORNO DA PALAVRA “MENTIRA”	31
2.1.1. Discutindo o termo “mentira”	32
2.1.2. A viabilidade epistêmica das estratégias para detectar mentiras	33
2.2. TESTEMUNHAS QUE NÃO MENTEM, MAS TAMBÉM NÃO DIZEM A VERDADE	36
2.2.1. A memória e seu incorreto tratamento como máquina fotográfica	36
2.2.1.1. A codificação e as falhas de percepção	38
2.2.1.2. O armazenamento e o efeito do decurso do tempo	40
2.2.1.3. A recuperação e suas falhas	40
2.2.2. A lacuna com relação ao problema da memória no Brasil	44
2.3. TESTEMUNHAS QUE NÃO MENTEM NEM COMETEM ERROS HONESTOS	46
OS PASSOS NECESSÁRIOS À RACIONALIDADE DO TRATAMENTO DAS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA	53
3.1. A PRODUÇÃO DA PROVA EPISTEMICAMENTE COMPROMETIDA	53
3.2. A VALORAÇÃO DA PROVA EPISTEMICAMENTE COMPROMETIDA	59

3.3. A DECISÃO FINAL DO PROCESSO E OS STANDARDS DE PROVA	63
3.3.1. A função e o lugar dos standards probatórios no raciocínio judicial	63
3.3.2. A imprecisão dos standards não é porta à subjetividade das decisões	65
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

Silogismo Jurídico é o termo utilizado no Direito para caracterizar o raciocínio realizado pelo juiz ao tomar uma decisão judicial.¹ Tal estrutura lógica é composta por uma premissa maior referente à norma jurídica, uma premissa menor referente a uma hipótese fática e uma conclusão, que é a decisão judicial do caso. Para alcançar cada item desse silogismo são necessários alguns esforços. O primeiro esforço é o de interpretação do *texto normativo*, através da qual se chega à norma jurídica (por exemplo: “Se matar, então deve ser preso”).² O segundo é o de interpretação das *provas*, chegando à hipótese fática (por exemplo: “João matou Pedro”). E o terceiro é o de análise do cabimento da consequência jurídica prevista na norma, a partir do qual se chega à decisão judicial (Exemplo: “João deve ser preso”).

O termo “prova” é polissêmico, dessa forma, de plano, esclareço que com ele estarei me referindo a todo *dado* que confirma ou nega um fato que interessa à decisão (GOMES FILHO, 2005, p. 307).³ A determinação da premissa menor do raciocínio judicial pode ser feita com base em diferentes meios de prova, sendo os que se utilizam do testemunho⁴ os meios aqui utilizados.⁵ Lidar com tal modalidade probatória impõe dificuldades específicas ao alcance da verdade⁶ no processo com referência ao desafio de ter a testemunha como fonte de

¹ Não devendo o silogismo ser interpretado, entretanto, como algo que esgota a reflexão sobre o raciocínio do juiz, mas, sim, uma adequada forma de estruturar e, conseqüentemente, organizar tal raciocínio (MACCORMICK, 2008, pp. 44-45).

² Ao se apontar a necessidade de interpretação do texto normativo para chegar à norma jurídica se recai no afastamento da crença segundo a qual entre texto normativo e norma há correspondência bi-unívoca (GUASTINI, 2005, p. 34).

³ Tal conceito pode ser contraposto, por exemplo, ao de prova como a própria *conclusão* que se extrai desses dados (GOMES FILHO, 2005, p. 308). Entretanto, ainda que em tópico próprio tal conclusão sobre os dados seja nesse trabalho tratada esta não será classificada aqui como prova mas, sim, como *hipótese/premissa fática*.

⁴ Para o Direito, o testemunho é toda forma de prestação de informações em juízo ou em momentos formais; num sentido mais amplo, entretanto, testemunho abarca até mesmo comunicações ordinárias, que algo dizem sobre um estado de coisas, o que não se confunde com opinião (RAMOS, 2018, pp. 58-61). Durante o decorrer desta monografia estarei utilizando o termo “testemunho” nesse segundo sentido, mais amplo.

⁵ As chamadas “fontes de prova” são as próprias pessoas ou coisas através das quais se pode obter provas. Ainda, classifica-se como “meio de prova” todo instrumento ou atividade a partir do qual se insere os dados probatórios provenientes dessas fontes dentro do processo. Por exemplo, o ato de ouvir um testemunho oral em juízo é uma forma de se utilizar um meio de prova, que é o testemunhal (GOMES FILHO, 2005, pp. 307-309).

⁶ Por oportuno, esclareço de imediato que não entrarei na discussão sobre os diferentes significados que podem ser atribuídos à palavra “verdade”, comprometendo-me daqui em diante a uma noção específica, a qual encara a verdade como uma característica de um enunciado — não algo metafísico. Tendo isso em mente, digo que uma proposição é verdadeira ou falsa a depender de sua correspondência com um mundo externo ao processo. Essa noção é a de *verdade por correspondência* da hipótese fática à realidade externa do mundo, da qual se aproximam também TARUFFO (2014, p. 28) e FERRER BELTRÁN (2017, p. 19).

prova. Nesse sentido, apresentar-se-á um modelo de decisão sobre fatos com base em testemunho que é deferente aos apontamentos de um ramo de conhecimento que trata dos cuidados necessários à correta formação da hipótese fática, que é a Epistemologia Jurídica em uma segunda acepção que segue apontada:

Os teóricos do Direito em geral, sobretudo da tradição continental, têm frequentemente encarado a disciplina “Epistemologia Jurídica” como o estudo de questões relativas à produção do conhecimento na área do Direito. A Epistemologia Jurídica seria uma espécie de teorização metodológica cujo objeto de investigação é a própria teoria jurídica. [...]. Contudo, estudos recentes têm atribuído outro sentido à expressão. “Epistemologia Jurídica” tem sido empregada para fazer referência ao desafio de se justificar proposições sobre questões de fato que são apresentadas em um processo judicial. Nessa segunda acepção, a Epistemologia Jurídica reflete preocupações com o conhecimento dos fatos, e não do direito. Não se trata de problematizar a produção do conhecimento jurídico. A questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual (MATIDA; HERDY, 2016, p. 209).

A problematização da hipótese fática a partir da epistemologia jurídica está alinhada a uma *concepção racionalista da prova*. A concepção racionalista da prova a entende como um instrumento de conhecimento, direcionado à investigação da verdade. A concepção oposta é a *persuasiva/psicologista*, segundo a qual a prova seria um mecanismo de persuasão e convencimento do julgador, que estaria livre de qualquer controle (ACCATINO, 2019). Estarei adotando a concepção racionalista da prova no presente trabalho.

Diante desses pressupostos, a monografia se divide em três capítulos. O capítulo 1 é responsável por realizar uma análise da viabilidade de atribuir ao processo a capacidade de servir como instrumento de determinação da verdade. Por isso é que o leitor encontrará o tratamento das provas bem como a importância de se reconhecer os limites que a busca da verdade apresenta no contexto jurídico. Há de se debruçar, também, sobre o tipo de raciocínio realizado pelo juiz com relação às provas. Já um último momento do capítulo 1 é direcionado aos tipos de argumentação que podem ser feitos em matéria de fatos e que barreiras podem apresentar ao alcance da verdade. O decorrer deste capítulo encara obstáculos gerais da epistemologia da prova que, por consequência, também se impõem como dificuldades da prova com base em testemunho.⁷

⁷ Tratarei como “obstáculo geral” o que entendo como todo tipo de desafio relacionado à determinação da verdade ao qual se enfrenta num processo independente do meio de prova utilizado. Por exemplo, a dificuldade de lidar com normas que funcionem de forma a não colaborar com a busca pela verdade é um problema que aparece em todo meio probatório. Já a dificuldade de lidar com a confiabilidade da memória como fonte de prova é um problema que se encara em maior grau ao lidar especificamente com o testemunho, daí não ser “obstáculo geral”, mas, sim, o que classifico aqui como “específico” e apontarei à frente no capítulo 2. Cada

No capítulo 2 há de se adentrar nas provas dependentes da memória⁸ e seus obstáculos específicos. Realizarei tal abordagem apresentando dois casos reais de condenações injustas,⁹ um do Innocence Project do Brasil¹⁰ e outro do Innocence Project dos Estados Unidos,¹¹ em paralelo ao problema da memória humana como fonte para a reconstrução dos fatos de um processo e das disfunções de concessão de credibilidade para a testemunha. Também será feita aqui uma análise quanto à adequação do sistema brasileiro com referência aos assuntos.

O capítulo 3, finalmente, é responsável por apontar os passos necessários do que temos no Direito vigente brasileiro ao que precisamos ter do ponto de vista da epistemologia para uma correta *produção* e também *valoração* das provas.¹² Nesse caminho concedendo-se atenção à necessidade de se criar estratégias para evitar condenações injustas no âmbito do Direito Processual Penal.¹³

Tal preocupação específica é uma resposta necessária diante dos dados produzidos ao longo dos anos que demonstram como a falta de racionalidade nessa temática levou a equívocos que colocaram atrás das grades pessoas que eram inocentes. Mais especificamente, embora o site do Innocence Project Brasil não contenha dados estatísticos sobre condenações errôneas no país, pode-se ter uma pequena dimensão do problema ao se levar em conta o

meio de prova, embora tenha dificuldades comuns a outros, tem, também, suas particularidades, daí a separação que faço para fins de mais sistemática análise.

⁸ Os apontamentos deste capítulo irão se dirigir a dois tipos de provas dependentes da memória: a por reconhecimento de pessoas e testemunho oral (em fase de investigação e em juízo). Além disso, tendo em conta o conceito amplo de testemunho adotado na nota de rodapé número quatro, poder-se-ia falar de testemunha enquanto parte (suspeito ou vítima), testemunha como terceiro desinteressado, etc, entretanto, destaco que estarei, especificamente, direcionando a atenção desta monografia somente para a testemunha enquanto vítima ou terceiro desinteressado (embora, eventualmente, farei pequenas considerações sobre outras variações).

⁹ Trato como “condenação injusta” (e também “condenação errônea”, etc) toda aquela que em virtude de um erro do sistema criminal impõe uma condenação a alguém inocente, ou seja, que não possui responsabilidade acerca de determinada conduta, mas, ainda assim, respondeu por ela.

¹⁰ É a primeira associação sem fins lucrativos do Brasil especificamente dedicada à reversão de casos de condenações de inocentes. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/>>. Acesso em: 17 mai. 2021.

¹¹ O Innocence Project dos Estados Unidos foi fundado em 1992, por Peter Neufeld e Barry Scheck, para exonerar inocentes injustamente condenados, com base no teste de DNA, e lutar por reformas do sistema criminal que impeçam novos equívocos. Disponível em: <<https://innocenceproject.org/about/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

¹² Por “produção” deve-se entender o momento em que a prova é criada - como ao ouvir uma testemunha em juízo - ou determinada como elemento de informação dentro de um processo - como na juntada de um documento - (TARUFFO, 2016, p. 180). Já por “valoração” entender-se-á o momento no qual há atribuição por parte do juiz de valor/peso às provas que já restam produzidas no processo (TARUFFO, 2016, p. 188).

¹³ Dessa forma, a atenção ao Direito Processual Penal é algo que vai ocorrer durante expressiva parte da monografia. Todavia, ênfase, muito da problemática da discussão sobre provas aqui exposta, em especial a apresentada no capítulo 1, estende-se a outros ramos do direito processual. Resta, portanto, o recorte ao processo penal apenas como uma escolha necessária para um adequado aprofundamento do tema.

relatório produzido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro,¹⁴ que revelou 58 acusados injustamente em virtude de uma identificação errada, acusados estes dos quais 70% eram negros. Esse dado reforça a seletividade penal que vem prevalecendo em nosso sistema criminal, de maneira que sempre se prende um grupo bem específico de pessoas — negros, periféricos, etc.¹⁵

¹⁴ O relatório está disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10660-Relatorio-revela-58-acusados-injustamente-identificados-por-engano>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁵ Ainda, a título de dados com referência a erros judiciais, cito a obra de GARRETT (2011), a qual faço expressivo uso no capítulo 2. O autor tratou do assunto das condenações errôneas tendo em conta os 250 primeiros casos de exoneração baseada em teste de DNA (desde que este se tornou disponível nos anos 80). Desses 250 erros, 76% foram realizados com suporte em testemunho na forma de reconhecimento de pessoas, que, na realidade, foi produzido e/ou valorado incorretamente, conforme o livro retrata em detalhes.

1. O PROCESSO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO À DETERMINAÇÃO DA VERDADE

Alcançar uma correta hipótese fática com base em testemunho pressupõe que um requisito seja superado antes de qualquer reflexão sobre dificuldades de lidar com a testemunha como fonte de prova. O primeiro capítulo se dedica, nesse sentido, a verificar este requisito, qual seja: se possui o *processo* a capacidade de funcionar como instrumento viável à determinação dos fatos, superando os desafios que lhe são impostos.

1.1. A dimensão epistêmica do processo

Ao se utilizar o termo “problema da verdade” se faz referência à árdua tarefa que existe dentro de um processo judicial de determinação dos fatos ocorridos, que são juridicamente relevantes¹⁶ para a correta solução de uma controvérsia enquanto correspondentes à realidade empírica do mundo (TARUFFO, 2014, p. 28). Para executar essa atividade, conforme já dito, há a necessidade de interpretação das *provas* que, dessa forma, para além de dados que confirmam ou negam um fato, também (e de forma complementar) podem ser entendidas como “premissas a partir das quais é possível extrair inferências” (TARUFFO, 2014, p. 32). Dessa forma “A função da prova é justamente oferecer ao julgador conhecimento fundado empírica e racionalmente acerca dos fatos do caso, e não compilar histórias relatadas por algumas pessoas acerca desses fatos” (TARUFFO, 2014, p. 28).

Todavia, mesmo diante de cenários judiciais nos quais haja um conjunto de provas que corrobora de forma robusta uma hipótese fática, é necessário que exista um procedimento que tome para si o compromisso de buscar tal verdade. Torna-se central responder, então, se o processo é capaz de se apresentar como um instrumento eficaz para a determinação da verdade, funcionando “como um *modelo epistemológico* do conhecimento dos fatos com base em provas”, o que faz referência ao que se classifica como *dimensão epistêmica do processo* (TARUFFO, 2016, pp. 159-160).

¹⁶ Considerando a Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988) e a lição segundo a qual “você lê a lei para descobrir o que é [fato] relevante” (MACCORMICK, 2008, p. 46), entendo (e daqui em diante assim tratarei) fato juridicamente relevante como todo aquele com previsão legal, o qual, por isso, permite tutela estatal.

A razão que torna adequado reconhecer que o Direito, através do processo, assume compromisso com a busca da verdade decorre de sua própria preocupação em motivar a conduta de seus destinatários. A existência de, por exemplo, mecanismos sancionatórios para desmotivar certos comportamentos é um reflexo disso. Nesse sentido, um ordenamento que aplicasse sanções aleatoriamente, desvinculando a sanção de um agir indesejado, por consequência, afastaria o próprio sentido de se comportar de acordo com a norma para evitar a sanção. A determinação da verdade é, portanto, requisito para êxito do controle estatal (FERRER BELTRÁN, 2021, pp. 44-45).

Ademais, rechaçar qualquer ceticismo epistêmico e defender a verdade não apenas como um norte possível como também uma obrigação do processo (como aqui faço) não livre o contexto processual probatório de desafios. É por esta razão que a seguir abordarei três dificuldades. A primeira é a de que os fatos de um processo são irrepitíveis. A segunda é referente à necessidade de trabalhar com probabilidade. A terceira diz respeito à necessidade de lidar com argumentação teórica institucional.

1.2. A irrepitibilidade dos fatos e os limites da busca pela verdade

Os fatos objeto de uma controvérsia judicial são fatos *irrepitíveis*. A irrepitibilidade não significa que se está tratando de eventos passados, mas, sim, que ainda que futuros ou presentes são fatos os quais o julgador não presenciou e daí caracterizados por sua irrepitibilidade, ou seja, *impossibilidade* de reprodução (MATIDA, 2009, p. 34).

Ainda, deve-se enfatizar que no contexto de uma instrução há uma *inviabilidade* de busca por uma completa reconstrução dos fatos. Isso visto que não é adequado que o Direito se comprometa com uma busca da verdade além de sua mais próxima versão possível (MATIDA, 2009, p. 34).

A limitação da busca pela verdade não advém apenas da limitação inevitável de seu alcance. Façamos o seguinte esforço hipotético para expor isso: um mundo em que aos juízes recairia o domínio de uma grande máquina que repassasse os fatos juridicamente relevantes diante de um telão, passíveis de análise por todos os ângulos e zooms que se quisesse ver.

Mesmo nesse cenário, a repetição ainda assim não seria ilimitada, tendo-se de num curto espaço de tempo fechar a compreensão do que há de se tomar como verdadeiro com relação ao assistido.

Na realidade de um tribunal o exercício imaginativo acima é impensável, bem como com referência à prova dependente da memória não é possível confrontar o disposto pela testemunha com um telão no qual se apresentam os fatos relevantes em replay. Na realidade, se assim o fosse pouco restaria necessária a própria testemunha e mesmo o mais epistemicamente comprometido dos juízes mais do que estar restringido em sua busca pela verdade que não pode ser eterna pouco teria como a prolongar.

A irrepitibilidade de eventos, assim, aqui trato como um primeiro problema à dimensão epistêmica do processo, que se agrava quando diante do fato de que as partes nem sempre serão colaborativas. Assim digo porque o cenário judicial é marcado por uma argumentação de viés conflituoso, de forma que as partes apresentam suas melhores razões em prol das conclusões que melhor lhes convêm (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 12). Isso levará a choques com a busca pela verdade por parte do juiz que, ainda assim, terá de em algum momento se conformar com as informações que possui e entender uma hipótese como verdadeira, ainda que ao risco de que esta não seja.

Nesse sentido, ganha espaço uma distinção entre “ser verdadeiro” e “ser tido por verdadeiro”, sendo uma proposição verdadeira quando correspondente ao mundo, o que não se confunde com o que acabou por ser tido por verdadeiro dentro do processo (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 78).¹⁷ A distinção entre “crença” e “aceitação”, dessa forma, igualmente se torna oportuna para enfatizar que tomar por verdadeira uma hipótese por vezes reflete a deferência do juiz a outras razões que não a *crença* na sua veracidade, mas que, ainda assim,

¹⁷ A distinção entre “o que é verdadeiro” e o que “acaba por ser entendido por verdadeiro”, em primeiro, reforça que dentro do processo chegam situações inevitáveis nas quais o juiz precisa se conformar com uma hipótese fática que é possivelmente errada, mas ainda assim precisou-se entender como verdadeira. Em segundo, colabora para rechaçar a tese, que igualmente aqui nego, da adequabilidade da distinção entre uma “verdade material/real” (da correspondência com o mundo) de uma “verdade formal” (da verdade que prevaleceu no processo). Isso na medida que contribui à compreensão de que a verdade é apenas uma, que depende exclusivamente da correspondência da hipótese com o mundo, não possuindo qualquer juiz ou tribunal poder de mudança quanto a isso, restando ao seu alcance apenas o poder de *considerar* uma hipótese *p* como verdadeira (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 78).

possuem cogência suficiente para que *aceite* aquela hipótese como adequada de incorporação ao seu raciocínio e prossiga à resolução da controvérsia mediante outras preocupações que o Direito possui (FERRER BELTRÁN, 2017, pp. 78-79).¹⁸

1.3. Direito e Probabilidade em matéria de fatos

A possibilidade de que um juiz decida sem alcançar a certeza não significa que haver elevado grau de corroboração da hipótese fática não seja o adequado. Em cenários como o do Direito Processual Penal, no qual se quer justificar uma condenação, um raciocínio baseado em provas que pode garantir uma hipótese apenas mais provável do que improvável não é suficiente, sendo o almejado uma hipótese com alto grau de corroboração.

Sigo, então, às chamadas *inferências probatórias* — para desse ponto de vista estrutural justificar o porquê da já apontada necessidade de o Direito trabalhar com *probabilidade* e em que medida isso é desafiador à dimensão epistêmica. Demonstrarei, através dos diferentes tipos de inferências, como o juiz decide em casos nos quais uma hipótese não foi suficientemente corroborada a fim de justificar uma condenação.

1.3.1. O conceito e a classificação das inferências probatórias

A palavra “inferir” significa a ação de concluir, raciocinar sobre algo, sendo o termo “inferência probatória” aquele utilizado para caracterizar o raciocínio judicial de viés probatório, com relação à determinação dos fatos de uma controvérsia, por isso, referentes à premissa menor do silogismo judicial.¹⁹ Uma adequada forma de demonstrar as peculiaridades de uma inferência probatória em comparação a outras modalidades de raciocínio é se utilizar da proposta que afirma que toda argumentação tem como ponto de partida uma *pretensão* que uma vez posta em questionamento se apoia em *razões*. Essas razões sustentam a pretensão

¹⁸ Retornarei à frente nessa distinção entre “crença” e “aceitação” para demonstrar como ela é oportuna para pensar o raciocínio judicial probatório para além de entender a possibilidade de aceitação de uma hipótese ao risco de que não seja acreditada pelo juiz. Por hora, apenas destaco estar ligando o termo “crença” a uma concepção irracionalista e, por isso, impassível de controle; enquanto ligo “aceitação” à noção oposta disso.

¹⁹ Vale destacar para evitar erros de compreensão que uma inferência probatória do tipo normativa, que será vista a seguir, não se confunde com as chamadas inferências normativas *per se*. Pois, enquanto a primeira envolve um raciocínio relacionado à premissa menor do silogismo judicial, a segunda é aquela na qual a conclusão servirá de constituição à premissa maior do silogismo (MATIDA; HERDY, 2016, p. 215).

através de um enunciado que serve de ponte e expressa uma regularidade, chamado de *garantia* (GONZÁLEZ LAGIER, 2005, p. 27). Um exemplo é: Juan é filho de Pedro (razão); os filhos herdam de seus pais (garantia); logo, Juan herdará de Pedro (pretensão).

Transferindo essa estrutura para o contexto jurídico, pode-se dizer que as inferências probatórias são compostas de: informações probatórias (razões)²⁰; uma hipótese fática (pretensão) e a ligação que existe entre os dois elementos (garantia) (MATIDA; HERDY, 2016, p. 215). São vários os tipos de inferências realizadas pelo tomador de decisão, as quais são distinguidas entre si pelo tipo de suporte que servem à garantia, ou seja, pelos diferentes *fundamentos* (MATIDA; HERDY, 2016, p. 216).

Ainda, a noção de probabilidade que está relacionada às inferências probatórias não deve ser confundida com uma ideia de probabilidade matemática. A probabilidade no seu sentido matemático não encontra lugar no direito probatório, pelo menos não como a maneira adequada de explicar uma teoria epistemológica (HAACK, 2013, pp. 65-66). A forma de probabilidade que se alinha às inferências probatórias é a indutiva/lógica, que trabalha com modelos lógicos de argumentação que tornam mais racional o raciocínio probatório em cenários nos quais há de se testar o *grau* de confiabilidade que um enunciado fático merece receber. Assim, o caminho das provas à hipótese fática via raciocínio provável do ponto de vista lógico que oferece molduras e tipologias é o correto para pensar a prova judicial (TARUFFO, 2014, p. 32).

1.3.2. Os tipos de inferências probatórias

Um primeiro tipo de inferência é a chamada inferência probatória *epistêmica*. Esse tipo de inferência tem seu fundamento em uma *máxima de experiência*, a qual pode ser definida como um conhecimento comum de mundo através do qual se realiza uma associação entre fatos, como o de que se o céu está nublado é provável que chova. A inferência probatória epistêmica é aquela realizada pelo julgador no mais desejado dos cenários judiciais, com

²⁰ Essas “informações probatórias” englobam tanto as “provas” quanto os “indícios”. Os “Indícios” devem ser entendidos como uma prova de menor valor persuasivo (GOMES FILHO, 2005, p. 311). Por exemplo: A filmagem de alguém matando outra pessoa é prova; enquanto a filmagem de um conhecido da vítima saindo de seu apartamento perto do horário de sua morte é indício.

riqueza de informações probatórias e em que o juiz “estaria apto a formular sua decisão com base num exercício cognitivo pleno” (MATIDA; HERDY, 2016, p. 219).

Digamos que num caso concreto no qual se quer aplicar a norma “Se matar, deve ser preso” se tenha as seguintes informações probatórias: (1) João foi visto brigando com Pedro duas horas antes de Pedro ser encontrado morto; (2) João e Pedro eram co-herdeiros e não desejavam dividir a herança; (3) João foi filmado por uma câmera de segurança num local próximo a casa onde Pedro foi encontrado morto; (4) Foi encontrado material genético de João sob as unhas de Pedro. Considere-se, ainda, que as máximas de experiência que dão suporte à garantia permitem a seguinte estrutura: “Se X, então é provável que Y” (GONZÁLEZ LAGIER, 2005, p. 31).

Dessa maneira, num contexto probatório em que se quer verificar a adequação da hipótese “João matou Pedro” é necessário pensar na plausibilidade das seguintes generalizações que servirão de garantia entre informações e hipótese: (1) Se duas pessoas brigam pouco antes da morte de uma delas, então é provável que o outro seja um dos envolvidos; (2) Se duas pessoas não querem dividir herança então é provável uma delas tentar se livrar da outra tirando-lhe a vida; (3) Se foi capturado por câmera próximo ao local do crime conhecendo a vítima, então é provável algum envolvimento; (4) As vítimas costumam oferecer resistência ao agressor, o que torna provável ficar material genético do agressor sob as unhas da vítima”. Frente a isso, torna-se altamente viável a atribuição de responsabilidade a João como o responsável pela morte de Pedro.

Ademais, no contexto processual com robustez probatória se realizam várias inferências probatórias epistêmicas as quais nem sempre caminham em mesma direção como no exemplo acima, prevalecendo, portanto, as que possuem maior grau de *força* — o que se entende pela capacidade de resistir à substituição, refutação ou derrota — em oposição a outras (MATIDA; HERDY, 2016, p. 220). Restando, enfim, complementar que a *finalidade* desse tipo de inferência é uma aproximação à verdade dos fatos (MATIDA; HERDY, 2016, p. 218).

Todavia, nem sempre será facilmente identificável qual é a hipótese mais adequada, seja porque não há notável conjunto de informações em mesma direção ou simplesmente porque

não se consegue realizar inferências probatórias epistêmicas dotadas de elevada força mediante ausência de informações precisas para tal. Nesse tipo de cenário ganha espaço um segundo tipo de inferência, que é a chamada inferência probatória *normativa*, a qual é realizada em um “[...] cenário probatório subótimo, no qual os fatos relevantes para a resolução da controvérsia permanecem incertos mesmo depois de terminadas as fases de produção e valoração das provas” (MATIDA; HERDY, 2016, p. 222).

Nesse tipo de situação o fundamento que dará suporte à garantia será uma *regra jurídica*, que pode ser regra de ônus da prova ou regra de presunção (MATIDA; HERDY, 2016, p. 223). O ônus da prova se refere à responsabilidade de diferentes partes no processo, em diferentes momentos dele, apresentarem alegações de fato via provas (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 149). O caso da regra de presunção de inocência seria um adequado exemplo, pois atribui o peso da prova à acusação, sob pena de que seja o acusado absolvido uma vez que a parte contrária não consiga provar sua culpa.

Ou seja, em que pese a escolha incorreta de palavras já cristalizada no Direito, a presunção de inocência não é uma regra de presunção. Isso, pois regras de presunção, noutra caminho, partem de um fato básico para chegar a um fato presumido, a regra de presunção de morte segundo a qual transcorrido espaço x de tempo deve-se presumir a morte seria um exemplo.²¹ Ocorre que da regra de presunção de inocência não há qualquer fato básico x que possa ser apontado como motivador da decisão y de “inocência” como verdadeira, mas, sim, é resultado da incapacidade da parte em suprir um ônus que lhe era devido (MATIDA; HERDY, 2016, p. 228).²²

Começando pela inferência probatória normativa apoiada numa regra de ônus da prova e utilizando a regra de presunção de inocência segundo a qual “Todo acusado deve ser presumido inocente até que se prove o contrário” como garantia. Partamos, então, do cenário em que se quer aplicar a norma jurídica “Se matar, então deve ser preso”, tendo-se como

²¹ A presunção de inocência engloba diferentes facetas, não se limitando à discussão de funcionar como regra de ônus da prova, como se pode ver em FERRER BELTRÁN (2018).

²² Tanto assim o é que o veredicto de inocência é meramente formal, não configurando, portanto, uma crença do juiz em inocência no sentido material. Dessa forma, enquanto da decisão que reconhece culpado é possível inferir — ainda que de forma falível — uma afirmação de culpa no sentido material, da decisão de inocência, em contrapartida, não é possível concluir a crença da não culpa no sentido material (LAUDAN, 2013, p. 147).

exemplo as seguintes informações probatórias: (1) João foi visto a um quarteirão de onde Pedro foi encontrado morto mais ou menos no horário de sua morte; (2) João e Pedro não se davam bem muitos anos atrás; (3) Maria viu um desconhecido, que afirma não ser João, saindo do apartamento de Pedro pouco antes de sua morte.

Diante dessas informações probatórias, há insuficiente corroboração da hipótese acusatória, seja pela existência de outro suspeito mais próximo do local do crime como pelo fato de Pedro ser apenas um desafeto antigo de João. Nesse caso, a decisão deve se justificar com base na regra de presunção de inocência e João deve ser absolvido.

A *finalidade* desse tipo de inferência probatória normativa acaba, portanto, por ser a proteção de um valor *institucionalmente* relevante, que nesse caso é o de em situações de dúvida presumir inocência ao invés de culpa.²³ Já a *força* desse tipo de inferência decorre do próprio caráter autoritativo do Direito (MATIDA; HERDY, 2016, p. 219).

Ademais, um outro tipo de inferência probatória normativa é aquela que tem por fundamento uma regra de presunção, a qual, conforme já dito, parte de um fato básico a um presumido e tem por estrutura “Se x, então provado está y” (GONZÁLEZ LAGIER, 2005, p. 31). Um exemplo seria a regra de presunção de paternidade presente no Código Civil Brasileiro, artigo 1597, inciso I, segundo a qual “Se nascer em 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, então provado está que foi concebido na constância do casamento”.

Vejamos um exemplo em que se quer aplicar a norma “Se for filho, então tem direito a receber a herança” e se tem a seguinte informação: (1) João nasceu 190 dias após Maria se casar com José. Nesse caso, diante da informação probatória “(1)” e tendo por garantia a regra de presunção de paternidade, entender-se-á que João é filho de José (hipótese fática). A regra do presente caso possui um fato básico a partir do qual é possível deduzir logicamente a

²³ Manifestando-se, dessa forma, uma assimetria entre as classes de erro as quais o Direito está disposto a cometer, havendo, portanto, a preferência pelo risco de cometer uma classe de erro — a de errar por absolver um culpado — a outra — a de errar por condenar um inocente (MATIDA, 2019a, p. 96). No mesmo sentido, ver SHECAIRA e STRUCHINER (2016, p. 153).

paternidade de José, que é o de estar casado com Maria por um espaço temporal condizente com o de uma gravidez antes de ocorrer a sua morte.

Nesse sentido, em que pese esse tipo de inferência probatória também tirar sua *força* do caráter autoritativo do Direito e se apoiar numa regra jurídica, tal regra jurídica não oferece proteção a um valor institucionalmente relevante. O que ocorre é uma tentativa de aproximação à verdade, todavia, tal aproximação não se funda numa máxima de experiência como numa inferência probatória epistêmica, mas, sim, numa regra jurídica (MATIDA; HERDY, 2016, p. 219). Portanto, diferencia-se a inferência aqui tratada da inferência probatória epistêmica por uma questão de diferentes *fundamentos*, em que pesem iguais *finalidades*. Bem como difere-se a aqui tratada da inferência probatória normativa com base em regra de ônus da prova pois ambas, embora compartilhem o mesmo *fundamento*, divergem em termos de *finalidade* almejada.

Um último tipo de inferência probatória é a chamada inferência probatória *interpretativa*. Esse tipo de inferência “é uma operação de definição conceitual, prévia à categorização dos fatos particulares” (MATIDA; HERDY, 2016, p. 229). É necessário para sua realização que seja estabelecida uma *definição* que terá por estrutura “X conta como Y” (GONZÁLEZ LAGIER, 2005, p. 31), funcionando tal regra conceitual como *fundamento* da inferência probatória interpretativa (MATIDA; HERDY, 2016, p. 219).

Consideremos, então, a norma “Se a empresa vender vegetais, então incide tributação em 10%”. Some-se ainda o exemplo em que se tem a seguinte informação probatória: (1) A Empresa X vende tomates. Nesse cenário por parte do juiz será necessário, para definir se aceita como hipótese fática “A Empresa X vende verduras” que se apoiei numa garantia que responda se tomate é fruta ou vegetal, sendo que apenas após a verificação quanto à aceitação da hipótese fática será possível finalmente analisar se a tributação em 10% deve ocorrer. No exemplo citado, ao tomarmos por regra conceitual “Tomate conta como vegetal” em contraposição a “Tomate conta como fruta” os efeitos são relevantes, pois diferentes seriam as garantias, de forma que no primeiro caso ocorre a tributação e no segundo não.²⁴

²⁴ Vale destacar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que já esteve diante de uma controvérsia que foi aqui usada de inspiração ao exemplo. Na oportunidade em questão a corte entendeu que o tomate deveria ser

Finalmente, quanto à *finalidade* desse tipo de inferência há de se remeter à função dos conceitos, qual seja a preocupação em ordenar, classificar, compreender, predizer, etc. Já sua *força* reside em aspectos relacionados à finalidade de sua origem, ou seja, se a finalidade é, por exemplo, de *ordenação*, mais forte é aquela inferência de maior poder para tanto (MATIDA; HERDY, 2016, p. 219).

O juiz, portanto, trabalha em seu raciocínio com probabilidade, que se realizada de forma correta pode apresentar resultados satisfatórios. E da eventual impossibilidade de via inferência probatória epistêmica alcançar uma hipótese suficientemente provável para suprir a exigência de um sistema jurídico surge a inferência probatória normativa, corporificando valores institucionalmente relevantes que devem tomar lugar. À segunda dificuldade da dimensão epistêmica do processo pode-se responder que da necessidade de trabalhar com uma hipótese apenas provável não decorre, igualmente, um intransponível problema.

Ainda assim, é incorreto reduzir o papel das normas dentro do direito probatório como mera forma de proteger outros valores normativamente relevantes quando diante da impossibilidade de alcançar a verdade a níveis almejados. Dessa maneira, não necessariamente haverá essa relação de complementaridade “da impossibilidade de corroborar suficientemente a hipótese acusatória surge a norma protegendo uma preocupação institucional”, mas, sim, surgirão relações de choque que colocarão em embate simétrico o compromisso epistêmico e o normativo.²⁵ À possibilidade de normas funcionarem como barreira à verdade no processo dedico atenção a seguir.

considerado vegetal e por isso viabilizou a cobrança do tributo, contrariando o entendimento da Biologia. Sobre o contexto histórico e mais da decisão ver MELO (2017).

²⁵ E com isso refiro-me a contextos nos quais não será tão consensual como o é na necessidade de abrir mão do compromisso epistêmico mediante ausência de corroboração suficiente da hipótese acusatória para entender correta a aplicação da presunção de inocência. Às vezes o choque será, por exemplo, noutro âmbito processual e entre a necessidade de respeitar o princípio da razoável duração do processo (compromisso normativo) e levar adiante a produção probatória (tendo meios ainda que levem tempo demasiadamente alto) para além do rotineiramente feito (compromisso epistêmico).

1.4. Argumentação teórica institucional

É possível distinguir argumentação prática e argumentação teórica, a primeira apresenta uma conclusão sobre como as coisas *devem ser*, *deveriam ter sido ou deverão ser*, a segunda sobre como as coisas *são, foram ou serão* (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, pp. 29-30). A primeira forma de argumentação é importante à premissa maior e à conclusão do silogismo, enquanto a segunda à premissa menor. Para chegar às conclusões teóricas resultantes de argumentação desse tipo existem dois caminhos que compõem subclasses de argumentação teórica: o *substantivo* e o *institucional*. A argumentação teórica substantiva é aquela na qual “as pessoas apelam de forma mais livre às considerações e evidências que são relevantes para a fundamentação de suas afirmações factuais” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 145). Em contrapartida, quando a argumentação teórica é “engessada por regras e procedimentos previamente estabelecidos” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 145) classifica-se institucional.

Vale destacar que mesmo no cenário judicial em que é possível a realização de uma inferência probatória epistêmica o Direito não se compromete apenas com uma busca *substantiva* pela verdade, desprendendo-se de qualquer regramento.²⁶ Na realidade de um tribunal, seja por advogados ou juízes, argumentos teóricos que não são de caráter substancial, mas, sim, baseados em regras, súmulas e jurisprudências são trazidos para corroborar a hipótese fática. A alegação de que “deve ser excluído do processo o depoimento obtido sob influência de tortura, vista sua ilicitude, conforme preceitua o artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP)”²⁷ é um exemplo de argumentação teórica institucional. O referido

²⁶ Aqui destaco que dizer que ao se realizar uma inferência probatória epistêmica há compromisso com a verdade não se confunde com dizer que por isso também não sejam observadas regras, a diferença é que essas regras não são o *fundamento* que servirá de link entre provas e hipótese, como é o caso das regras importantes à inferência probatória normativa. O juiz que se apoia num robusto conjunto de provas que devidamente derrota a hipótese acusatória e conclui inocência realiza uma inferência probatória epistêmica, mas nesse cenário pode ter, por exemplo, excluído do seu conjunto de consideração uma prova ilícita, graças à existência de uma regra que assim o obriga.

²⁷ Esse artigo dispõe que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o

artigo trata de uma regra de exclusão, que é aquela que faz com que um meio de prova por ela tutelado tenha seu valor probatório diminuído ou até mesmo excluído do processo (SHECAIRA, STRUCHINER, 2016, p. 149).²⁸

Além de regras de exclusão, o Direito dispõe de uma série de outras estratégias²⁹ que em algum sentido impõem a necessidade de se atentar para razões institucionalmente relevantes além de evidências. Disso não reside necessariamente um problema, pois mesmo pressupondo a existência de uma dimensão epistêmica do processo, deve-se sempre lembrar que a verdade, embora norte do processo, não é tudo que lhe interessa (TARUFFO, 2016, p. 160).

Ao mesmo tempo, parte dessas regras não simplesmente manifestam atenção a outras preocupações como por vezes querem proteger também uma busca pela verdade em termos mais passíveis de confiabilidade, como é o caso da própria regra de exclusão de prova obtida por meios ilícitos. Da exclusão de, por exemplo, um testemunho obtido sob ameaça, depreende-se mais do que deferência aos direitos humanos e devido processo legal também a preocupação em evitar que o processo seja contaminado com informações desprovidas de fiabilidade, uma vez que obtidas à base de uso da força.³⁰ O problema reside, portanto, em quando a regra além de contra epistemicamente indicada não se justifica enquanto respeitosa a outras razões (TARUFFO, 2016, p. 161). Nesse sentido, a seguir fica explícito:

Mesmo a pesquisa científica, que pode ser considerada como o modelo ideal de atividade epistêmica, pode encontrar limitações que derivam da necessidade de

incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 4o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)” (BRASIL, 1942).

²⁸ O Direito em seu domínio normativo é um sistema excludente na medida que impõe diretrizes obrigatórias que fazem juízes excluírem de sua análise sobre o significado da disposição normativa considerações que levariam em conta para dar resultados que entendessem melhores. Ora, se o Direito com relação às normas apresenta razões excludentes, o mesmo, naturalmente, estende-se à investigação dos fatos (SCHAUER, 2016, p. 329).

²⁹ Sobre isso ver SHECAIRA e STRUCHINER (2016, pp. 149-153).

³⁰ Disso não decorre que a existência de regras de exclusão seja algo tão facilmente aceito quando em outros exemplos, como é o caso da regra de exclusão da “prova por boatos”. No referido exemplo, autores como Bentham vão tratar a “prova por boatos” como uma questão de grau a ser analisada no contexto específico, não entendendo necessária sua exclusão. Já dentro de cenários em que se aplica a regra de exclusão da “prova por boatos” esta não seria nem mesmo considerada. Essa contraposição mostra a deferência de Bentham à tese segundo a qual se deve levar em conta qualquer fonte de informação, ainda que em diferentes graus, manifestando-se uma abordagem que evita a exclusão fundada em regras (BENTHAM, 1827 apud SCHAUER, 2016, pp. 321-322).

realizar valores aos quais se atribui prevalência, como aqueles que dizem respeito à dignidade e à liberdade do homem ou à tutela da vida. Então, o problema não é de se excluir em absoluto qualquer limite ou condicionamento à busca da verdade no âmbito do processo. Trata-se, mais do que isso, de valorar quais limites e condicionamentos justificam-se e quais, ao invés disso, além de serem epistemologicamente contra indicados, são também carentes de justificativa ideológica aceitável (TARUFFO, 2016, p. 161).

O sistema da prova legal, que estabelecia a priori o valor probatório que deveria ser atribuído pelo juiz para cada tipo de prova (TARUFFO, 2014, p. 131), é um adequado exemplo de sistema que pode funcionar de forma contra epistêmica. Isso na medida que regras de prova legal funcionam obrigando o juiz a considerar verdadeiros fatos cuja veracidade não se sabe coisa alguma, a exemplo da confissão tida como vinculante. A preocupação desse tipo de sistema é simplificar a atividade probatória, ainda que se sujeitando ao risco de um déficit de alcance à verdade nem mesmo mensurável (TARUFFO, 2016, p. 193). Todavia, não é, de toda forma, o sistema da prova legal o qual se aplica predominantemente³¹ no Brasil, mas, sim, o do livre convencimento racionalmente motivado, conforme se extrai do artigo 155 do CPP³², do qual se entende que é livre a valoração do juiz com relação ao peso que deve ser atribuído às provas, desde que de forma racionalmente motivada. Disso decorrendo uma obrigatoriedade de racionalidade na decisão sobre fatos, de maneira que se assuma, obrigatoriamente, um compromisso com a verdade (TARUFFO, 2016, p. 189).³³

Ao terceiro desafio para a dimensão epistêmica do processo pode-se responder, então, que a existência de regras, súmulas e jurisprudência, bem como da argumentação teórica institucional daí decorrente não é por si só um obstáculo e pode até funcionar de forma positiva à correta determinação dos fatos. Todavia, seria inadequado concluir aqui com

³¹ “Predominantemente”, pois todo sistema admite resquícios de outro, de forma que da não predominância do sistema da prova legal na atualidade não decorre seu total declínio, subsistindo-se ainda hoje regras de prova legal nos ordenamentos jurídicos (TARUFFO, 2016, p. 190). O efeito vinculante da confissão no processo trabalhista é um exemplo desse resquício no Direito brasileiro.

³² Esse artigo dispõe que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)” (BRASIL, 1942).

³³ Dessa forma, afastando-se aqui de uma outra acepção do livre convencimento motivado segundo a qual o juiz está desvinculado de regras de prova legal e também de regras de racionalidade, tornando-se a questão meramente subjetiva. Essa concepção *irracionalista* é impassível de convivência com a tese aqui proposta de que o processo pode funcionar como um instrumento epistemicamente adequado à determinação dos fatos (TARUFFO, 2016, p. 189).

relação ao tema, porque o motivo de lidar com testemunhas impor severo labor ao juiz é em especial decorrente do fato de não termos um sistema racional em termos de tratativa das provas dependentes da memória. Para melhor expor isso, seguirei à análise de dificuldades específicas quanto à testemunha em paralelo às inadequações dos entendimentos institucionais, com isso, direcionando-me, finalmente, ao capítulo 2.

2. PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA E O RISCO DE CONDENAÇÕES INJUSTAS NO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

Antônio Cláudio Barbosa de Castro é o brasileiro que cumpriu cinco anos de prisão antes de ter sua liberdade recuperada após ser injustamente detido por crimes de estupro que foram cometidos por um homem 0,27 centímetros mais alto do que ele.³⁴ Ronald Cotton é o afro americano acusado de estupro e preso após uma identificação confiante, porém incorreta, feita pela caucasiana Jennifer Thompson. Foram dez anos de prisão até que Cotton teve sua liberdade de volta após um teste de DNA que comprovou sua inocência.³⁵ Os exemplos são expressivos da gravidade das consequências que podem advir do incorreto uso do testemunho pelo decurso do tempo elevado, embora sejam apenas alguns entre os muitos casos já registrados de erro.³⁶

Esse capítulo se dedica a apresentar as razões que tornam correto dizer que até mesmo testemunhas bem intencionadas podem cometer equívocos graves, gerando resultados incorretos como os previamente citados. Para isso, explicarei os motivos que norteiam a necessidade de reconhecer que testemunhas mentirem é um, mas não o único problema que enfrenta a dimensão epistêmica do processo com relação ao testemunho. Para deixar isso adequadamente demonstrado, seguem, primeiro, algumas considerações acerca do ponto das testemunhas que mentem.

2.1. Testemunhas que mentem e o erro em torno da palavra “mentira”

³⁴ Mais informações sobre esse caso podem ser encontradas no site do Innocence Project Brasil. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/casos>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³⁵ É possível acessar mais informações sobre a condenação errada de Ronald Cotton no site do Innocence Project. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/cases/ronald-cotton/>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³⁶ Além dos casos passíveis de consulta nos sites do Innocence Project, destaco um dos que muito me influenciou a escolher esse tema de monografia, que é o de Steve Titus, acusado pelo estupro de uma mulher que pedia carona na rua. O reconhecimento da vítima em relação a Titus foi de “esse é o que mais se parece” em sede de reconhecimento na polícia a um “tenho absoluta certeza que foi ele” em tribunal. Titus foi condenado e levado à prisão. Foi um jornalista quem encontrou o verdadeiro culpado, que confessou. Titus foi liberto, mas a condenação errônea causou prejuízos a sua vida que resultaram em um ataque cardíaco de estresse. Essas e mais informações sobre esse caso podem ser obtidas no TED Talk de LOFTUS. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/transcript?language=pt-br#t-187319>. Acesso em: 30 jun. 2020.

2.1.1. Discutindo o termo “mentira”

Ao se falar do termo "mentira" a questão tipicamente posta é sobre a *identificação* de uma mentira, ou seja, verificar quando alguém está mentindo (FALLIS, 2009, p. 01). Os sistemas jurídicos concedem atenção a isso no ambiente processual. Do ponto de vista *conceitual*, entretanto, cabe sinalizar que o CPP, doutrina e jurisprudência brasileiros entendem incorretamente a palavra “mentira”, fazendo uma “contraposição indevida entre verdade e mentira” (RAMOS, 2018, p. 71).

O oposto de verdade não é mentira, mas, sim, *falsidade*, importando salientar que mentira e falsidade não são sinônimos, podendo uma ocorrer sem que a outra o faça. A mentira é uma *declaração* que se *acredita* ser falsa e mesmo assim é feita num contexto em que a testemunha sabe (pela existência de uma norma conversacional) que não deveria dizer o que ela acredita ser falso (FALLIS, 2009, pp. 06-08).

Por exemplo, se uma testemunha realiza um reconhecimento apontando como culpado alguém que não acredita que foi o responsável pelo crime, então a testemunha mente. Por outro lado, se, fidedignamente, identifica-se quem se acreditava ser o culpado, a pessoa não mente. Mas, caso o reconhecido em questão não seja o criminoso, então, ocorreu um *erro honesto*, que é aquele no qual a testemunha diz o que acredita ser verdadeiro, mas sua recordação não corresponde à verdade. A testemunha, portanto, pode não mentir e ainda assim dizer algo que não é verdadeiro, daí ser inadequada a contraposição entre verdade e mentira, como se na incoerência de uma viesse, necessariamente, a outra.³⁷

O motivo em prol de uma conceituação da palavra mentira como não sinonímica de falsidade está relacionado ao fato de que “o que é relevante é o *estado mental* do mentiroso em vez do estado real do mundo” (FALLIS, 2009, p. 13, tradução livre).³⁸ Dessa forma,

³⁷ Trazendo para fora do ambiente jurídico para uma compreensão mais fácil, embora sutil, é marcante a diferença: “alguém que tem uma moeda no bolso e sabe disso mente ao afirmar que não possui uma moeda no bolso. Por outro lado, alguém que tem uma moeda no bolso e não sabe disso não mente, mas comete um erro honesto, ao afirmar que não possui uma moeda no bolso” (RAMOS, 2018, p. 71).

³⁸ A ideia de que a declaração não precisa ser de fato falsa para que haja mentira é, inclusive, um ponto de concordância entre a maioria dos filósofos. Uma abordagem quanto a isso pode ser vista em FALLIS (2009, pp. 12-13). Da mesma forma, de a declaração não ser mentirosa não decorre que seja necessariamente verdadeira, sobre isso neurocientistas contemporâneos dizem que “verificar a veracidade de uma crença, indubitavelmente,

estando a mentira diretamente ligada a um estado mental de *não sinceridade* num contexto em que se sabe que a sinceridade deveria prevalecer. Assim, em que pese não ser a contraposição levantada pelo Direito, a palavra mentira é o oposto de *sinceridade* (RAMOS, 2018, p. 71).

Por isso, a afirmação pode ser verdadeira e sincera; falsa e mentirosa; e, inclusive, é possível que uma afirmação seja mentirosa (ou seja, não sincera, porque não corresponde à recordação da testemunha do que ela acredita ser a verdade) e, ainda assim, verdadeira (ou seja, corresponda à realidade). Importando ao Direito, em última instância, para fins de busca da verdade, não se a testemunha está sendo sincera, mas, sim, se está dizendo a verdade (RAMOS, 2018, p. 72).

A contraposição inadequada entre “mentira” e “verdade”, entretanto, é algo que prevalece nos sistemas jurídicos e inclusive se reflete em técnicas de detecção de mentiras. Agora sigo para uma análise das técnicas em questão. Demonstrarei como a adoção desta contraposição incorreta se reflete em metodologias pouco fiáveis, de maneira que não seja possível verificar quando uma testemunha está mentindo nem mesmo em cenários em que isso importaria, ou seja, quando a mentira coincide com a falsidade.

2.1.2. A viabilidade epistêmica das estratégias para detectar mentiras

Os legisladores diante de uma preocupação direcionada à contenção de mentiras criam normas como as que excluem o testemunho de pessoas com grau de parentesco ou laço de matrimônio. Ou, ainda, as que destacam certas pessoas como suspeitas e que têm de ter especial atenção por parte do juiz (TARUFFO, 2016, p. 173).

Adicionalmente, é possível identificar a prevalência de alguns princípios que se põem também em prol da preocupação com mentiras. O princípio da oralidade, por exemplo, requer que no momento de produção da prova testemunhal esta seja feita de forma oral, consistindo a produção de testemunho via escrita uma possibilidade apenas em situações excepcionais (TARUFFO, 2014, p. 119). Somado ao princípio da oralidade viria também o do contato

não fornece ao juiz informações sobre a chamada “verdade fundamental” — isto é, se a crença é verdadeira.” (SHEN; JONES, 2019, p. 269).

imediatamente do julgador com a prova produzida, entendendo os que o defendem que o juiz estar diante da testemunha seria uma adequada forma de melhor analisá-la e posteriormente valorar a prova (TARUFFO, 2014, p. 119). A combinação de princípios como esses com o contraditório permitiriam ao juiz analisar a confrontação das partes e eventuais discrepâncias que daí surgissem.

O Direito, através de mecanismos como o do contato direto, também *pressupõe* que o juiz, ao se dispor imponentemente perante a testemunha seria capaz de a constranger a ser sincera ou ao menos perceber que esta não está o sendo. Pequenas demonstrações como a de sinais com a cabeça, nervosismo, repetição de palavras, hesitação, sinais de suor e tantos outros seriam, então, notadas, garantindo-se, assim, que o processo não fosse contaminado por mentiras (RAMOS, 2018, p. 95).³⁹

O uso de polígrafos por parte dos policiais, monitorando frequência cardíaca, transpiração e similares vão ao encontro (de forma complementar ao contato direto com o juiz) do mesmo interesse em detectar mentiras (FALLIS, 2009, p. 1). Ainda é, também, o caso de técnicas recentes como o eletroencefalograma (EEG)⁴⁰ e a Ressonância Magnética Funcional (fMRI).⁴¹

³⁹ Aqui cabe ressaltar uma diferença quanto às técnicas de interrogatório oral utilizadas a depender do sistema (civil ou common law). No caso dos sistemas de common law é comum o *interrogatório cruzado*. Nesse tipo de interrogatório são os advogados das partes quem fazem as perguntas para as testemunhas e o papel que o juiz possui aqui é passivo e arbitral. Em contraposição a este, existe o método de interrogatório dos sistemas de civil law, em que o juiz tem papel dominante, sendo a quem cabe o dever de realizar o interrogatório. A princípio, seria no segundo tipo em que uma busca pela verdade seria mais efetivamente contemplada, visto o papel neutro e em tese epistemicamente comprometido que o juiz possui. Todavia, não se pode ignorar que o juiz possa simplesmente não estar dedicado a esse labor, disso decorrendo testemunhos superficiais. Ainda, com relação ao primeiro tipo, não se pode desconsiderar que, em prol da vitória da causa, por vezes há maior vigor dos advogados no interrogatório cruzado (TARUFFO, 2014, pp. 120-125).

⁴⁰ Esse mecanismo detecta, localiza e registra a atividade elétrica do cérebro durante seu funcionamento, tendo como proposta (que pouco se constatou na prática) detecção de mentiras com base nos padrões elétricos do cérebro da pessoa analisada (SHEN; JONES, 2019, p. 263).

⁴¹ Através deste se verificam as mudanças no movimento sanguíneo do cérebro enquanto o analisado realiza certas tarefas mentais, de forma a se verificar via padrões (região, quantidade de tempo e de exercício das funções) se a pessoa está sendo honesta. O fMRI é posto em dúvida, entretanto, visto que a *mentira instruída* (em que o pesquisador solicita ao testado para mentir no scanner) é algo que não se confunde com *mentiras do mundo real*. Pois na segunda o indivíduo é efetivamente desonesto, enquanto na primeira há uma *desonestidade instruída*, que não contém o aspecto intencional e por isso não poderia ser identificada como uma *real* mentira. Há, portanto, uma pouca aceitação suposição de que a mentira dita num scanner, que não gerará consequências, estaria ativando as mesmas regiões do cérebro que a mentira do mundo real com consequências graves (SHEN; JONES, 2019, pp. 275-278).

Entretanto, algo que é *cientificamente* alertado é o fato de que, em verdade, é questionável que se possa realmente confiar no juiz como alguém capaz de, efetivamente, detectar mentiras. E assim o é porque estudos com relação a indicadores paraverbais (como entonação, ritmo do discurso e silêncios não naturais na fala) e fatores como o tempo da decisão para uma identificação se mostraram ineficientes para detectar mentiras. Diante da impossibilidade, até mesmo de pessoas treinadas e com aparato científico, em reconhecer com segurança quando alguém mente, torna-se o esforço do juiz o equivalente a um jogo de adivinhação ou de moedas (RAMOS, 2018, pp. 95-96).

Com relação ao delimitado como primeiro problema específico do testemunho — o de testemunhas que podem estar mentindo — é possível fechar algumas considerações antes de seguir. A primeira delas é que o Direito não adota o conceito adequado de mentira para a preocupação que possui (ou deveria possuir) de busca da verdade. Assim o é porque deixa de lado a possibilidade de que *erros honestos* ocorram, de forma que testemunhas *sinceras* ainda assim emitam falsidades. Adicionalmente a isso, também não se mostra preparado para lidar de forma epistemicamente válida com a detecção de mentiras propriamente dita, mesmo quando assim o fosse relevante (mentira coincidindo com falsidade).

Ademais, o risco de que testemunhas mintam é algo que a comunidade jurídica está ciente e atenta, de forma que, por exemplo, possa-se legislativamente impedir que testemunhe uma pessoa emocionalmente ligada ao acusado (como um cônjuge) que terá maior tendência a mentir. Regras de exclusão minimamente freiam as chances de que o juiz realize um exercício de adivinhação, porque previamente impedem que ele faça qualquer esforço infundado de detecção de mentiras.⁴²

Ainda que se pressuponha que as regras cumpram esse papel, entretanto, conforme já dito, cabe considerar os casos em que não haverá nenhuma regra ou óbvio motivo que ponham em dúvida a testemunha e ainda assim ela estará fazendo uma alegação que não é

⁴² Isso não significa dizer que esse tipo de testemunho de uma pessoa “suspeita” não possa ser admitido, pois a fase de admissão não se confunde com a de valoração. Mas entendo que não permitir em certos contextos que a prova seja até mesmo admitida manifesta uma preocupação institucional em nem mesmo arriscar que a prova posteriormente não receberá a valoração correta.

verdadeira. A esse problema, o de testemunhas que não mentem mas também não dizem a verdade, finalmente, encaminho-me.

2.2. Testemunhas que não mentem, mas também não dizem a verdade

O testemunho de uma pessoa deficiente mental não é necessariamente inadmissível enquanto tal, mas a falta de capacidade mental suscita sérios problemas relativos à averiguação da credibilidade desse testemunho. Sob qualquer circunstância, a pessoa que é ouvida como testemunha deveria ser capaz de observar, registrar, recordar e reconstruir os fatos, assim como de entender a obrigação de dizer a verdade (TARUFFO, 2014, p. 61).

A frase com a qual se parte por um lado expressa o cuidado que os sistemas jurídicos têm ao tratar do testemunho de uma pessoa com deficiência mental, concedendo atenção à baixa credibilidade que estes, em regra, podem receber. Por outro lado, aponta, ainda, que o mesmo não ocorre quando se está diante de testemunhas tidas como plenas de capacidade mental. Pois em razão de não existirem notáveis motivos de incredibilidade com relação à palavra dessa testemunha (como no caso da pessoa com deficiência mental) se presume, erroneamente, que as limitações cognitivas de alguém em perfeito estado mental não devam ser questionadas sob qualquer circunstância.⁴³

Robustecer a ideia de que é incorreta essa presunção e explicar como disso, também, podem resultar erradas percepções do valor probatório que merece a palavra da testemunha exige alguns esforços. O primeiro deles é o de fazer considerações sobre a *memória humana* e a quais riscos está sujeita quando usada como fonte de prova para a determinação dos fatos, ao que sigo agora.

2.2.1. A memória e seu incorreto tratamento como máquina fotográfica

⁴³ Acerca da epistemologia do testemunho existem duas correntes: o presuntivismo (ou não reducionismo) e o não presuntivismo (ou reducionismo). O presuntivismo parte da crença em dois princípios, o primeiro deles é a credulidade, segundo a qual se entende uma predisposição do indivíduo a acreditar na palavra do outro. O segundo princípio é aquele que enxerga uma predisposição no ser humano a dizer a verdade. Já o não presuntivismo entende que para acreditar na palavra do outro, para além de ausência de motivos para duvidar, tem-se de oferecer razões que, ao contrário, afirmam, positivamente, motivos para acreditar num testemunho. O sistema jurídico brasileiro, ao não questionar a credibilidade da testemunha que não tem qualquer deficiência mental ou qualquer outro fator aparentemente impeditivo do tipo, adota uma postura presuntivista com relação ao testemunho (RAMOS, 2018, pp. 73-85).

A memória humana, pelo senso comum, é tratada como uma máquina fotográfica. Basicamente, existe uma presunção de que esta, uma vez diante de um evento, é capaz de armazenar suas informações como se fossem uma foto ou vídeo em miniatura e reproduzi-las, intactamente, ao longo dos anos. Para compreender o erro que reside nisso e o novo desafio que, por consequência, põe-se à tratativa das provas dependentes da memória, são necessários alguns esclarecimentos sobre o real funcionamento da memória humana.⁴⁴

O cérebro humano se divide em três regiões principais: o prosencéfalo, o mesencéfalo e o rombencéfalo. O prosencéfalo é a parte que fica em cima e mais à frente, próxima ao rosto, o rombencéfalo é o que está mais distante do prosencéfalo, estando o mesencéfalo nesse meio. É no prosencéfalo que se localiza o córtex cerebral (uma das principais estruturas dentro da região do cérebro), responsável pelo recebimento e processamento de informações obtidas através dos sentidos. É também nessa região que se encontra o sistema límbico, que contém o hipocampo, responsável pela aprendizagem e formação de *memória* (STERNBERG, 2008, pp. 48-51).

O que se faz para defender uma afirmação sobre o conhecimento de determinado fato é, precisamente, apelar a essa memória, podendo a perda da memória ser também entendida, dessa forma, como perda de conhecimento (MOSER; MULDER; TROUT, 2009, p. 123).⁴⁵ É através da memória que mantemos e acessamos informações passadas para que a apliquemos no presente (STERNBERG, 2008, p. 156).

A memória humana desempenha três funções básicas, que são: *codificação*, *armazenagem* e *recuperação*. A codificação é a etapa preliminar, em que os dados sensoriais recebidos e processados pelo córtex assumem a forma de uma representação mental. Na segunda fase, de armazenagem, são mantidas essas informações já codificadas. Na última, de recuperação, realiza-se a utilização dessas informações armazenadas (é o momento em que ocorre o esforço de acessar o que se tem guardado na mente) (STERNBERG, 2008, p. 156). A possibilidade de que erros honestos ocorram (uma outra forma de se referir a esses é apontar

⁴⁴ Sobre essa concepção errônea, porém comum, com relação ao funcionamento da memória ver LOFTUS na exposição já mencionada na nota de rodapé número 36.

⁴⁵ Há controvérsia sobre se o testemunho necessariamente implica transmissão de conhecimento. Mas, por certo, a perda de memória impede que haja transmissão das informações que possui a testemunha e, com isso, a chance de que se possa averiguar que grau de confirmação epistêmica é devido (RAMOS, 2018, pp. 63-67).

que o erro se deu por uma *falsa memória*⁴⁶) é reflexo de intervenção em alguma dessas funções básicas da memória.

2.2.1.1. A codificação e as falhas de percepção

No momento da codificação podem ocorrer *falhas de percepção*, que são dificuldades relacionadas à observação do fato. Para o caso de erro honesto que é cometido em consequência de uma falha de percepção é necessário ressaltar que a testemunha do fato o lembra (não há falha de recordação, porque a pessoa lembra perfeitamente). Entretanto, o fato será lembrado de forma inconsistente com a realidade, em consequência da falha em questão (RAMOS, 2018, p. 99).

Aspectos visuais básicos (luz, alterações de luz e cores), por exemplo, afetam a percepção dos fatos: situações com pouca luminosidade tornam mais dificultosa a noção de detalhes e de detecção de cor. A estimativa de *velocidade* de um veículo feita por uma testemunha é pouco confiável. A *distância* da testemunha em relação ao sujeito que observa também pode ser fatal para a identificação, perdendo-se precisão à medida que aumenta a distância entre ambos. O *tempo de exposição* ao evento colabora para imprecisões: quanto menor o tempo com o indivíduo menores são as chances de reconhecimento correto e vice-versa (RAMOS, 2018, pp. 99-104).

Ainda, fatores como *idade* podem ser decisivos, de forma que pessoas mais jovens possuem maior probabilidade de identificarem corretamente um suspeito, em contraposição a idosos e crianças, que possuem menor probabilidade de o fazer. O mesmo é o caso de pessoas que presenciam o fato após ingestão de pesadas doses de *bebida*: uma vez que sofram o chamado blackout (apagamento), tem-se como consequência uma lacuna na memória da testemunha (RAMOS, 2018, pp. 107-109).

⁴⁶ Ambas as expressões caminham no mesmo sentido: a ideia de que alguém diz algo que não equivale à realidade do mundo, mas não o faz de forma mentirosa (insincera) mas, sim, totalmente fidedigna à lembrança que possuem. Sobre um pouco da história em torno da expressão “falsa memória” ver LOFTUS; COAN; PICKRELL (1996, pp. 195-199). Ressalto que daqui em diante utilizarei ora uma expressão ora outra no mesmo sentido.

O *efeito do foco da arma* é percebido sempre que em decorrência da presença da arma a vítima direciona maior atenção para esta, abstendo-se de olhar os demais detalhes para além da arma. Isso significa que em cenários com a presença de arma a capacidade de correta codificação de outros itens que cercam a vítima (incluindo o rosto do agressor) é menor do que em cenários em que a arma não está presente (SAUNDERS, 2009, p. 326).

O motivo desse efeito do foco da arma não está somente relacionado ao elevado risco que esta representa ao usuário. Mais especificamente, pesquisas revelam que o que também atrai a atenção para a arma é o fato de estar presente num *contexto* em que não é esperada. É por essa razão que, por exemplo, o efeito do foco da arma não distorce a percepção dos fatos ao redor quando esta está sendo utilizada num campo de treinamento de tiro, mas o faz no caso de um assalto na rua ou roubo de banco (SAUNDERS, 2009, p. 326).

Ainda que não seja o único motivo cientificamente apontado como causador do efeito do foco da arma, a exposição a situações perigosas em sua generalidade apresentam como consequência o *estresse*. Esse, igualmente, funciona como elemento contaminador que prejudica a codificação correta dos fatos (RAMOS, 2018, p. 108).

Basicamente, ao correr um perigo, o ser humano reage com fuga ou enfrentamento ao ataque que lhe é feito, e, ao fazê-lo, tal reação envolve estresse, liberando-se de uma vez a energia que seria usada em longo prazo. Um dos efeitos decorrentes dessa extrema situação é o Transtorno de Estresse Pós-Traumático, no qual se altera, negativamente, a cognição dos fatos, causando-se, por exemplo, atenção seletiva, concedendo-se mais foco em alguns detalhes em contraposição a outros. Inclusive, é por isso que o elemento também é levantado como um dos relacionados ao efeito do foco da arma (EMYGDIO et al., 2019, pp. 03-04).

Por consequência dessas considerações somadas a pesquisas próprias de identificação feita por testemunhas é que se depreendeu, com elevada confiabilidade do ponto de vista científico, que “o estresse tem efeito negativo tanto na acuidade da identificação promovida por testemunhas quanto na memória de detalhes” (RAMOS, 2018, p. 108).

2.2.1.2. O armazenamento e o efeito do decurso do tempo

Já com relação aos dados armazenados, estes não escapam do esquecimento, acerca do qual existe debate sobre a natureza⁴⁷. Mas, independente dessa discussão, *o decurso do tempo* faz com que o referido esquecimento ocorra e, por isso, surge uma incorreta ou insuficiente declaração sobre os fatos quando chegar o momento da recuperação deles (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1060).

A passagem de tempo em questão nem mesmo precisa ser longa, pois basta que corram algumas horas depois do evento e isso já é suficiente para que um erro ocorra (GARRETT, 2011, p. 72). A mudança da narrativa, entretanto, nem sempre é drástica, às vezes podendo-se perder apenas pequenos detalhes (RAMOS, 2018, pp. 110-111).

De toda forma, é correto afirmar como epistemicamente inadequada a argumentação institucional que, baseada na súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁸, alega que o mero decurso de tempo não pode ser usado como justificativa para o pedido de produção antecipada do testemunho (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1065). Essa observação é pertinente porque as vezes não apenas semanas como meses correm até que uma testemunha seja chamada para depor, e, mais especificamente no Brasil, as vezes são anos.

2.2.1.3. A recuperação e suas falhas

No momento da recuperação erros podem ocorrer como reflexo da passagem de tempo, que afeta os dados armazenados. Mas, também, esses erros podem acontecer porque a memória pode ser influenciada por diversos fatores e contextos (RAMOS, 2018, p. 109). Isso significa considerar que a memória em seu momento de recuperação não está sujeita apenas a

⁴⁷ Basicamente, são duas as teorias sobre o tema: teoria da interferência e teoria da deterioração. Segundo a da interferência, o efeito de informações concorrentes faz com que haja interferência na armazenagem e consequente recuperação de outras. Isso pode se dar tanto por fato posterior ao que aprendemos, mas antes de que tenhamos de recordar (interferência retroativa) quanto anterior à aprendizagem do conteúdo a ser lembrado (interferência proativa). Já a segunda teoria, da deterioração, entende o esquecimento não como reflexo de uma espécie de substituição, como é o caso da primeira, mas, sim, de gradual desaparecimento dos dados armazenados desde que nada seja feito para lá os manter intactos (STERNBERG, 2008, pp. 202-206).

⁴⁸ A súmula dispõe o seguinte: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.” (BRASIL, 2010).

um esforço *reconstrutivo*, no qual através de pistas ou inferências se é capaz de acessar os dados armazenados, os recuperando. A memória também é *construtiva*, pois está sujeita a afetação e, portanto, *distorção* (STERNBERG, 2008, p. 207).

Assim, atitudes dos agentes que cercam a testemunha e novas informações posteriores à codificação do evento a *sugestionam* de maneira que, *mesmo após o evento*, apresentem uma recordação igualmente errônea da realidade dos fatos (RAMOS, 2018, p. 110).⁴⁹ Isso significa considerar que ainda na situação em que no momento de codificação não tenha sofrido influência de um elemento contaminador, na recuperação o sugestionamento através de certos fatores pode igualmente trazer como resultado uma falsa memória.

O primeiro fator aqui tratado é o de *informação pós evento*. Em um momento inicial, sobre isso importa dizer que no passado já foi entendido que a exposição a informações pós evento apenas afetaria a memória com relação a itens periféricos, e não os realmente relevantes. Dessa forma, eventos importantes e emocionalmente carregados vivenciados pelo indivíduo não poderiam ser alvo de criação de uma falsa memória. Todavia, dados recentes sugerem um caminho oposto. Assim, em casos como nos de abuso sexual se está sujeito ao efeito da sugestão via informações recebidas após o evento (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2008, p. 540).

A memória traumática de, por exemplo, um caso de estupro não fica intacta por anos e até mesmo informações sem conexão alguma com o evento podem ser recuperadas em níveis acima do correto. A consequência dessa interferência de informações sejam conexas ou não à memória do evento original é negativa para a realização da recuperação dos dados armazenados, dando-se brecha a uma falsa memória (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2008, p. 545).

⁴⁹ Apontar que um erro honesto pode ocorrer exclusivamente em virtude de sugestionamento na fase de recuperação, entretanto, não exclui que possa se dar por uma soma de fatores relacionados a outras funções da memória. Por exemplo, informações recentes levantadas com relação ao efeito do foco da arma tem apontado que, para além do problema voltado à codificação, relacionado à descrição dos demais itens que não a arma (os periféricos, não centrais) há dados que demonstram a falibilidade da memória também com relação a itens centrais. Um questionário inadequado ou informações enganosas podem, dessa forma, afetar a memória também com relação à recordação de itens centrais, ainda que a memória seja mais forte com relação a eles (SAUNDERS, 2009, p. 334).

Um outro elemento sugestivo é o *feedback sobre o desempenho da testemunha*. Inevitavelmente, investigadores formulam hipóteses sobre quem é o suspeito e, por isso, fornecem *feedback* sobre o desempenho da testemunha durante um procedimento de reconhecimento ou na obtenção de um testemunho oral (RAMOS, 2018, p. 114).⁵⁰ Em um dos casos com o qual se iniciou esse capítulo, o de Ronald Cotton, a testemunha recebeu, após o reconhecimento, um *feedback* positivo sobre a qualidade de sua identificação, sendo informada que o homem que reconheceu através do *line up*⁵¹ era o mesmo que ela havia identificado por foto, o que em suas palavras “foi um gigantesco alívio” (tradução livre).⁵²

Ações como dizer, após a identificação, que o identificado já foi preso previamente por crimes ou que tem o mesmo nome que a vítima disse que ouviu de seu agressor funcionam de forma negativa.⁵³ A consequência desse *feedback*, portanto, é indesejável, pois aumenta o nível de confiança e consequentemente a vítima prosseguirá dali em diante crendo ter encontrado o culpado pelo crime.

Cabe complementar que mesmo formas de sugestivo não verbais realizadas pelo administrador do *line up* que conhece o suspeito do crime podem funcionar como *feedback* para a testemunha. Pequenas manifestações como balançar a cabeça em positivo ou negativo, acenar a cabeça, apontar, ir mais rápido ou devagar em relação a um suspeito (isso especificamente no procedimento de reconhecimento) interferem na qualidade da identificação (GARRETT, 2011, p. 62).

Um outro elemento contaminador, relacionado ao interrogatório da testemunha, é a *forma como a pergunta é feita*. O ambiente em que se ouve uma testemunha em geral não é acolhedor. Além disso, problemas adicionais como o uso de perguntas

⁵⁰ Cabe destacar que o policial realizar tal sugestivo não deve ser entendido, necessariamente, como erro de conduta: ele pode acreditar de verdade que o suspeito é culpado e ter razoáveis motivos para tal conclusão. O problema reside em poder estar errado com suas suspeitas e nulificando a validade epistêmica de uma das provas do caso (GARRETT, 2011, p. 49).

⁵¹ O *line up* pode ser conceituado como: “uma técnica de investigação criminal na qual a polícia dispõe um grupo de indivíduos enfileirados lado a lado diante da testemunha de um crime, e, a partir daí, pede-se à testemunha — que não fica visível para os suspeitos — que aponte o indivíduo que cometeu o crime.” (DAVIS; LOFTUS, 2019, p. 363).

⁵² Com relação a esse dado específico do caso de Ronald Cotton consulte GARRETT (2011, p. 62).

⁵³ Os exemplos aqui apresentados em abstrato são baseados em casos reais em que houve condenação errônea expostos por GARRETT (2011, p. 62).

sugestivas/confirmatórias, perguntas fechadas ou a interrupção do declarante igualmente contribuem de forma negativa, ampliando as chances de erro (MATIDA, 2019b, p. 94).

Esses erros de interrogatório refletem, tal como o feedback sobre o desempenho da testemunha, uma tendência do interrogador a tentar comprovar suas teses preexistentes através da criação de novas provas em sede de obtenção de testemunho. Assim, o responsável pelo interrogatório o modela de forma *enviesada*, apresentando questões (classificadas “leading questions”) que “visam dirigir a testemunha a confirmar aquilo que o entrevistador pretende consciente ou inconscientemente” (RAMOS, 2018, p. 116).⁵⁴

Existe também problema com relação a perguntas mal formuladas no seu próprio sentido lógico, ou que contém negações (duplas ou não). A testemunha pode pedir um esclarecimento, mas também pode optar por responder uma pergunta que pouco compreendeu, igualmente, prejudicando a qualidade da narrativa (RAMOS, 2018, pp. 116-117).

Restando esclarecidos os elementos que interferem em cada função da memória cabe enfatizar que, uma vez que haja tal contaminação “as memórias não podem ser purificadas e restauradas ao seu estado original por meio de procedimentos supostamente curativos” (DAVIS; LOFTUS, 2019, p. 320). Isso sem dizer que na vida real os efeitos tendem a ser piores: por mais que os pesquisadores tentem reproduzir o mundo real em seus experimentos, isso não é possível de todo (DAVIS; LOFTUS, 2019, p. 339).

A esses elementos contaminadores da fase de recuperação se somam mais alguns problemas naturais da (in)capacidade de reconhecimento humano, que igualmente merecem destaque (especificamente com relação ao reconhecimento de pessoas). O primeiro deles é o de que *o testemunho ocular é inevitavelmente incerto*, o que já restou comprovado seja por estudos de combinação de rostos, de precisão de identificação ou de taxas de identificação de

⁵⁴ No Brasil se aplica uma das técnicas de interrogatório mais famosas do mundo: o método Reid. Tal método permite que o responsável pelo interrogatório faça o uso de blefes, persuasão e manipulação psicológica durante a extração do testemunho (MOSCATELLI, 2020, pp. 374-375). A possibilidade de uso de tais estratégias conversa com a preocupação do interrogador em confirmar sua hipótese, pois caso não o consiga por métodos usuais o poderá fazer através de tais blefes e manipulações que o método Reid permite que sejam usados.

“suspeitos-versus-despistador”. Tais estudos revelaram como o testemunho ocular é inadequado para ser usado como prova de uma condenação (DAVIS; LOFTUS, 2019, p. 334).

O segundo é o *cross race effect*. Basicamente, quando se está diante da necessidade de realização de uma “identificação com cruzamento de raças” (“cross race identification”), como é o caso do homem negro como suspeito e mulher branca como vítima, a testemunha está mais sujeita a cometer erros de identificação. Isso é decorrente do que se classifica como efeito do contato com outra raça (GARRETT, 2011, pp. 72-73). Em decorrência dele que aos olhos de uma pessoa de raça diversa todos parecem iguais, não à toa expressões como “japoneses parecem todos iguais” “negros parecem todos iguais” são comuns no cotidiano (MATIDA, 2019a, p. 105).⁵⁵

Mediante todas essas considerações é que se pode retomar o ponto de partida desse tópico para enfatizar como, em definitivo, a memória humana não funciona igual a uma máquina fotográfica ou um gravador de vídeos. Importa também reforçar que os sistemas jurídicos, em sua generalidade, não têm ciência (ou ao menos não se preocupam) da necessidade de, diante de tudo isso, tomar medidas acerca do tratamento das provas dependentes da memória. Acerca disso cabem mais algumas pontuações.

2.2.2. A lacuna com relação ao problema da memória no Brasil

Embora o sugestionamento possa vir de diferentes fontes como outras testemunhas do caso e mídias,⁵⁶ não se pode ignorar que o próprio sistema criminal, através de seus agentes, é, por vezes, o grande responsável pelos problemas de contaminação da memória.⁵⁷ Com

⁵⁵ No caso de partida deste capítulo (Ronald Cotton) destaquei ainda lá a raça diversa deles (ele afro americano e ela caucasiana) para agora enfatizar que dentre os fatores que influenciaram no reconhecimento errôneo está o *cross race effect*.

⁵⁶ Se a testemunha tiver contato com a narrativa de outras testemunhas, tem sua percepção da realidade alterada. O contato com estas outras, ademais, nem precisa vir de forma presencial. As mídias sociais, nesse sentido, podem desempenhar enorme papel contaminador da memória por mecanismos diversos. Twitter, Facebook, Instagram, e tantos outros possibilitam que mesmo uma testemunha em isolamento seja afetada (DAVIS; LOFTUS, 2019, p. 348).

⁵⁷ Optei por não somente exemplificar antes os policiais como a partir daqui conceder mais atenção a eles porque um dos grandes passos para corrigir os erros envolvidos no tratamento do testemunho é pressupor que o próprio sistema realize mudanças. E assim o digo porque como pontuado por GARRETT (2011, p. 49) em sua pesquisa, um elevado número de contaminações da memória por sugestionamento acontece justamente através da atuação policial.

referência ao sistema brasileiro algumas considerações ilustram o papel incompatível com uma postura correta de tratamento da prova.

Em primeiro, cabe esclarecer que no Brasil é o artigo 226 do CPP⁵⁸ que faz o tratamento do reconhecimento de pessoas, prevendo o *line up* da seguinte forma: “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;”. Ademais, o que ocorre aqui em geral nem mesmo é a aplicação do referido artigo, mas, sim, de mecanismos muito menos adequados como, por exemplo, o *show up*⁵⁹.

É necessário reconhecer, nesse sentido, que o *show up* é inerentemente sugestivo. Ainda assim, entretanto, este é muito usado em virtude de que realizar *line up* consome um tempo maior do que se quer “perder” ao se ter de realizar uma busca por pessoas parecidas com o suspeito (GARRETT, 2011, p. 52).

Ademais, a presença do “se possível” no 226 do CPP se junta a uma jurisprudência que já era praticamente pacificada, entendendo-se no Brasil que o *line up* é apenas recomendatório (MATIDA, 2019a., 97).⁶⁰ Assim, são comuns nos tribunais brasileiros falas como:

Ademais, a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal e das disposições contidas no art. 226 do CPP"configuram uma recomendação legal, e

⁵⁸ O artigo dispõe o seguinte: “Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
 II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
 III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.” (BRASIL, 1942)

⁵⁹ O *show up* pode ser conceituado como: “a apresentação ao vivo de um suspeito criminoso a uma vítima ou testemunha de um crime. No geral ocorre imediatamente ou logo após a prática do crime.” (DAVIS; LOFTUS, 2019, p. 363).

⁶⁰ Uma recente decisão foi tomada no ano de 2020 pelo STJ, divergindo do entendimento que vinha como majoritário e trazendo algumas evoluções no tema, mesmo que insuficientes. Voltarei a tratar dessa decisão no capítulo 3, já que é a exceção a qual se adequa aos apontamentos que lá serão feitos com relação à correta forma de tratar o testemunho. De toda maneira, em especial considerando o entendimento que já vem consolidado bem como as práticas que pouco se coadunam a tal recente decisão valem os apontamentos que seguem.

não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp 1054280/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/6/2017).⁶¹

O problema ainda se agrava diante do fato de que o Brasil aposta numa concepção de *repetibilidade* do reconhecimento. Essa concepção conversa com a crença, já previamente exposta como errada, de que uma vez realizada uma identificação fora dos moldes epistemologicamente válidos o problema possa ser resolvido com um novo reconhecimento dentro de tais padrões (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018).

É necessário se atentar, portanto, para a existência do que se pode chamar de *lacuna* acerca do tema das falsas memórias (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1065). O que significa considerar que nosso sistema erra tanto com relação à percepção do risco de que estejam diante de memórias falsas como, por consequência, com estratégias para lidar com isso.

Finalmente, distanciando-me desse problema e encaminhando-me a um novo, ainda cabe considerar um desafio: lidar com o fato de que em que pese algumas testemunhas não possuírem qualquer intenção enganadora ou falsa memória acerca do tema ainda assim não conseguem colaborar para a determinação da verdade. A essa medida importa seguir a um terceiro ponto.

2.3. Testemunhas que não mentem nem cometem erros honestos

É importante considerar, mesmo diante das ponderações dos tópicos anteriores, casos em que a testemunha não está mentindo e sua percepção dos fatos é intacta e sem sujeição a qualquer forma de erro na memória. Acerca disso:

Vale a pena, nesse sentido, mencionar dois truísmos sobre isso: nem todas as memórias são falsas, e nem todos os registros são imprecisos ou equivocados. A esses pode ser adicionado um terceiro, de alguma importância: nem todas as afirmações são desonestas ou insinceras [...] Às vezes, porém, são opiniões seriamente sustentadas, ainda que cautelosas, sobre o modo como as coisas realmente foram ou aconteceram. (MACCORMICK, 2008, p. 289).

⁶¹ STJ - REsp: 1808455 SP 2019/0112194-8, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, DJ:12/11/2019.

Dessa forma, é possível enfrentar um problema que parece até paradoxal: estaria-se diante de uma testemunha capaz de contribuir com a verdade, mas, ainda assim, surge um obstáculo com relação à determinação da verdade. Na realidade, o paradoxo em questão ao qual me refiro é apenas aparente. Porque a dificuldade de determinação da verdade nesse caso não decorreria do fato de que a testemunha estivesse a dizendo. Isso aconteceria, sim, em virtude do papel desempenhado por aquele que colhe o testemunho e/ou aquele que o atribui peso (policiais/investigadores e juízes).

Existe um robusto conjunto de dados acerca de minorias dentro do sistema prisional brasileiro e no mundo que servem de alerta ao fato de que atores do sistema criminal estão cometendo discriminações ao tratar do testemunho dessas minorias.⁶² A isso se somam evidências científicas com relação à discriminação na sua generalidade.⁶³

Graças a estes, é possível apontar tanto uma tendência da acusação a ser mais agressiva, por exemplo, com referência a homens negros quanto o próprio tribunal do júri a ter maior tendência a condená-los. Nesse sentido, considerar a disparidade de raças nos sistemas criminais leva à necessidade de tratar para além do problema advindo do cross race effect, concedendo-se atenção também a outros fatores (GARRETT, 2011, p. 73).

O cross race effect, dessa forma, pode compactuar para a compreensão do caso de partida deste capítulo. Somado a isso, deve-se levar em conta toda discussão sobre falsas memórias e até mesmo sobre a irracionalidade da tentativa de detectar mentiras para pensar a prova dependente da memória. Tudo isso não exclui a necessidade de considerar, entretanto,

⁶² De acordo com o levantamento nacional de informações penitenciárias atualizado em 26/08/2019, o sistema prisional conta com 64% de negros em sua população carcerária, em contraposição a 35% de pessoas brancas. Ainda, 75% dessa população prisional não chegou ao ensino médio. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 08 set. 2020. Ademais, mesmo que o site do Innocence Project Brasil não conte com dados acerca da quantidade de condenações errôneas direcionadas a minorias, a pesquisa de GARRETT (2011, p. 73) revelou que 70% das condenações injustas foram contra tais minorias.

⁶³ Os vieses implícitos são vieses discriminatórios baseados em atitudes e estereótipos implícitos dos indivíduos. É possível, graças a eles, que, mesmo que não se queira intencionalmente, realizem-se comportamentos divergentes de crenças ou princípios de uma pessoa. Nesse sentido, há evidências que apontam agir discriminatório até mesmo em contextos não deliberados. Americanos brancos, por exemplo, já demonstraram em pesquisas ativação da amígdala (sinal de medo ou estímulo negativo) quando diante de fotos de afro americanos não familiares (GREENWALD; KRIEGER, 2019, pp. 294-308).

que os atores responsáveis pela colheita e valoração da prova testemunhal possam estar cometendo *injustiça epistêmica do tipo testemunhal*.

Cometer uma injustiça epistêmica significa injustiçar alguém com relação a sua capacidade como *conhecedor*. Dessa forma, desrespeitando o indivíduo numa habilidade importante que o confere valor humano, que é a de conhecer. Ademais, um dos tipos de injustiça epistêmica é a testemunhal. Esse tipo de injustiça epistêmica ocorre quando um ouvinte injustiça um falante em relação a sua capacidade de fornecer conhecimento/ser um informante, concedendo um baixo nível de credibilidade a ele (FRICKER, 2007, pp. 01-05).

Por exemplo, no caso de se descredibilizar o testemunho de um homem negro, não em virtude da qualidade de sua narrativa, mas, sim, em virtude de ser negro. Ou, ainda, descredibilizar a palavra de uma mulher que foi vítima de abuso não em virtude de sua narrativa, mas, sim, em virtude de ser mulher. Em ambos os casos está caracterizada uma injustiça epistêmica do tipo testemunhal.

Tais injustiças epistêmicas do tipo testemunhal estão diretamente interligadas aos chamados *preconceitos* construídos ao longo de diferentes pontos da história. Mais especificamente porque o motivo pelo qual são cometidas não está relacionado a um erro ético *não culpável*, que não poderia humilhar a pessoa como aqui ocorre, e, sim, por uma espécie de *veneno ético* que contamina o julgamento do ouvinte. Tal veneno ético é exatamente do que se tratam os preconceitos (FRICKER, 2007, p. 22).⁶⁴

Dessa forma, fatores que nada tem a ver com a qualidade do testemunho, mas, sim, são reflexo de uma avaliação do sujeito, ganham espaço, são estas coisas “como a posição que a testemunha ocupa, sua religião, sua boa fama dentro de uma comunidade, sua condição de ser ou não pai/mãe de família, estar ou não empregado” (RAMOS, 2018, p. 70). Assim, em lugar de uma análise correta do ponto de vista epistêmico sobre a credibilidade que o testemunho

⁶⁴ Os preconceitos aos quais me refiro aqui são aqueles que de alguma forma contribuem para o julgamento de credibilidade que a pessoa deve receber “como a ideia de que mulheres são irracionais, negros são intelectualmente inferiores a brancos, as classes trabalhadoras são moralmente inferiores às superiores, e judeus ou orientais são astutos e sagazes” (FRICKER, 2007, p. 23, tradução livre).

merece, o que se encara é uma avaliação *subjetiva e preconceituosa* acerca da fonte que o dispõe (RAMOS, 2018, p. 70).

A título de conclusão sobre a realização de uma injustiça epistêmica do tipo testemunhal segue um exemplo propriamente direcionado ao contexto criminal.⁶⁵ Imagine-se um caso concreto envolvendo o assassinato de um prestigiado homem rico. Digamos que esse homem rico foi assassinado por sua mulher, conhecida como uma “importante, respeitável e honesta mulher”. Digamos, também, que no contexto em que se deu o assassinato o homem estivesse acompanhado por uma amante, que foi testemunha do crime. Ainda, imaginemos que não haja um conjunto probatório conclusivo acerca da autoria do crime.

Ocorre injustiça epistêmica do tipo testemunhal no ambiente criminal se a amante no exemplo supra, “mulher não honesta” a olhos preconceituosos, tem suas informações acerca do crime descredibilizadas pelo policial que colhe seu testemunho ou o juiz que a ouve em juízo, ofendendo-a como não de confiança. Mas isso não ocorre porque os dados repassados pareçam epistemologicamente improváveis, mas, sim, porque ela era *mulher* e, enquanto amante, *tida como desonesta*.⁶⁶

Ademais, embora até aqui se tenha discutido sobre um tipo de disfunção com relação ao peso que se dá a um testemunho, que é a de credibilidade em déficit, existe, também, um outro tipo de disfunção, que é a de credibilidade em excesso. No caso da disfunção por credibilidade em excesso o falante recebe mais crédito do que normalmente receberia (FRICKER, 2007, p. 17). Em virtude disso, cabe destacar que a credibilidade em excesso também traz desafios à tratativa da prova, embora não se trate de injustiça epistêmica.⁶⁷

⁶⁵ O leitor poderá encontrar outras exposições relacionadas ao contexto criminal, baseadas em casos reais, em CASTELLIANO; HERDY (2021) e MATIDA (2021).

⁶⁶ Entendo que num contexto em que se realizam injustiças epistêmicas do tipo testemunhal como esse se crie um ambiente pouco confortável em que além da testemunha omitir informações importantes poderá, também, ser sugestionada a mudar sua percepção com relação às informações que possui em virtude do desconforto em que é “convidada” a discorrer sobre os fatos. Ou seja, embora entenda que a injustiça epistêmica não esteja necessariamente conectada a um ambiente favorável à criação de falsas memórias, aponto que possa se dar um contexto no qual ambas ocorram simultaneamente. Nesse tipo de hipótese surge um problema ainda maior para a determinação da verdade.

⁶⁷ Não classifiquei o caso de concessão de credibilidade em excesso como injustiça epistêmica por acompanhar o seguinte entendimento: “Assim, em casos de déficit de credibilidade, a injustiça que almejamos rastrear não deve ser caracterizada como não recebimento de uma parte justa de um bem (credibilidade), pois isso deixaria de capturar o distinto aspecto em que o falante é injustiçado. A ideia é explorar a injustiça testemunhal como uma injustiça distintamente epistêmica, como um tipo de injustiça em que alguém é injustiçado especificamente em

A credibilidade concedida para a narrativa de um policial, por exemplo, é um correto modo de demonstrar isso.⁶⁸ Pois, a palavra dele, enquanto agente da lei, ganha “um irracional e antidemocrático protagonismo probatório” (MATIDA, 2020, p. 49). O protagonismo em questão gera uma espécie de presunção de veracidade diante de tudo o que é dito por este (MATIDA, 2020, p. 48).

Nas decisões judiciais encontram-se justificativas que dispõem “ [...] entendimento no sentido de que os depoimentos dos policiais são merecedores de plena credibilidade [...]”⁶⁹; ou, ainda, dizendo que:

O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.⁷⁰

Criticar a concessão de credibilidade em excesso à palavra do policial não se confunde com a desconfiança dele. Mas, sim, com a atenção ao ponto de que o agente da lei, mesmo bem intencionado, está sujeito aos mesmos riscos que qualquer outra testemunha ocular, quais sejam os relacionados à memória previamente expostos (MATIDA, 2020, p. 52). Dessa forma, tornando-se inadequada a “baixa da guarda” epistêmica decorrente dessa credibilidade concedida em excesso, visto tratar-se de um cenário em que o alcance da verdade é almejado (RAMOS, 2018, p. 70).

Aqui a dificuldade pode ser tratada de forma singular em comparação às outras. Não se trata de desconfiar que a testemunha esteja mentindo, não se trata de desconsiderar o risco de sujeição a falsas memórias concedendo um valor probatório padrão à palavra da testemunha

sua capacidade de conhecedor. Claramente, déficit de credibilidade pode constituir tal tipo de injustiça, entretanto, a credibilidade o excesso embora possa (não de forma usual) ser desvantajosa de várias maneiras, não mina, insulta ou de outra forma nega o devido respeito pelo orador enquanto sujeito de conhecimento; então, por si só, não causa, portanto, nenhuma injustiça epistêmica, e, a fortiori, nenhuma injustiça testemunhal. (FRICKER, 2007, p. 20, tradução livre). Ademais, embora acompanhe tal entendimento por entender ser o caso de déficit o central de injustiça epistêmica, pode-se discutir sobre o que seria um caso especial de injustiça epistêmica, que é por excesso de credibilidade (não por si só num momento individual, mas, sim, considerando um efeito cumulativo), sobre isso ver FRICKER (2007, pp. 20-21).

⁶⁸ Para outros exemplos de credibilidade em excesso consultar FRICKER (2007, pp. 18-19).

⁶⁹ STJ - HC: 589687 RJ 2020/0144772-5, Relator: Ministro Felix Fischer, DJ: 14/08/2020.

⁷⁰ STJ - HC: 404507 PE 2017/0146497-9, Relator: Ministro Felix Fischer, DJ: 10/04/2018.

(sem cometer disfunção), e, também, não se trata de dificuldade de alcance à verdade em virtude do cometimento de uma injustiça epistêmica diante de uma testemunha plena. O cenário diferencial é que se concede um super valor à palavra de um indivíduo (nesse caso, o policial), ou seja, não se realiza o caso central de injustiça epistêmica (credibilidade em déficit) nem se dá o valor padrão.

A supervalorização do valor probatório da palavra do policial gera, reflexamente, uma desvalorização dos elementos contrários à tese do policial. Motivo pelo qual em especial a própria palavra do réu perde força ao ponto de juízes dizerem que está “cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova [depoimento policial]”⁷¹ (MATIDA, 2020, pp. 50-52). Entendimento esse corroborado ao ponto de termos a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)⁷² e diversos outros pronunciamentos de outros tribunais que vão no mesmo sentido, reforçando tal concessão incorreta de elevada e presumida suficiência probatória à palavra do policial para realizar uma condenação (MATIDA, 2020, p. 49).

Portanto, a título de conclusão do capítulo, vale reiterar que as dificuldades relacionadas à tratativa da prova testemunha em específico superam o problema das mentiras. É necessário atentar-se, dessa forma, para a viabilização de estratégias que lidem com o risco de contaminação do processo com informações falsas não intencionalmente passadas. E, ainda, é preciso rever mecanismos e práticas, frustrando a incorreta influência de disfunções acerca da credibilidade que merece a testemunha, até mesmo quando não intencionais por parte do interrogador/julgador. Pensando nisso, segue o capítulo 3.

⁷¹ Estou aqui re-utilizando a fala da decisão referenciada pouco acima no Habeas Corpus: 404507 PE 2017/0146497-9.

⁷² A súmula dispõe que: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.” (BRASIL, 2004).

3. OS PASSOS NECESSÁRIOS À RACIONALIDADE DO TRATAMENTO DAS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA

A incorporação de um modelo de decisão racional em matéria de fatos no que se refere às provas dependentes da memória exige que mudanças sejam feitas em diferentes momentos do processo. O presente capítulo se dedica a apontá-las tanto no que diz respeito à produção quanto à valoração das provas. Isso para, por fim, discorrer sobre a adequada forma de se entender superada a exigência de prova elevada própria do sistema criminal, no momento de tomada da decisão final.

3.1. A produção da prova epistemicamente comprometida

No que diz respeito ao mais conhecido dos problemas que cercam a prova testemunhal, qual seja o de que testemunhas podem estar mentindo em interrogatório oral, no capítulo 2 se identificou que não há medidas seguras de detecção de mentiras. Por consequência, é necessário dar fim à inserção de técnicas de interrogatório que de alguma forma tentem identificar uma testemunha que mente, como é o caso do método Reid. Isso tanto em sede policial quanto judicial.

Não se deve, entretanto, deixar de lado a atenção necessária à detecção de mentiras, mas, sim, a realizar por outros meios que superem o do contato direto com o responsável pelo interrogatório, já comprovadamente falho. Tal esforço é importante não somente para evitar um labor sem lógica de percepção de algo que a mente humana não é capaz de notar (mentiras) como também para diminuir as chances de que a testemunha seja de alguma forma sugestionada durante o interrogatório e, por isso, obtenha uma falsa memória.

Ademais, ao se ter em mente o risco de que testemunhas possuam ou venham a produzir durante o interrogatório falsas memórias, torna-se importante, mais do que suspender técnicas de interrogatório voltadas à descoberta da mentira, também pensar numa maneira de evitar que falsas memórias ganhem lugar no momento de obtenção do testemunho. A *entrevista cognitiva* é o método adequado para produção do testemunho em sede policial.

A entrevista cognitiva, na verdade, não é o único procedimento desenvolvido com o objetivo de minimizar os efeitos do contato com o entrevistador, embora seja a que tem

apresentado melhores resultados, ao menos com adultos.⁷³ Essa metodologia de entrevista permite uma maior possibilidade de obter informações, maximizando a precisão da testemunha (FEIX; PERGHER, 2010, pp. 210-211).

A técnica em questão utiliza *cinco estratégias cognitivas*, as quais têm elevado grau de eficácia face às vítimas e outras testemunhas.⁷⁴ A primeira delas é a da construção do rapport, momento no qual o entrevistador tem de se prestar à preocupação de criar um ambiente confortável para a testemunha, que muitas vezes passou por um evento traumatizante (FEIX; PERGHER, 2010, p. 213).⁷⁵

O princípio da sincronia tem importância aqui, porque é a partir do qual o entrevistador tenta fazer com que a testemunha ou vítima ao notarem uma postura tranquila e segura de sua parte entrem em sincronia com ele, comportando-se de forma semelhante. O rapport pode ser retomado a qualquer momento da entrevista e exige que o entrevistador tome o cuidado de identificar a que nível de linguagem do entrevistado deve se ajustar para se fazer compreendido bem como repassar instruções (FEIX; PERGHER, 2010, pp. 213-214).

A segunda etapa é a da recriação do contexto original. Tal fase requer que o entrevistador convide a testemunha a “retornar” (mentalmente), ao momento da ocorrência dos fatos, utilizando-se de todos os sentidos possíveis. A memória é composta não por elementos isolados, mas, sim, uma espécie de rede com conexões. Nesse contexto, o exercício de recriação, quando devidamente instruído e executado, tem elevada eficácia (FEIX; PERGHER, 2010, pp. 216-217).

A terceira etapa é a da narrativa livre, na qual a testemunha é convidada a relatar tudo o que for possível, sem que possa lhe ser feita qualquer interrupção. O entrevistador deverá

⁷³ Uma variação da entrevista cognitiva é, por exemplo, o método PEACE (preparation and planning, engage and explain, account, closure e evaluate), acerca do qual se pode ver uma abordagem em MOSCATELLI (2020).

⁷⁴ A entrevista cognitiva é recomendada para entrevistar vítimas e outras testemunhas, mas não, especificamente, para suspeitos de um crime, pois estes, naturalmente, tentarão se esquivar de qualquer forma de colaboração que essa entrevista viabiliza através de suas estratégias cognitivas (FEIX; PERGHER, 2010, p. 212). Ao mesmo tempo, o método de raciocínio inferencial discorrido no capítulo 1 em debate com o método Reid de entrevista *exclusivamente* em hipóteses com elevado grau de probabilidade da autoria seriam uma forma mais adequada de lidar com o suspeito (MOSCATELLI, 2020, pp. 381-387).

⁷⁵ Por exemplo, conforme explica MATIDA (2019b), os crimes de gênero são um caso que requer a entrevista de alguém que passou por um evento emocionalmente traumático e que tem tendências a deixar marcas na vítima por tempo indefinido. Tornando-se, assim, correto que o espaço de interrogatório esteja preparado para minimamente acolher a vítima sem vitimizá-la uma segunda vez.

apenas apresentar uma postura de interessado na narrativa, realizando anotações para perguntar posteriormente ao fim da explanação (FEIX; PERGHER, 2010, pp. 217-218).

A quarta etapa é a dos questionamentos do entrevistador. No referido momento, o responsável pela entrevista deve, primeiramente, agradecer ao entrevistado pelo engajamento até ali, de forma a o manter dedicado à árdua tarefa. Após isso é importante que se reforcem as regras da entrevista e que sejam feitas as perguntas, que deverão sempre ser compatíveis com o relato, evitando-se sugestionamentos através de perguntas fechadas (FEIX; PERGHER, 2010, pp. 219-222).

A quinta e última etapa é a da realização de uma síntese por parte do entrevistador. Nesse momento, o responsável pelo interrogatório deverá instruir a testemunha a corrigi-lo de imediato ao caso de qualquer erro de compreensão de sua parte, bem como relatar qualquer detalhe que lhe venha à mente. Finalmente, concluindo-se com um convite a retorno ou contato no caso de que a testemunha lembre de alguma informação relevante (FEIX; PERGHER, 2010, p. 222).⁷⁶

Ademais, para que a entrevista cognitiva apresente a efetividade almejada, requer um profissional treinado não somente para realização dessas complexas estratégias cognitivas. Em verdade, é importante, também, que tal entrevistador seja capaz de conter uma predisposição socialmente construída a cometer disfunções de concessão de credibilidade à palavra de determinadas pessoas. Isso porque, embora o momento em questão não seja o de valoração da prova, uma postura indevida por parte do ouvinte (resultante de uma valoração particular) pode sugerir e, por consequência, contaminar a qualidade do testemunho. Dessa forma, impõe-se o pensar também numa forma de conter disfunções de credibilidade, assim evitando-se a influência das crenças preconceituosas no julgamento.

O cometimento de *injustiças epistêmicas* (ou seja, disfunção a partir da qual deixa-se de atribuir credibilidade em razão de preconceitos) por parte do ouvinte responsável pelo

⁷⁶ O contexto de recriação bem como todos os demais passos da entrevista cognitiva requerem um inevitavelmente lento passo a passo que exige paciência e dedicação não somente do entrevistado como, principalmente, do entrevistador. Esse demorado processo em regra se mostra incompatível com a rotina de uma delegacia. Ademais, se devidamente realizado, traz a vantagem de diminuir as chances de fazer com que a testemunha retorne constantemente à delegacia, já que logo no início do inquérito ela já teve uma elevada quantidade de informação de si extraída e por isso a longo prazo facilita-se a investigação e a torna mais célere (FEIX; PERGHER, 2010, p. 224).

interrogatório pressupõe, então, a correção de *crenças* preconceituosas, as quais devem ceder lugar a *percepções* não preconceituosas (FRICKER, 2007, p. 40). Isso exige que o ouvinte desenvolva uma *capacidade racional* que não demande realizar inferências constantemente, habilitando uma forma de *responsabilidade* como ouvinte. Essa capacidade será, em realidade, irrefletida (por dispensar o labor inferencial constante), mas, notadamente, crítica (FRICKER, 2007, pp. 67-70).

Dessa forma, o ouvinte tem de habilitar, através de um exercício de prática constante, uma sensibilidade epistemicamente comprometida que supere a de sua criação, acabando com a dissonância entre ambas (FRICKER, 2007, p. 83). A virtude da *justiça epistêmica* é a habilidade almejada em questão, a qual permite a *correção* do preconceito, concedendo-se uma compensação na concessão de credibilidade ou ao menos a *neutralização* do impacto dos preconceitos no julgamento (FRICKER, 2007, p. 92).

A virtude da justiça epistêmica é a resposta ao caso central de injustiça epistêmica do tipo testemunhal. Tal virtude serve para conter um problema maior do que a perda de informações valiosas, que é inerente à concessão em déficit.⁷⁷ Ademais, considerando que aqui a ênfase é pensar em estratégias que permitam ao entrevistador evitar que sugestione a testemunha ou crie um ambiente inadequado para a obtenção de informações, é necessário apontar como solução também para o caso da concessão de credibilidade em excesso, embora não seja o caso central de injustiça epistêmica, um esforço similar de correção ou neutralização de preconceitos.

Dessa forma, uma capacidade de corrigir ou neutralizar a influência de preconceitos *positivos* deve ser desenvolvida, mesmo que o objetivo não seja conter um mal tão grande quanto o inerente à descredibilidade em virtude de preconceitos, e, sim, apenas superar uma barreira de busca pela verdade decorrente da concessão em excesso de credibilidade. Tal habilidade deve ser obtida através da prática constante e esforço corretivo e crítico.

⁷⁷ O motivo pelo qual a concessão em déficit de credibilidade constitui o caso central de injustiça epistêmica é maior do que o problema de não ser repassado um conhecimento que antes o seria. Na realidade, diferente do caso de concessão de credibilidade em excesso, uma vítima constante de injustiça epistêmica pode acabar perdendo a confiança em si própria como conhecedora. Ou seja, a longo prazo, a injustiça epistêmica causa efetiva perda de conhecimento e, por arrastamento, inibe a própria identidade do indivíduo (FRICKER, 2007, pp. 43-54).

Já a prova produzida através do reconhecimento de pessoas também precisa de reformas a fim de minimizar sua imprecisão. O sistema criminal passar a prezar pela produção da prova observando as balizadas do 226 do CPP e complementando-as é um dos passos necessários.

Além disso, existem duas estratégias de baixa complexidade que contribuem de maneira relevante para uma produção adequada da prova nesse formato por reconhecimento de pessoas. A primeira delas é que os policiais ao chamarem testemunhas para realizar um reconhecimento deverão prezar pelo *line up* em contraposição ao *show up*. A segunda é o exercício de condutas que colaborem para a precisão do *line up* (FERNANDES, 2020, p. 254).⁷⁸

A necessidade de recorrer ao *line up* em lugar do *show up* está relacionada ao já citado inevitável sugestionamento no qual o *show up* está envolvido pelo fato de a pessoa ter apenas uma opção a ser reconhecida (funciona como um teste “sim ou não”) (FERNANDES, 2020, pp. 254-255). Quando o reconhecimento é feito usando apenas fotos e no formato *show up* a situação é ainda agravada, por não se ter noção do quão recente é a foto.

A realização do *line up* não é tudo. A ele, é preciso somar outros cuidados. Em primeiro lugar e em momento que antecede o alinhamento, a testemunha deve descrever o culpado da forma mais completa possível. Sobre isso, importa dizer: a seleção de pessoas a integrar o *line up* deve partir das características indicadas pela testemunha. A descrição funciona de “ancoragem”, “ponto de partida” sem o qual não é possível realizar o *line up*. Em segundo lugar, não há como se proceder à descrição de qualquer modo; comentários sugestivos acerca das características do culpado devem ser evitados por parte dos responsáveis pelo procedimento, sob pena de que a lacuna das recordações já pouco nítidas sejam preenchidas pelos sugestionamentos oferecidos pelos investigadores (FERNANDES, 2020, p. 258).

⁷⁸ FERNANDES (2020, p. 212) destina as considerações que faz no seu capítulo 3 mais propriamente ao momento de valoração das provas, ainda que destaque que sejam necessárias de observação desde a produção como uma forma de prevenção. Dessa forma, FERNANDES (2020, p. 254) indica três pontos no que se refere à análise do modo de realização do reconhecimento de pessoas. Desses três, dois trabalho desde já por entender serem de atenção desde o momento da produção das provas. O terceiro deles é a enumeração de fatores que contribuem para a imprecisão do reconhecimento, de forma que se atribua o grau de força que merece a prova. Ademais, entendo que essa terceira mudança é mais adequadamente ajustável como um cuidado exclusivo do contexto de valoração da prova e não de sua produção, pois é na valoração que o esforço de identificação de erros e atribuição do peso da prova em decorrência disso é realizado. Por isso, opto por conceder atenção para esse terceiro ajuste exclusivamente à frente.

É necessário que durante o *line up* o responsável por sua administração não saiba quem é o suspeito, de forma que não possa sugerir a testemunha (com ou sem intenção). É preciso, também, que a vítima seja informada que o policial responsável pelo *line up* não sabe quem é o suspeito, para que assim não busque qualquer forma de pista em sua maneira de agir. Esse *line up* “duplamente cego”, em que ambos, testemunha e responsável pelo *line up*, não sabem quem é o suspeito, é tido como a reforma mais crucial.⁷⁹ O esforço de construção de um *line up* que não destaque de alguma forma o suspeito é outra correção que deve ser feita, devendo a testemunha ser também noticiada que o suspeito pode não estar no *line up* (GARRETT, 2011, pp. 81-82).

Assim como no caso da produção do testemunho oral, uma medida importante para garantir a percepção de que erros foram cometidos diante dos detalhes que envolvem a produção de um reconhecimento confiável é a gravação em vídeo. Uma vez que isto seja possível, há a possibilidade de controlabilidade posterior a fim de que a prova por reconhecimento de pessoas seja valorada de acordo com o peso que lhe é efetivamente adequado de receber.

Ademais, concedendo específica atenção à produção de prova feita *durante o processo*, conforme já tratado, a repetição do reconhecimento não é correta na fase do processo, embora, para fins de garantia do contraditório, a do depoimento oral seja possível — e necessária — de repetição.⁸⁰ Dessa forma, num procedimento adequado, os depoimentos já teriam sido produzidos em termos epistemicamente certos na fase policial e agora caberia ao juiz ouvir em juízo novamente o testemunho, garantindo um contraditório efetivo.

Todavia, da necessidade de que se reproduza um testemunho oral em juízo não decorre que certos cuidados não devam ser tomados. Pois, embora a garantia do contraditório contribua para a busca da verdade, isso não muda a possibilidade de que a testemunha possa ser sugestionada também em juízo. O ambiente de um tribunal, em verdade, contribui de maneira elevada para a criação de falsas memórias na testemunha, pois o advogado da parte contrária tentará direcioná-la à tese que alcança seus interesses. Ainda há o desafio de lidar

⁷⁹ A pesquisa de GARRETT (2011, p. 81) destacou que praticamente todos os seus casos investigados de condenação errônea baseados em engano no reconhecimento envolveram a ausência desta garantia do *line up* duplamente cego. Esse é um oportuno indício de como trata-se de uma das mudanças mais importantes.

⁸⁰ Além disso, embora tanto o reconhecimento de pessoas quanto o testemunho oral sejam provas dependentes da memória, é exclusivamente o primeiro que é tido como prova não repetível, como explicam MATIDA e CECCONELLO (2021, pp. 416-417).

com a tensão entre, por um lado, submeter a prova ao contraditório como condição de validade desta e ao mesmo tempo, por outro, tentar conservar a memória da testemunha da melhor maneira possível entre inquérito e processo, frente ao elevado risco de contaminação pelo contato com a mídia, decurso do tempo, etc.

3.2. A valoração da prova epistemicamente comprometida

A substituição da “crença” pela “aceitação” tratada no capítulo 1 é oportuna para mais do que explicar como um juiz pode *aceitar* uma hipótese em seu raciocínio independentemente de sua *crença* particular. Na realidade, a aceitação em lugar da crença garante que se afaste o juiz de uma concepção *irracionalista* da valoração das provas, que se liga à crença e à íntima convicção.

Isso se dá em virtude de que enquanto o estado de crença acerca de algo não permite decisão por parte do juiz e tampouco depende de contexto, a aceitação é um ato voluntário e dependente do contexto. Assim, a aceitação não é algo que simplesmente ocorre com o juiz, mas, sim, que ele decide realizar. Da mesma forma, a aceitação pode acontecer em determinados contextos, mas em outros não (FERRER BELTRÁN, 2017, pp. 94-99).

Nesse sentido, é importante pensar nos passos necessários de observação pelo juiz ao raciocinar sobre fatos, para que, assim, se deixe de lado uma valoração irracional da prova. A partir dos cuidados que agora seguem, portanto, deverá o juiz *aceitar* uma hipótese como verdadeira, independentemente de sua simples crença.

Uma vez produzida a prova, o juiz deve se atentar no momento de valoração a uma análise quanto à credibilidade do depoente, o grau de confiança que merece a versão exposta, o modo de produção do testemunho na fase policial e em juízo e seus vícios (inclusive no caso do reconhecimento de pessoas, que pode acontecer em juízo, embora não seja adequado). Dessa forma, concedendo-se vista à indispensável submissão da prova a um “filtro de falsas memórias”⁸¹

⁸¹ Embora tenha sintetizado e realocado alguns itens, esses parâmetros aqui destacados foram inspirados nos que propõe FERNANDES (2020, p. 212).

No que se refere à análise da credibilidade do depoente, deve-se tomar em conta não somente propensões cognitivas inconscientes como também a chance de que a testemunha esteja agindo conscientemente de má fé no processo e assim o tenha feito na fase policial. Ademais, isso exige do julgador a capacidade de superar a crença infundada de enxergar no testemunho produzido, seja na forma oral ou por reconhecimento, qualquer “sinal” de mentira, o qual esconde o já previamente destacado equivalente a jogo de moedas. Ao julgador também cabe a obrigação de observar se tal busca por sinais não norteou e prejudicou a obtenção de informações em fase policial.

O juiz, complementarmente, também deverá impedir que a influência de preconceitos prejudique seu raciocínio. Dessa forma, o correto seria que o mesmo desenvolvesse a capacidade de correção ou neutralização de disfunções de credibilidade da qual previamente se discorreu.

As evidências podem contribuir para a frustração da influência dessas disfunções de credibilidade, sendo sua busca um compromisso ao qual se assume em especial em contextos nos quais haja elevada indeterminação, como por vezes é o judicial. Devendo o julgador ao caso de que não tenha a capacidade de corrigir seu preconceito, ao menos ser capaz de neutralizá-lo e seguir numa adequada persecução da verdade (FRICKER, 2007, pp. 90-92).

Elementos *objetivos* podem colaborar para o raciocínio do julgador com relação à análise da credibilidade da testemunha, servindo como correto apoio. É esse o caso da existência de antecedentes criminais, condenação por falso testemunho ou confissão da testemunha de que faltou com a verdade em algum momento do processo (FERNANDES, 2020, p. 216).

Além de se reconhecer a impossibilidade de detecção de mentiras e necessidade de evitar disfunções de concessão de credibilidade, o julgador precisa passar as narrativas por um filtro de ordem objetiva. Isso significa considerar que, ainda que nenhum elemento deponha contra a credibilidade da testemunha em sentido subjetivo, existem razões para crer que sua narrativa ou reconhecimento não merecem confiança por motivos objetivos (FERNANDES, 2020, p. 223).

Realizar a valoração racional da prova requer analisar elementos como coesão, linearidade e coerência (RAMOS, 2018, p. 134).⁸² A escolha da hipótese que adequadamente descreve a realidade dos fatos, dessa forma, para além de uma verificação subjetiva com relação ao testemunho obtido, também deve passar por uma análise objetiva com relação à qualidade das narrativas presentes nos autos. Uma série de outros elementos devem ser contraditados com os testemunhos e as narrativas deles provenientes, como é o caso dos demais testemunhos produzidos, provas periciais, gravações em vídeo e documentos (FERNANDES, 2020, p. 227).

A reflexão correta acerca de uma narrativa produzida no processo impõe o desprendimento de uma verificação de motivos para a testemunha mentir, ao menos se tal esforço for feito através de métodos infundados. O juiz deve levar em conta que a testemunha pode dizer algo ou realizar um reconhecimento que não corresponde com a verdade, seja porque percebeu a realidade de forma errônea ou porque no momento da narrativa não conseguiu repassar o que de fato lembra. Há, dessa forma, o que se define como uma *dupla fragilidade* das provas dependentes da memória que não pode ser ignorada. Num primeiro sentido elas são frágeis por não existir equivalência necessária entre o que é a realidade e o que é percebido. Num segundo sentido, tampouco há correspondência entre o que é percebido e o que é narrado (RAMOS, 2018, p. 135).

É por essas razões que um passo de ordem objetiva indispensável para a correta valoração das provas é a atenção redobrada aos fatores que podem ter contaminado a memória reproduzida durante o testemunho. Isso requer inserir no raciocínio judicial a consideração dos elementos potencializadores de falsas memórias, como decurso de tempo, grau de luminosidade no local do crime, tempo de exposição, etc (FERNANDES, 2020, pp. 228-231). Todos os elementos contaminadores acerca dos quais se discorreu no capítulo 2 como relacionados à fase de *codificação e armazenamento* da memória merecem atenção, não se podendo chamar de hipótese justificada aquela que não tem sua narrativa ou reconhecimento passados por tal filtro.

A reflexão sobre a qualidade da narrativa do ponto de vista objetivo, submetendo-a a um filtro de falsas memórias vai ao encontro de um passo complementar, que é o de verificação da forma como o testemunho foi produzido. Pois para efetivamente analisar a

⁸² Sobre as diferentes formas de coerência ver FERNANDES (2020, pp. 224-227).

adequação da narrativa ofertada no processo, é necessário levar em conta elementos contaminadores que não estão relacionados somente à codificação de informações e armazenamento (que por isso dispensaria verificar a forma como o testemunho foi produzido). Uma falsa memória pode ser também reflexo de um problema no momento de *recuperação* de informações, o que requer rever como ocorreu a produção da prova, já que os agentes policiais agem como sugestionadores em expressiva parte dos casos.

O cenário que se quer ter num processo judicial é aquele em que as provas foram produzidas em termos adequados, mas, como foi pontuado no capítulo 2, não é o que acontece no Brasil. Dessa forma, a influência que a mídia ou outras testemunhas podem ter tido sobre o depoente merece ser considerada pelo juiz, ao valorar a prova, seja no que se refere à prova oral produzida em sede policial ou ao reconhecimento de pessoas. O juiz precisa levar em conta todos os elementos contaminadores relacionados ao sugestionamento. No que diz respeito à prova oral, por exemplo, a narrativa perderá peso se foi prestada num contexto em que não houve deferência à proposta da entrevista cognitiva.

Pensando especificamente com relação ao reconhecimento de pessoas, existem fatores que poderão contribuir para sua imprecisão. A preponderância do *show up* em lugar do *line up* é um deles. Mas a observância do *line up* na forma que discorre o 226 do CPP ser tornada obrigatória não resolve. O dispositivo é falho não somente pela interpretação que lhe foi dada como recomendatório, como, também, pelas insuficiências dos incisos I e II, tendo em comparação os moldes adequados para produção dessa modalidade de prova já descritos no item referente à produção (FERNANDES, 2020, pp. 262-264).

Uma valoração racional da prova por reconhecimento de pessoas exige consideração à desobediência dos parâmetros corretos de produção dessa prova, mesmo os não previstos no 226. É o caso, portanto, de se conceder baixo peso a reconhecimentos realizados por pessoas que não foram avisadas de que o suspeito pode não estar lá, fizeram um reconhecimento tendo obtido informações anteriores sobre quem ou como era o suspeito da polícia, etc.

A gravação em vídeo sugerida para a fase de produção da prova é outro elemento de consideração na valoração da prova, caso tenha sido feita. A gravação permite, pois, que o juiz se debruce sobre a forma como a pergunta foi feita e qualquer indício de que o interrogador não criou um ambiente adequado para a obtenção de informações.

Entretanto, não se pode ignorar que na práxis brasileira a gravação em vídeo não é um procedimento padrão das delegacias de polícia, o que limita a controlabilidade do que ocorre no momento anterior ao processo. Dessa forma, apegando-se a essa consideração, é preciso enfatizar a importância de o juiz observar, adicionalmente aos outros elementos já citados, se houve a exposição da prova a um contraditório efetivo, que será capaz de chamar atenção para aspectos que não foram registrados na fase policial.⁸³

3.3. A decisão final do processo e os standards de prova

Uma vez que já se tenha decidido o peso que merece receber cada prova no processo e se disponha de uma narrativa prevalecente, é necessário que se encaminhe à reflexão sobre a *decisão final* sobre os fatos. Esse momento requer a submissão da hipótese a um parâmetro de suficiência que precisa ser superado para uma condenação, ou seja, sujeição a um *standard de prova* (TARUFFO, 2014, p. 135).

3.3.1. A função e o lugar dos standards probatórios no raciocínio judicial

A avaliação da superação do standard pressupõe que ocorra a resolução de dois problemas: 1) Qual o standard de prova do processo penal?; 2) Como identificar se houve sua superação?

No que se refere a qual o standard, a resposta reflete uma preocupação em garantir que o processo penal não torne apenas uma pessoa sem que haja um elevado grau de probabilidade que esta seja culpada. O “acima de toda dúvida razoável”, comumente referenciado como standard do processo penal, reflete essa preocupação. Tal standard já foi ao longo dos anos questionado em virtude da imprecisão consubstanciada em definir sobre, afinal, o que é uma dúvida razoável e como saber se ela foi superada.

O risco o qual cabe destacar é o do uso da expressão “standard de prova” para colmatar decisões judiciais totalmente caprichosas e pouco justificáveis do ponto de vista racional. E o da expressão “acima de toda dúvida razoável” para esconder hipóteses do processo acerca das quais há, sim, dúvida razoável. Dessa forma, concedendo-se verniz de racionalidade para uma

⁸³ Acerca da importância do contraditório para a valoração das provas ver FERNANDES (2020).

decisão que apenas optou por substituir a problemática "íntima convicção" por algo mais aceitável do ponto de vista justificatório (MATIDA; VIEIRA, 2019, p. 223).⁸⁴ Dessa forma, a delimitação de um standard de prova preciso é um passo necessário para que se possa distinguir as decisões judiciais que mesmo que o citem não verdadeiramente o enfrentam das que o enfrentam.

Ademais, por mais que um standard de prova seja preciso, sempre existirá um grau de vagueza inevitável de se enfrentar (FERRER BELTRÁN, 2018, p. 175).⁸⁵ A *dúvida*, portanto, ainda poderá surgir no processo, mesmo que não seja uma dúvida acerca dos fatos, mas, sim, uma dúvida sobre a superação do standard de prova. A presunção de inocência na sua faceta *como regra de julgamento* ganha espaço aqui para sua aplicação através de uma inferência probatória normativa. A presunção de inocência enquanto regra de julgamento é a expressão do *in dubio pro reo*: "em caso de dúvida *sobre a satisfação do standard*, a absolvição do acusado seria devida" (FERRER BELTRÁN, 2018, p. 175).

A essa altura se requer um resumo sobre o andar do processo e os diferentes momentos em que as inferências probatórias estariam sendo realizadas: 1) provas são produzidas; 2) o juiz realiza inferências probatórias *epistêmicas*; 3) o juiz atribui pesos diferentes para cada narrativa do processo (é o momento da valoração); 4) o juiz verifica se alguma das narrativas supera o standard necessário para a condenação, condenando, ou, ao verificar que não, absolvendo. Essa é a primeira opção de linha de raciocínio. A segunda forma de pensar é a em que 1) o juiz verifica que não há provas ou não há provas conclusivas acerca da hipótese acusatória; 2) entende inevitável a absolvição com fundamento na regra de presunção de inocência que se aplica através de uma inferência probatória *normativa*.

Finalmente, cabe considerar também um terceiro cenário em que também se aplicará a presunção de inocência e ele decorre das maiores considerações acerca do que é um standard de prova. Esse contexto é o em que 1) persiste a dúvida, não sobre os fatos, mas, sim, sobre a superação do standard; 2) torna-se necessária a realização de uma inferência probatória normativa, com conseqüente absolvição.

⁸⁴ Um sintoma desse problema são as decisões judiciais brasileiras, as quais abordam MATIDA e VIEIRA (2019, pp. 233-237), conflitantes entre si, muito embora os magistrados argumentassem que estavam a aplicar o mesmo standard probatório.

⁸⁵ Sobre as diferenças entre a função que desempenha uma *regra* e um *standard* num ordenamento, com a conseqüente inevitabilidade de que haja alguma imprecisão em torno do standard, recomendo ver MATIDA e VIEIRA (2019, pp. 224-227).

A diferença entre os múltiplos cenários pode ser assim resumida: situação 1) compulsadas as provas, formasse uma narrativa que demonstra a inocência no sentido material e por isso se absolve; situação 2) não se tem qualquer grau de confirmação razoável da hipótese acusatória e, diante da dúvida sobre os fatos, se absolve; situação 3) se tem uma narrativa processual que parece adequadamente corroborar uma tese, mas não se consegue entender se o standard em si foi superado e, diante da incerteza não sobre os fatos, mas, sim, sobre a satisfação do standard, se absolve.

3.3.2. A imprecisão dos standards não é porta à subjetividade das decisões

As ponderações previamente feitas sobre o grau inevitável de incerteza que pode aparecer no processo a depender do contexto não é porta à fuga da racionalidade. Em contrapartida, a discussão sobre superação de standards em sentido amplo (pensando no que significa superar os standards em todos os contextos e diante de todas as provas) é um desafio o qual não cabe aqui falar. Mas, especificamente, com relação às provas dependentes da memória, é possível fechar algumas conclusões, as quais agora sigo.

Pensando no que configura o grau de exigência do Direito Penal, não se pode pensar, de início, que a narrativa que prevaleceu como mais provável na fase de valoração supere o standard caso se queira condenar alguém com base em reconhecimento que não foi realizado observando-se o 226 do CPP e todas as demais ponderações que o complementam (MATIDA, 2019a, p. 107). Ao mesmo tempo, tampouco pode-se conceder como superado o elevado grau de exigência do processo penal se a prova oral não foi produzida respeitando a entrevista cognitiva ou caso se observe ocorrência de clara disfunção de concessão de credibilidade.

Os casos em que parâmetros mínimos para que a prova dependente da memória seja produzida não sejam observados configuram “casos fáceis” (para lembrar H.L.A. Hart) em que a hipótese prevalente do processo não pode ser tida como suficiente para uma condenação. Tentando colocar num exemplo: uma narrativa que se sobressaiu no processo, mas foi produzida através de um testemunho que é baseado no sofrimento de um crime em lugar de baixa luminosidade, grave violência, e que foi obtido mediante sugestionamento, mesmo que seja prevalente no processo, não é suficiente para uma condenação.

Poderão existir também hipóteses em que o testemunho foi produzido corretamente, mas não se conta com demais elementos probatórios que o corroborem. Nesse tipo de cenário, entender que o standard ainda assim não está suprido requer elevado grau de deferência às contribuições científicas no que se refere ao funcionamento da memória. É com base nisso que afirmo que também não se pode falar de condenação aqui, porque a memória humana é falha, não importando o quão corretamente construído seja o ambiente de produção do testemunho.

A pressuposição de um standard exigente em cenários como o do processo penal, em que a busca pela verdade é desafiadora, por vários crimes ocorrerem às escuras, em realidade, deveria ensejar absolvição quando se leva em conta a falibilidade da memória. Mas, na prática, o que ocorre é que a preocupação em evitar impunidades faz com que os tribunais considerem suficientemente provado algo que não assim está do ponto de vista de um standard exigente. As provas dependentes da memória, nesses termos, são falíveis e inevitavelmente insuficientes para suprir um standard de prova elevado, não importando em que forma essas provas se apresentem (RAMOS, 2018, pp. 137-138).⁸⁶

Por fim, existirão situações que configuram “casos difíceis” em que não haverá clareza sobre a superação do standard. Tentando colocar em termos resumidos: 1) a hipótese prevalecente baseada unicamente em testemunho produzido de forma errônea poderia ser, no melhor dos mundos, mais provável do que improvável — essa não supera o standard probatório criminal; 2) a hipótese prevalente criada através de testemunho obtido de forma correta poderia ser mais provável do que a anterior, mas também não satisfaz o standard probatório criminal; 3) a hipótese que se sobressai com base em testemunho produzido de forma incorreta e corroborada por outras provas, essa é superior às anteriores, mas diria que têm a superação do standard controversa (falarei a razão à frente); ou, ainda, 4) a hipótese prevalente baseada em testemunho produzido de forma correta e corroborada por outras provas, constituindo-se a superior frente todas as demais — têm a superação do standard também controversa no processo penal (abordarei à frente).

⁸⁶ Como aduz RAMOS (2018, pp. 137-139), embora se influenciam, o debate sobre a facilidade ou dificuldade da obtenção da prova não deve ser confundido e tampouco servir de justificativa para que se relativize o sobre suficiência da prova. Uma hipótese fática prevalecente no processo não pode superar um standard exigente se ela é inteiramente baseada em testemunho por não se ter conseguido produzir mais provas além desta.

Os casos “3)” e “4)” tem uma infinidade de opções que podem preencher esse “outras provas”. Esse é o motivo pelo qual, diferentes dos demais que não superam o standard criminal, entendo que estes sejam controversos, a dependerem do cenário. A hipótese prevalecente pode estar baseada somente num testemunho com duas provas documentais somadas a este ou pode, ainda, estar somada a um testemunho e vários documentos, filmagens, áudios, provas periciais etc.

Embora o labor envolvido na análise dos momentos “3)” e “4)” seja elevado, em verdade, por ora, o mais elementar é conceder atenção aos momentos “1)” e “2)”. Isso porque, para que o debate avance é necessário que o judiciário brasileiro esteja ajustado e evitando os erros mais preliminares, que, como se verificou ao longo do trabalho, seguem ocorrendo. A decisão do STJ no Habeas Corpus 598.886-SC⁸⁷, embora promissora por abraçar os avanços científicos com relação à psicologia do testemunho e destacar a necessidade de respeito ao procedimento legal do art. 226 do CPP, é uma exceção à regra que vem prevalecendo, de ignorância quanto aos apontamentos aqui feitos, e uma decisão que ainda requer ajustes.⁸⁸

Há a indispensável necessidade de se superar problemas que vão desde a ausência de uma tradição jurídica que não estuda o testemunho de maneira correta até atores jurídicos despreparados ou inadequadamente treinados para extração deste. O que deveria ser corrigido com a inserção de disciplinas como “Epistemologia do testemunho” nas faculdades e revisão dos protocolos de treinamento de atores jurídicos responsáveis pela obtenção de testemunho (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1068).⁸⁹

Todavia, não se pode cair no inadequado entendimento de que tudo seja uma questão de desconhecimento e uma elevada dose de modéstia aos juízes também não seja necessária, devendo estes serem incentivados a reconhecer suas limitações cognitivas, diante da

⁸⁷ STJ - HC: 598.886 SC, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ: 27/10/2020.

⁸⁸ Uma análise da decisão, trazendo considerações acerca do que ela deixa a desejar pode ser vista em CECCONELLO, STEIN, ÁVILA (2021).

⁸⁹ A ideia aqui é fornecer um acesso mínimo de informação aos futuros tomadores de decisão para que não recaiam no equívoco de nem mesmo conhecer problemas como o da fragilidade da memória, independente de quão bem intencionada a testemunha esteja. Mas não quero dizer com isso que esteja defendendo o afastamento da análise de profissionais da psicologia e neurociência para colaborar em casos criminais, nem me alinhando (pelo menos não em absoluto) com um *modelo educacional*, segundo o qual para questões nas quais está envolvido conhecimento científico deve-se educar o juiz para que ele compreenda as premissas e por consequência as conclusões às quais chega um expert. Na verdade, concordo com críticas como a de que não haja boas razões para crer (pelo menos não com certeza) que os juízes estejam dispostos e tampouco consigam realizar a façanha de compreender as inferências de experts. Sobre esses aspectos aos quais me referi, recomendo ver HERDY (2020, p. 89).

gravidade do caso que não o façam (MATIDA, 2019a, p. 107). Defendo, dessa forma, que embora longe de ser o único problema, a ausência de deferência por parte dos juízes frente os experts em neurociência e psicologia que falam do assunto é um dos obstáculos que deve ser superado.

A *autoridade epistêmica* de que dispõem os experts, diferente de uma autoridade política (em que há situação de igualdade entre quem comanda e quem é comandado), baseia-se numa relação de desigualdade, em que há alguém que sabe e outro que não, cabendo ao primeiro informar ao segundo, que é ignorante (HERDY, 2019, pp. 30-31). O juiz, nesse sentido, igualmente, não escapa de tal alcunha de ignorante, embora isso tampouco deva significar absolvição sumária sem qualquer crença de que a memória devidamente preservada e amparada por outros elementos probatórios possa justificar uma condenação.⁹⁰

A essa mudança de perspectiva dos juízes devem ser somadas iniciativas legislativas de modificações e complementações dos dispositivos que fazem referência ao testemunho, como o caso do 226 do CPP, bem como a movimentação dos tribunais, como agora parece começar a acontecer nos recentes julgados sobre o tema. A mudança de tratativa das provas dependentes da memória, nesses termos, pressupõe mais de um esforço para reverter e/ou conter concepções arbitrárias que escondem práticas totalmente irracionais e incompatíveis com um modelo processual objetivo. Ao Direito não apenas o compromisso com a verdade interessa, mas não deixa de ser a sua busca um labor do qual não se pode escapar, em especial quando se fala do risco de uma condenação equivocada que pode mudar uma vida, como ocorre no cenário criminal (RAMOS, 2018, p. 138).

Os erros já comprovados envolvendo condenações com base quase que exclusiva em testemunho são a maior razão que justifica todos esses esforços e a necessidade de conceder atenção redobrada quando se fala desse meio de prova. Pois juris e juízes podem ser

⁹⁰ Tendo em conta que já se comprovou que os jurados ligam muito mais para indicadores periféricos (como a credibilidade da revista em que os experts publicaram sobre o assunto em comentário, etc) do que o percurso cognitivo do expert, e que os juízes e jurados pensam de maneira próxima, torna-se válido pressupor que para o juiz o caminho da deferência seja até mais viável. Isso não significa deferência cega por parte dos juízes, mas, sim, considerar que existem outros percursos para levar em conta o conhecimento de experts (nesse caso daqui em neurociência ou psicologia) que não o de compreender o conteúdo acerca do qual discorrem. O outro rumo é o da deferência crítica por parte dos juízes, através da qual eles vão crer, sim, no que dizem experts, mas não vão fechar os olhos para indicadores periféricos que possam colaborar para avaliar o peso que a observação feita por um expert deve receber num caso específico. Sobre essa postura de *deferência crítica* e outras questões que toquei aqui, mas de maneira geral acerca do tratamento da prova pericial, recomendo ver HERDY (2020, pp. 97-108).

convencidos de que o que a testemunha diz ter visto verdadeiramente ocorreu mesmo quando a testemunha se levanta e, com toda segurança, aponta para alguém que, em verdade, é um inocente, e diz: “Foi ele!”.⁹¹

⁹¹ Inspirei essa fala final na frase de GARRETT (2011, p. 83): “DNA exonerations show how jurors can be convinced that “seeing is believing” even when the eyewitness on the stand points to an innocent man”.

CONCLUSÃO

A busca pela verdade é um dos compromissos que têm de ser assumidos pelo julgador ao tomar uma decisão judicial. Para isso, importa adotar as melhores regras e práticas, de maneira que, a partir da epistemologia jurídica, se aproxime a determinação dos fatos no processo ao máximo da verdade.

Neste trabalho, recortei um problema específico que manifesta o quão desafiadores são os obstáculos que a epistemologia jurídica enfrenta em sua fase inicial de atenção pelos juristas da tradição continental. O ponto em questão é relativo ao testemunho enquanto meio de prova para a determinação dos fatos ocorridos e que tem relevância para a conformação da premissa menor do raciocínio judicial.

Durante esse percurso, mostrei que parte da complexidade envolvida no tema decorre do fato de que, antes de tudo, as provas dependentes da memória tem dificuldades específicas, sim, mas não somente isso. Ao trabalhar com provas, seja ela qual for, o juiz tem de enfrentar um cenário em que é comprometido em encontrar a verdade, mas, ao mesmo tempo, conta com recursos limitados para sua busca.

O ambiente processual não é um laboratório. O juiz tampouco é um cientista. Dessa forma, o contexto com o qual um juiz sonha é aquele no qual possa verificar a ocorrência de um fato por diversos ângulos e medidas. A realidade que encontra é a de limitação de provas e de tempo para construir sua narrativa acerca dos fatos, tendo de inevitavelmente decidir em um momento sobre o que vai entender como verdadeiro, ainda que sempre persista o risco de que o que tomou como verdade seja falso.

As provas entram nesse meio como o caminho para que o juiz alcance a verdade através de inferências, formando uma hipótese aproximada, mas nunca certa sobre a verdade. Não à toa juízes por vezes se veem incapazes de fechar uma narrativa segura sobre a verdade e precisam se alinhar a compromissos normativos a partir dos quais, finalmente, podem decidir. Por exemplo, a presunção de inocência entra aqui como estratégia para decidir em favor do réu em cenários de incerteza fática.

Entretanto, regras nem sempre são o antídoto à incerteza sobre os fatos. Regras jurídicas podem desempenhar uma função cooperativa no processo de decisão do juiz em matéria de fatos. Mas estas podem funcionar de forma contra epistêmica, às vezes para proteger o próprio compromisso epistêmico, outras para resguardar valores simetricamente relevantes em comparação a ele. O desafio reside, então, em fazer a diferenciação entre regras que têm justificativa válida para irem contra a empreitada pela verdade e as que não tem tal justificativa.

Isso foi o que se enfrentou de partida, como o que resume a problemática geral da prova. Entretanto, as provas dependentes da memória apresentam em maior grau certas dificuldades acerca das quais se concedeu atenção redobrada. Basicamente, são três os problemas: testemunhas que mentem; testemunhas que não mentem mas tem uma memória falsa; e testemunhas que pouco têm sua colaboração com a verdade aproveitada porque tem sua credibilidade vítima de uma disfunção (que pode ser em excesso ou falta).

A possibilidade de que testemunhas possam estar mentindo é o mais difundido dos obstáculos à busca da verdade. Criou-se ao longo dos séculos uma robusta gama de estratégias para lidar com isso. Em contrapartida, a racionalidade dessas estratégias é contestável, já que até mesmo experts têm dificuldade de realizar a façanha de detecção de mentiras. Ainda assim, muitas dessas “técnicas” foram sendo aplicadas pelo Direito. O método de interrogatório que se utiliza de blefes e trapaçás está entre as mais utilizadas, embora o grau de credibilidade dele seja extremamente deficitário e extremamente sugestionador, inclusive, correndo o risco de gerar falsas memórias na testemunha.

A ciência vem demonstrando impasses com relação ao tema. Técnicas como a de escaneamento cerebral ainda encontram margens duvidosas sobre sua eficácia. Ao mesmo tempo, sempre persiste a dúvida sobre até que ponto uma mentira detectada em laboratório pode ser equiparada a uma mentira do mundo real.

O fim da busca por mentiras de forma irracional e presumida é, dessa forma, um passo necessário. O motivo não se resume à perda de energias por parte do policial e juiz, mas, sim, também ao risco de que eles sugestionem a testemunha a dizer algo errado. A memória é falível, essa é a máxima que corretamente descreve o problema de testemunhas que não mentem mas também não dizem a verdade.

A memória humana pode desde codificar informações de forma errada em virtude de fatores como luminosidade ou tempo de exposição até recuperar informações de maneira deteriorada ou afetada por sugestionamento. Em virtude disso, testemunhas dizem o que creem, sim, mas o que acreditam ser verdadeiro não é. Narrativas falsas entram no processo por consequência. É por isso que também defendi que a correta oposição é entre mentira e sinceridade, bem como verdade e falsidade, pois a testemunha pode não mentir, mas dizer algo falso.

Ademais, não apenas a memória humana é falha, mas, também, a postura profissional dos policiais e juízes. Esses, mesmo que não queiram, cometem julgamentos os quais não deveriam. Dessa forma, avaliando a credibilidade de uma testemunha que pode não ter qualquer intenção mentirosa ou falsa memória de maneira deficitária ou excessiva. A consequência é, novamente, uma conclusão inadequadamente fundada sobre os fatos.

Todavia, mais desafiadores do que os problemas parecem ser as mudanças que se precisa realizar no sistema criminal. A reforma desde a raiz arbitrária de persecução penal brasileira e a discussão sobre o lugar da ciência num processo criminal são necessárias. Não se pode modificar a tratativa do testemunho sem antes mudar um sistema que não contém seus preconceitos ao avaliar a testemunha e por isso comete disfunções de credibilidade. E, também, é impossível uma evolução sem que se faça a introdução no processo de conhecimentos científicos sobre a memória, quando o assunto é testemunho.

A deferência crítica aos conhecimentos científicos que vêm apontando os erros aos quais está sujeita a memória e a prática reiterada de condutas e criação de mecanismos que frustrem as disfunções de concessão de credibilidade são o ponto de partida, mas não no que tudo termina. É necessário que haja um diálogo institucional que supere as barreiras do tribunal para solucionar os problemas, adentrando as universidades, com encontro da epistemologia jurídica com a neurociência e psicologia.

Embora o caminho não seja fácil, sempre é oportuno enfatizar o porquê da importância dele. Como aludi ainda na introdução, o incorreto uso das provas dependentes da memória é um dos grandes responsáveis por condenações injustas nos sistemas criminais do Brasil e do mundo. Os casos de Antônio Cláudio Barbosa de Castro e Ronald Cotton com os quais iniciei

o capítulo 2 são algumas das demonstrações concretas de como a evidência científica é correta com relação à assertiva da falibilidade da testemunha ocular.

O sistema criminal serve como a última medida de um Estado, tutelando os indivíduos responsáveis pelas condutas mais graves. Estupros, assassinatos brutais e tudo o que de pior o ser humano pode cometer contra a integridade do outro é acomodado por ele. Isso significa que a ele cabe, também, tomar as medidas mais drásticas possíveis. A privação de liberdade é uma delas. O resultado disso é que condenar um inocente a arcar com as consequências do sistema criminal é o mesmo que o privar de um dos bens mais importantes do ser humano, que é a liberdade.

A questão é agravada quando se presta atenção nos tipos de pessoas que estão sendo alvo dessas injustiças, como se verifica ao analisar o relatório da Defensoria do Rio de Janeiro que apresentei ainda na introdução. Homens e mulheres pobres, negros, periféricos, e/ou analfabetos, etc. O problema da valoração incorreta do testemunho aponta uma injustiça maior do que a de prender um inocente, que é a de prender e destruir o futuro de inocentes que já passaram por toda uma vida de exclusão e dificuldades. A reforma do tratamento do instituto exige que se deixe de envernizar de racionalidade uma estrutura criminal que convenientemente sempre vê "suficiência probatória da palavra da testemunha" para condenar uma certa classe de pessoas e não outras. O que claramente é reflexo de mais do que desconhecimento científico sobre a falibilidade da memória.

A discussão sobre a inclusão de conhecimento especializado nos tribunais merece, sim, atenção. Ademais, uma real reforma requer que se pense também em estratégias que vão além de mudanças de dispositivos e educação de juristas no sentido científico, visto que isso causa, sim, erros, mas estes não ocorrem apenas por isso. Exige-se um diálogo que supere as portas da "torre de marfim dos acadêmicos". Isso significa que o desafio de objetivar o processo é também o de se atentar a um problema que não é simplesmente científico, mas, sim, também reflexo de venenos que vem do convívio social, como o racismo, machismo, etc.

Assim, importa tratar os erros relativos às provas dependentes da memória não apenas como uma questão de ausência de atualização científica e falta de humildade dos juízes, como também uma denúncia sobre como preconceitos se manifestam no Direito e geram disfunções de credibilidade. Desta forma, impõe-se a necessidade de uma reforma que eduque e/ou

obrigue o sistema criminal a não conceder credibilidade excessiva ou deficitária para a testemunha: porque não se pode acreditar sem uma pitada de incredulidade em pessoa alguma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? **Revus**, 39, pp. 85-102, 2019. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/revus/5559>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil. D.O 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatório revela 58 acusados injustamente identificados por engano.** Rio de Janeiro, 14 set. 2020. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10660-Relatorio-revela-58-acusados-injustamente-identificados-por-engano>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 24 abr. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados.** Brasília, 26 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC: 404507 PE 2017/0146497-9, Relator: Ministro Felix Fischer, DJ: 10/04/2018. **JusBrasil.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574629542/habeas-corpus-hc-404507-pe-2017-0146497-9/inteiro-teor-574629552>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC: 589687 RJ 2020/0144772-5, Relator: Ministro Felix Fischer, DJ 14/08/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920128858/habeas-corpus-hc-589687-rj-2020-0144772-5>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: HC 598.886-SC**, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ: 27/10/2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp: 1808455 SP 2019/0112194-8, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, DJ:12/11/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/881900108/recurso-especial-resp-1808455-sp-2019-0112194-8>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. DJ: 8/9/2010. **COAD**. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2374/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em 24 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. DJ: 4/8/2003. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

CASTELLIANO, Carolina; HERDY, Rachel. Por que precisamos de bons ouvintes? Henry foi vítima de ‘injustiça epistêmica’. **Revista Consultor Jurídico**, [S.L.], 30 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-30/limite-penalpor-precisamos-bons-ouvintes-henry-tambem-foi-vitima-injustica>>. Acesso em: 26 mai. 2021.

CECCONELLO, W. W., ÁVILA, G. N., STEIN, L. M., A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 8, nº 2, 1058-1069, ago. 2018.

_____; STEIN, Lilian; ÁVILA, Gustavo N. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da psicologia do testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 177, 2021, pp. 359-368.

DAVIS, Deborah., LOFTUS, Elizabeth F. Os perigos da testemunha ocular para os inocentes: aprendendo com o passado e projetando para a era das mídias sociais. *In*: NOJIRI, Sérgio

(org). **O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2019.

EMYGDIO, N. B., FUSO, S. F., MOZZAMBANI, A. C. F., ACEDO, N. A., RODRIGUES, C. C., MELLO, M. F. Efeitos do transtorno de estresse pós-traumático na memória. **Psicologia: Ciência e Profissão**, 39, 1-13, 2019.

FALLIS, Don. What is lying? **The journal of Philosophy**, Hanover, v. 106, n.1, 29-56, jan. 2009. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=1601034>>. Acesso em: 04. out. 2020.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian M. (Org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2ª Ed. Florianópolis [SC]: EMais, 2020.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e Verdade no Direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, pp. 149-182, jan./abr. 2018.

_____. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

GARRETT, Brandon L., *Convicting the Innocent: where criminal prosecutions go wrong*. United States of America: Harvard University Press, 2011.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. 2005. Ed. Palestra-Temis. Disponível em:

<https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n>. Acesso em: 13 mai. 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GREENWALD, Anthony G., KRIEGER, Linda Hamilton. Viés implícito: fundamentos científicos. *In*: NOJIRI, Sérgio (org). **O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2019.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. *In*: VÁSQUEZ, Carmen (Org.). **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HERDY, Rachel. Appeals to Expert Opinion in High Courts. *In*: M. Nogueira de Brito, R. Herdy, G. Damele, P. Moniz Lopes, y J. Silva Sampaio (eds.), **The Role of Legal Argumentation and Human Dignity in Constitutional Courts** (pp. 23-46). Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2019.

_____. Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. **Discusiones**, 24, 2020, pp. 87-112.

INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/cases/ronald-cotton/>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/casos/>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOFTUS, E. F. Até onde pode-se confiar na memória?. **TED: Ideas worth spreading**. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/transcript?language=pt-br#t-187319>. Acesso em: 30 jun. 2020. 00:17:23

_____.;COAN, J. A; PICKRELL, J. E. **Manufacturing false memories using bits of reality**. University of Washington, 1996. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/246760350_Manufacturing_false_memories_using_bits_of_reality#:~:text=Elizabeth%20Loftus%20concludes%20that%20an.can%20be%20implanted%20by%20psychotherapists>. Acesso em: 04. out. 2020

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

MATIDA, Janaina. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp120031.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. *In* **Arquivos da Resistência: ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP**, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019a.

_____. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. *In*: NICOLITT, André., AUGUSTO, Cristiane Brandão (orgs), **Violência de gênero: Temas polêmicos e atuais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019b.

_____. O valor probatório da palavra do policial. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, ano 3, n^a 8, abril, 2020.

_____. Há injustiça epistêmica no sumiço dos meninos de Belford Roxo? **Revista Consultor Jurídico**, [S.L.], 07 mai. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-07/limite-penal-injustica-epistemica-sumico-meninos-belford-roxo>>. Acesso em: 7 mai. 2021.

_____ ; 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.

_____ ; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 27, vol. 156, jun., 2019.

_____ ; CECCONELLO, William. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, n. 1, 2021, pp. 409-440.

MELO, João Ozorio. Suprema Corte dos EUA já decidiu que tomate é vegetal, embora seja fruta. **Revista Consultor Jurídico**, [S.L.], 21 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-21/suprema-corte-eua-decidiu-tomate-vegetal-nao-fruta>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 6, n. 1, 361-394, jan.-abr. 2020.

MOSER, Paul K., MULDER, Dwayne H., TROUT, J. D. **A Teoria do Conhecimento: uma introdução temática**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEUFELD, C. B., BRUST, P. G., STEIN, L. M., O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias? **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 13, n. 3, 539-547, jul./set. 2008.

RAMOS, Vítor de Paula. **Prova Testemunhal: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SAUNDERS, Jo. Memory impairment in the weapon focus effect. **Memory & Cognition**, v. 37 (3), 326-335, 2009.

SCHAUER, Frederick. Em defesa do Direito Probatório fundado em regras - e da epistemologia também. Tradução de Lucas Miotto. **Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro**, v. 1, n. 2, 319-335, jul./dez. 2016.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Puc-Rio e Contraponto, 2016.

SHEN, Francis X., JONES, Owen D. Escaneamentos cerebrais como evidência: verdades, provas, mentiras e lições. *In*: NOJIRI, Sérgio (org). **O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2019.

STERNBERG, Robert. J. **Psicologia Cognitiva**. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.