COLEÇÃO Raciocínio Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

Prova testemunhal

Do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia

VITOR DE PAULA RAMOS

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo Nº 9743

Apresentação:
DANIEL MITIDIERO

Prefácio:
JORDI FERRER-BELTRÁN

2ª edição
Revista
e atualizada

2021

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

4.

PROPOSTA DE UMA RECONSTRUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

Para que se inicie a reconstrução da prova testemunhal no Direito é necessário, em primeiro lugar, verificar quais das visões sustentadas pelo âmbito jurídico realmente possuem fundamento científico ou epistêmico. Posteriormente, deve-se formular uma nova forma de trabalhar com a prova testemunhal.

4.1. PREMISSAS DELINEADAS PARA A RECONSTRUÇÃO

Conforme foi-se demonstrando ao longo do presente trabalho, quatro são os pontos de partida para a reconstrução aqui proposta: (i) a aproximação de um modelo objetivo da busca

da verdade; (ii) a diferenciação dos dois pares de antônimos, *mentira* e *sinceridade*, *verdade* e *falsidade*, com a percepção de que o que importa para a busca da verdade é a *verdade*, não a *sinceridade*; (iii) a adoção de uma versão não presuntivista da epistemologia do testemunho; e (iv) a consideração, no objeto do testemunho, dos diversos *erros honestos* e contribuições originais da testemunha.

As expectativas sobre-humanas que o âmbito jurídico tem, hoje em dia, em relação ao juiz no "manuseio" da prova testemunhal decorrem em larga medida de aproximações a traços do modelo subjetivo da instituição probatória. Ao colocar o juiz no cerne do procedimento probatório, em uma posição na qual tudo depende do que ele "se convencer" ou "não se convencer", abre-se lugar para grande *subjetivismo*, algo que constitui um terreno fértil para um campo de tanta incerteza como o da prova testemunhal. Tradicionalmente, portanto, catalisado pelo mito da imediação pessoal como forma de garantia de veracidade, o direito processual acreditou que o juiz seria capaz de "filtrar" a testemunha, detectando mentiras e purificando os testemunhos. Daí que a análise daquilo que a ciência ou a epistemologia dizem sobre o testemunho não seria necessária ou útil.

Com a mudança de paradigma para um modelo objetivo, não mais importando o que pensa o juiz A ou a juíza B, abre-se a necessidade de que se avalie cientificamente se as formas com que trabalhamos com a prova testemunhal realmente possuem capacidades epistêmicas; isto é, se têm condições efetivamente de produzir conhecimentos cientificamente seguros, trabalhando-se com um modelo de *corroborações objetivas*. Trata-se de uma mudança que já ocorreu em outros

campos do conhecimento, como a medicina, em que, hoje em dia, não mais se aceitam respostas como "o paciente X está doente porque o médico A disse que sim". São necessários protocolos, critérios etc., a fim de que os diagnósticos sejam *o mais objetivos possível*. Ao passar por tal mudança de paradigma, o Direito poderá vir a analisar e criticar as formas de produção de todas as provas, a fim de que não se utilizem no direito moderno ordálios travestidos de provas racionais.

Outro principal fator de desentendimentos no campo da prova testemunhal diz respeito ao pressuposto, a meu ver equivocado, de que o antônimo da *mentira* seria a *verdade*. Com efeito, ao contrapor *verdade* a *mentira* o direito pressupõe, em verdade, que ou a testemunha está mentindo – isto é, falseando intencionalmente o que sabe –, ou está falando a verdade. Ao assim proceder, portanto, perde-se a possibilidade de sequer ventilar a hipótese de que testemunhos possam ser *sinceros* (uma vez que correspondem exatamente àquilo em que a testemunha acredita), mas falsos (uma vez que não correspondem àquilo que efetivamente ocorreu). Perde, da mesma forma, a possibilidade de pensar sobre eventuais contribuições não intencionais da testemunha no relato, passíveis, inclusive, de inutilizá-lo.

Traçando-se essa diferenciação anterior, então, duas consequências principais surgem: a uma, ganha-se a possibilidade de verificar que não se pode simplesmente *presumir* que um testemunho sem provas em contrário seja *verdadeiro*; a duas, que o testemunho pode ser completamente *falso* por razões alheias à vontade da testemunha, à medida que inúmeros erros honestos já comprovados cientificamente podem aparecer em tal prova.

Assim, a terceira das premissas delineadas pelo presente estudo é que, sem provas que confirmem o testemunho de um sujeito, nada há a se falar a respeito de sua *sinceridade* e, menos ainda, de sua *veracidade*. Uma vez que para o processo a verdade é extremamente importante, o direito não pode simplesmente presumir a *veracidade* de um testemunho, sendo essa uma forma bem pouco confiável, quando sozinha, de obtenção de conhecimentos.

Por fim, a quarta premissa delineada é que com todos os estudos de psicologia experimental disponíveis, impende que o âmbito jurídico atualize seu discurso e suas práticas da prova testemunhal, passando a considerar que um sem-número de fatores podem influenciar, e, na prática, de fato influenciam na memória da testemunha, fazendo com que esse tipo de prova seja extremamente frágil[477].

4.2. ENFRENTAMENTO DAS PREMISSAS DO DIREITO À LUZ DA CIÊNCIA E DA EPISTEMOLOGIA

4.2.1. Quanto às premissas ligadas à fase da admissibilidade

Dois eram os pontos iniciais supostamente ligados à admissibilidade da prova testemunhal: (i) a inadmissibilidade por questões objetivas, isto é, a existência ou não de hierarquia

477. De fato, felizmente, nos últimos dois anos, entre a publicação da primeira e da segunda edição deste livro, multiplicaram-se estudos a respeito do tema, inclusive no Brasil. Nesse sentido, vejam-se, por exemplo, artigos recentes, como Massena, 2019; Mello e Gervitz, 2019; Baldasso, 2020, e Lazari, 2020.

entre meios de provas a justificar a inadmissibilidade da prova testemunhal para a prova de determinados fatos e (ii) a inadmissibilidade por questões subjetivas, isto é, questões ligadas à pessoa que presta o testemunho.

4.2.1.1. Da inadmissibilidade por questões objetivas

A prova testemunhal, como qualquer outro tipo de prova, está sujeita a um exame de admissibilidade, que guarda relação com a possibilidade de que essa, em tese, possa aumentar ou reduzir a confirmação das hipóteses fáticas levantadas pelas partes.

Trata-se, como já destacado nos itens iniciais, de exame prévio e em tese, sem que se saiba de antemão qual será o sucesso efetivo do elemento de juízo na prova efetiva dos fatos em questão. Não se devem confundir, portanto, critérios de *admissão* com critérios de *valoração* da prova. Na minha opinião, entretanto, o debate a respeito da inadmissibilidade da prova testemunhal por fatores objetivos está desfocado, por causa de confusão entre elementos da fase de valoração com elementos da fase de admissão.

Considerando a relevância como critério fundamental para a admissibilidade de provas (ainda que, juridicamente, não seja o único, obviamente), a admissão da prova testemunhal, em verdade, em nada difere da admissão de outras modalidades de provas. Assim, por exemplo, deverá ser indeferida qualquer prova que se pretenda produzir se não disser respeito ao mérito da causa. Se em uma ação debatendo danos materiais em acidente de trânsito uma das partes pretender a

oitiva de uma testemunha para prova de ofensas, humilhações etc., essa prova será impertinente para demonstrar os danos materiais, por não dizer respeito ao mérito da causa, devendo ser indeferida. Nada diferente, portanto, seguindo o mesmo exemplo, de caso em que a parte pretendesse produzir uma prova pericial para comprovar um abalo psicológico configurador de um dano moral.

Da mesma forma, a prova testemunhal deverá ser indeferida se o sucesso positivo ou negativo da prova não puder, *em tese,* influenciar na determinação do resultado. Isto é, em questões que são sabidamente impossíveis de serem conhecidas mediante a prova testemunhal. Por exemplo, não se deve admitir prova testemunhal a respeito de questões técnicas científicas, assim como não se deve admitir prova pericial para situações em que não há questões técnicas a serem dirimidas.

A questão do valor da prova testemunhal deverá ser enfrentada na fase de valoração propriamente dita, excluindo-se somente a prova como um todo ou determinadas perguntas em situações em que esteja demonstrado que uma testemunha não pode avaliar a olho nu. Nesse ponto específico, viu-se no capítulo a respeito da psicologia experimental que esse é o caso de questões como a avaliação sobre a *velocidade* exata no momento de um acidente ou a *distância.*

Recorde-se, nesse sentido, que, com relação à *velocidade,* os seres humanos estão sujeitos a muitos fatores que podem influenciar uma estimativa: o tamanho e o tipo do veículo, a rua por onde está passando, a informação sobre se o veículo bateu ou não etc. Os erros, como também demonstrado, podem ser substanciais (no exemplo de um estudo citado, a estimativa

média chegava a variar quase 20km/h[478]). Não sendo possível controlar (e, em alguns casos, nem mesmo conhecer bem todos) esses fatores, o que as bases científicas atuais demonstram é que não é minimamente confiável a estimativa que uma pessoa faz de uma velocidade. O mesmo pode ser dito sobre as distâncias, cuja estimativa por seres humanos, como visto, está também sujeita a erros substanciais (média de erro de 12,57 metros em distâncias reais entre 35 e 41 metros[479]). Assim, as bases científicas demonstram não ser possível um mínimo de confiabilidade para a prova testemunhal sobre temas como esses, devendo ser inadmitidas não só a prova como um todo, mas também eventuais perguntas sobre esses temas.

Deve, ademais, ser indeferida a prova testemunhal quando destinada a provar de maneira redundante[480]. Por exemplo, quando uma parte já apresentou um contrato firmado por ela e pela parte contrária, deve ser inadmitida testemunha pretendida para a prova da existência do contrato. Deverá, por outro lado, ser admitida testemunha com o intuito de comprovar eventual coação ou outro vício de vontade.

Nesse sentido, deve ser interpretada, por exemplo, a disposição do art. 443, I, do CPC brasileiro (que, como mencionado no capítulo sobre admissibilidade, cap. 2.2, prevê a inadmissão

478. Kebbel et alii, 2002:601.

479. Lindsay et alii: 2008:533.

480. "[A] partir de um determinado ponto de equilíbrio, a incorporação de ovas provas confirmatórias supõe um grão adicional muito pequeno de corroboração, enquanto cresce o perigo de desequilíbrio no manejo de informações por parte do julgador. Nesse ponto, justificar-se-á epistemologicamente a exclusão da prova". Ferrer Beltrán, 2007:76.

da prova testemunhal relativa a fatos "já provados mediante documento ou confissão da parte"). Caso já produzida prova documental ou pericial sobre um mesmo fato (no exemplo, a existência do contrato), é redundante (e por isso inadmissível) uma prova testemunhal sobre o mesmo fato. Poderá, entretanto, ser produzida prova testemunhal tendente a provar fato *impeditivo, modificativo* ou *extintivo* relacionado ao contrato, pois, nesse caso, não haverá redundância.

Não deve, por outro lado, ser indeferida prova testemunhal por mera valoração prévia do juiz. Como mencionado nos capítulos sobre admissão, produção e valoração da prova, o juiz deve admitir as provas que (entre outros critérios) tenham, em tese, condições de aumentar ou diminuir a confirmação das hipóteses fáticas relevantes para o caso, passando à fase de valoração somente depois disso. Isso quer dizer que o juiz não pode, então, inadmitir uma prova por estar "previamente convencido" de seu resultado (por exemplo, inadmitir prova testemunhal que pretenda provar que o contrato foi firmado sob coação por estar "previamente convencido" de que isso não é verdade).

4.2.1.2. Da inadmissibilidade por questões subjetivas

A ideia de que o legislador devesse "proteger" o juiz profissional ou outro tipo de julgador dos fatos de determinado tipo de pessoas parece, hoje em dia, bastante anacrônica. Afinal, a história mundial é prenhe de registros de pessoas supostamente muito honradas que mentiram ou enganaram, obtendo, por vezes, resultados milionários; da mesma forma,

não poucas são as ocasiões em que um criminoso contumaz faz uma narrativa sincera e verdadeira. Com efeito, "um sistema de impedimentos [*tachas*] centrado na pessoa da testemunha, não em sua declaração, [...] resulta francamente discutível"[481].

Em primeiro lugar, deve ser analisada a possibilidade de que pessoas consideradas parcial ou totalmente incapazes possam fornecer testemunhos. Em relação a isso, um sistema não deve considerar admissível a prova testemunhal de uma pessoa quando a incapacidade puder eliminar por completo a possibilidade de que, em tese, seu testemunho possa aumentar ou diminuir a corroboração de ao menos alguma das hipóteses fáticas objeto do processo. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que é cega e/ou surda quando a ciência dos fatos depender dos sentidos que lhes faltam (art. 447, § 1º, IV, do CPC brasileiro), ou do caso da testemunha acometida por enfermidade que lhe impeça de discernir os fatos postos em litígio.

Entretanto, não sendo esse o caso, sempre que a incapacidade permitir que o testemunho tenha condições, em tese, de aumentar ou diminuir a corroboração de ao menos alguma das hipóteses fáticas objeto do processo, a prova deve ser admitida. Isso pode dar-se, por exemplo, no caso de uma pessoa acometida por doença mental tenha discernimento suficiente sobre os fatos, caso em que seu depoimento deverá ser admitido. Afinal, como destacado, nem todos os interditos "são

481. Nieva Fenoll, 2010: 264-265.

destituídos de utilidade e veracidade testemunhal"[482], não se tratando de uma relação de tudo ou nada ("loucos ou não loucos", nos dizeres da doutrina mais antiga[483]).

Em segundo lugar, não parecem existir razões epistêmicas[484] para impedir a tomada de depoimentos de pessoas como um amigo ou inimigo íntimo, cônjuge, companheiro, ou familiar próximo; trata-se aqui, uma vez mais, de confusão entre valoração e admissão, além de um juízo prévio injustificado – uma generalização espúria. Ainda que se possa legitimamente suspeitar que uma testemunha tenha algum viés cognitivo, por exemplo, em favor da parte que é sua amiga íntima, isso é muito diferente de poder dizer, *a priori,* que seu testemunho não poderá jamais, em tese, ser sincero ou verdadeiro, nem que não se possa aproveitar uma só informação do que venha a dizer. O inimigo declarado, em outro exemplo, poderá ser uma pessoa muito honesta, que, por sua honestidade, não aceita mentir nem mesmo para prejudicar seu inimigo.

O que é perfeitamente possível, como será visto a seguir, é que se dê menor valor a um testemunho não corroborado por outras provas, principalmente quando fornecido por um cônjuge, um parente próximo, ou outra pessoa. O que o capítulo relacionado à psicologia experimental demonstrou, com efeito, é que diversos são os fatores que podem influenciar a memória de uma testemunha, não sendo possível, *a priori*,

482. Pontes de Miranda, 1974: 407.

483. Pontes de Miranda, 1974: 407.

484. Vázquez (2015:171-172), falando da prova pericial, discute sobre a possibilidade de inadmissão de provas periciais por razões de economia processual.

como dito, estabelecer que um cônjuge jamais poderá dar informações verdadeiras a respeito de seu parceiro, ou que uma mãe jamais poderá dar informações verdadeiras sobre algo relacionado a um filho.

Em terceiro lugar, deve ser impedida qualquer forma de preconceito[485], por sexo, gênero, orientação sexual, profissão etc. Afinal, do ponto de vista científico e jurídico não há qualquer relação necessária *a priori* entre tais características e a veracidade de um testemunho. Ao contrário daquilo que alguns sistemas jurídicos previam no passado, uma testemunha que exerça a prostituição não tem nem mais nem menos chance de dizer a verdade em um processo judicial do que qualquer outra pessoa.

Para que fosse possível inadmitir um testemunho com base em uma característica de sexo, gênero, orientação sexual, profissão etc., portanto, seria necessário que tal característica acarretasse, comprovadamente, alguma diminuição objetiva de alguma das capacidades de percepção da pessoa; nesse caso, todavia, tampouco seria a característica subjetiva que determinaria a inadmissão, mas sim a objetiva, isto é, a capacidade diminuída. De fato, por exemplo, se fosse comprovado que pessoas da etnia X têm, em geral, capacidade muito baixa de perceber determinados detalhes, seria a incapacidade concreta

485. Schauer (2003: 13-15) explica os diferentes tipos de generalizações, desde generalizações universais, 100% (como, por exemplo, "todos os solteiros não são casados"), até um tipo de generalização sem qualquer comprovação ou relação comprovada (como, por exemplo, os capricornianos são seguros de si mesmos"). Como recorda o autor, ademais, "[q]uando as generalizações estatisticamente errôneas são aplicadas aos grupos de pessoas, essas costumam ser criticadas como *preconceitos*".

da testemunha A de perceber determinados detalhes que poderia, em tese, determinar a inadmissão total ou parcial de seu testemunho, e não o mero fato de a testemunha pertencer à etnia X (se o Sr. B, apesar de pertencer à etnia X, percebe perfeitamente todos os detalhes em questão, não haverá razões para inadmitir seu testemunho).

4.2.2. Quanto às premissas ligadas à fase da produção das provas

Anteriormente, em relação à produção das provas, elencaram-se três pontos gerais e dois específicos sobre a forma de interrogatório. Os três pontos gerais são: (i) a falta de clareza sobre se, juridicamente, se considera que uma testemunha é da parte ou é do processo; (ii) a exclusiva preocupação do mundo jurídico com a não contaminação da testemunha em audiência; e (iii) a tentativa de garantir a veracidade do testemunho com a presença do magistrado enquanto a testemunha relata aquilo que diz ter presenciado, o juramento da testemunha de dizer a verdade e a potencial acareação entre testemunhas. Por outro lado, os pontos especificamente sobre o interrogatório são: (i) a possibilidade de perguntas diretas ou narrativas livres; e (ii) a possibilidade de perguntas pelos advogados ou pelo magistrado. A seguir abordarei cada uma dessas.

4.2.2.1. Testemunha da parte ou do processo?

Como demonstrado no item específico (cap. 2.3.1), apesar de se considerar, em geral, que cada parte tem disponibilidade sobre "sua" testemunha, falando-se em "testemunha do autor"

e "testemunha do réu", existe uma espécie de pressuposto de que a testemunha, uma vez em juízo, vá simplesmente despir-se de toda e qualquer influência, ou mesmo de que a influência de uma parte poderia neutralizar a influência da outra.

Entretanto, o que o capítulo de psicologia experimental demonstrou é que há muitos fatores que podem influenciar a memória de uma testemunha, mesmo que inconscientemente (modificando aquilo que o sujeito lembra do evento que presenciou). O mero fato de lembrar de um acontecimento repentino, por exemplo, já é um ato de "escolha" da mente, que, do mesmo dia ou até mesmo da mesma hora do incidente, já "optou" por esquecer diversas outras questões.

Se a testemunha vai tratada, até o momento da audiência, como testemunha "do autor", "do réu", é muito difícil simplesmente pressupor que essa não fique, de alguma forma, condicionada por isso – isto é, pressupor que, mesmo que inconscientemente, não pretenda a testemunha "alterar" sua memória ou sua narrativa para favorecer a "sua" parte. A testemunha deve, então, ser considerada pelo mundo jurídico como sendo *do processo*, quando esse estiver em curso, ou em qualquer caso, jamais de uma parte ou de outra, em qualquer momento,

Com relação ao período anterior à audiência (ou às entrevistas oficiais, judiciais ou não), por exemplo, a prática muito comum de o advogado de uma das partes ou de ambas terem contato prévio com a testemunha, fazendo-lhe questões de maneira absolutamente descuidada e –por que não? – sem qualquer limite, não pode mais ser aceita pelo mundo jurídico; essa prática, como visto, é contrária a tudo o que se sabe a respeito de memória, por diversos fatores.

Em primeiro lugar, porque permite que sejam dadas informações posteriores ao evento – que podem (por causas conscientes ou inconscientes) inclusive ser enganosas (*post-event misinformation)*; e tais informações, como demonstrado no capítulo 3.2.5.2.2, têm, comprovadamente, forte efeito na testemunha (recorde-se: em um estudo citado, por exemplo, as testemunhas que receberam informação falsa selecionaram respostas equivocadas com uma média muito maior do que aquelas que não tinham recebido dados falsos[486], algo que, como demonstra outro estudo citado[487], é ainda mais grave quando a informação equivocada é dada de forma repetida). Assim, se o advogado (ou qualquer outra pessoa, como será abordado a seguir) dá, com ou sem más intenções, informações à testemunha, muitas dessas informações serão convertidas em memórias, sem que a testemunha sequer tenha consciência disso.

Em segundo lugar, porque permite que sejam dados *feedbacks* (novamente, consciente ou inconscientemente) à testemunha, algo que possui, também, forte efeito na memória da testemunha. Recorde-se, nesse sentido, como demonstrado no capítulo 3.2.5.2.3., que[488] testemunhas que recebem *feedback* positivo de seus testemunhos costumam apresentar uma média de confiança maior em comparação com as testemunhas que não o recebem[489]. Trata-se, como também mencionado anteriormente, de um efeito que se produz ainda que a

486. Paz-Alonso et al., 2013:545.

487. Foster et al., 2011: 322.

488. Brewer & Wells, 2004.

489. Brewer & Wells, 2004:339.

testemunha não sinta qualquer tipo de pressão[490]. O advogado, como sujeito parcial que é, terá maiores incentivos (conscientes e inconscientes) para dar *feedbacks* positivos à testemunha sempre que essa apresentar versões compatíveis com as de seu cliente; e o efeito do *feedback* surgirá nas próximas vezes a testemunha for ouvida.

Em terceiro lugar, como também demonstrado (capítulo 3.2.5.2.4.), porque a entrevista privada e sem a outra parte permite que não se tenha qualquer cuidado com a forma de fazer perguntas, algo que também influencia as recordações da testemunha. Recorde-se que um dos estudos citados nessa obra demonstra que "participantes recordavam com menos precisão uma sequência de acontecimentos quando perguntados mediante perguntas diretas ou capciosas"[491]. E também, apenas para dar outro exemplo, que não só as perguntas, mas também os gestos[492] do entrevistador, têm efeito naquilo que dizem as testemunhas.

Considerando a relevância desses fatores, os eventuais interrogatórios extrajudiciais deveriam ocorrer sempre com a presença dos advogados de ambas as partes, e *sempre com gravação das entrevistas*. Tal prática permite que, mais tarde, terceiros possam avaliar se os métodos utilizados foram apropriados; isto é, se não foram dadas informações ou *feedbacks* às testemunhas, se as perguntas foram feitas de modo aberto e neutro etc. Se não são empregadas as técnicas adequadas,

490. Haw & Fischer, 2004:1110.

491. Leinfelt, 2004:332.

492. Gurney et Al., 2013.

evitando-se tais fatores, a entrevista e todas as informações posteriores se tornarão de confiabilidade baixíssima; e sem que se tenha gravação, não será possível saber se as técnicas utilizadas foram adequadas ou não, é dizer, sequer será possível conhecer potenciais fatores de influência a que a testemunha possa ter sido submetida.

Para garantir essas boas práticas, baseadas naquilo que se sabe hoje sobre a memória, seria necessária a criação de regras éticas para os advogados e para os litigantes que impedissem esses contatos com as testemunhas (ou potenciais testemunhas), sem a presença do advogado da parte contrária e sem gravação.

Tratar a testemunha como não sendo de uma parte ou de outra *também* antes da audiência (ou das entrevistas oficiais) fará, ademais, com que não se tenha que acreditar em uma "mudança" da testemunha durante a audiência, ou durante as entrevistas oficiais (isto é, que a testemunha seja de uma parte ou de outra em alguns momentos e do processo em outros): a testemunha seguirá, em todos os momentos, sendo *do processo* (ou, quando ainda não existente, nem de uma parte nem de outra). Quem testemunha em juízo deverá, de fato, ter o dever de *sinceridade* relacionado ao respeito devido ao tribunal e à sua autoridade, e, fora de juízo, o mesmo dever de todos os cidadãos de colaborar. Ou seja, a testemunha deve ser tratada fora e dentro do juízo da mesma forma (isto é, contato na presença de ambas as partes e com a pertinente gravação, como mencionado).

Um último ponto deve ser mencionado sobre o tema: a ideia de que a testemunha seja *do processo* não quer dizer que

não se possa dar às partes a possibilidade de indicar testemunhas, mas sim que seria necessário vedar o contato privado das partes e dos seus procuradores com a testemunha ou, pelo menos, o contato privado a respeito dos fatos em questão (em casos, por exemplo, de colegas de trabalho, em que não se pode evitar o contato como um todo), sem a presença de ambas as partes e de gravação. Sendo a testemunha *do processo,* ademais, deveria ser dada ao juiz a prerrogativa de determinar, de ofício, a oitiva de testemunhas relacionadas aos fatos (por exemplo, a oitiva do porteiro de um edifício, quando ocorrido um incidente na portaria, ou a oitiva do médico socorrista que chegou ao local do acidente em primeiro lugar, mesmo quando esses não tenham sido mencionados pelas partes).

4.2.2.2. Da não contaminação da testemunha: somente no momento da audiência?

Como demonstrado ao longo do presente estudo, conta-se geralmente com meios jurídicos para evitar que uma testemunha não ouça o depoimento da outra, algo que vem destacado pela doutrina em geral como uma forma de evitar influências de um depoimento em outro. Entretanto, como apresentado ao longo deste trabalho, o efeito de influência é muito mais sutil do que o mundo jurídico parece supor. Cada vez que a memória é submetida a perguntas (seja por advogados, policiais ou por qualquer terceiro, com ou sem má intenção), principalmente perguntas diretas, *feedbacks,* expectativas etc., torna-se mais sujeita a influências, menos pura. Em uma feliz analogia,

MANZANERO refere[493] que a memória poderia ser comparada a uma cena de crime: se alguém ali "penetra" de maneira descuidada já não se poderão retirar da cena inferências válidas. Depois de um ou dois interrogatórios malfeitos, da mesma forma, a memória pode se tornar imprestável para a apuração da verdade.

No capítulo anterior mostrou-se que a testemunha deve ser considerada não de uma parte ou de outra, não devendo ser permitido, então, que as partes tratam as testemunhas como "suas" (o que permitiria influências conscientes ou inconscientes que podem prejudicar a qualidade da memória da testemunha). Neste capítulo cabe, então, demonstrar que tais fatores (anteriormente comentados em relação aos advogados e às partes) e outros fazem que com que a testemunha esteja sujeita a muitas fontes diferentes de influência, não só no momento da vista, mas a qualquer momento.

Depois de um determinado incidente, a testemunha vai ser inúmeras vezes questionada a respeito dos mesmos fatos; tem contato com inúmeras pessoas, ouve versões de amigos, de conhecidos, lê e escuta notícias da imprensa, sofrendo, também, a memória com a larga passagem do tempo entre o acontecimento e a oitiva no processo (e pior: como destacado no capítulo anterior, na prática comum, vai, inclusive, ser questionada diversas vezes de maneira informal pelos próprios

493. Tal ensinamento foi proferido em diálogos durante a estada do autor na Universidade de Girona, em junho de 2017, onde proferiu palestra no Mestrado em Raciocínio Probatório promovido pela Cátedra de Cultura Jurídica.

advogados das partes, ou mesmo pelas partes)[494]. A contaminação da memória, portanto, e como demonstrado largamente no capítulo sobre psicologia experimental, está longe de ocorrer somente no momento da audiência. Apesar de positivo que uma testemunha não ouça o depoimento da outra em juízo, tal medida é largamente insuficiente se a testemunha seguir submetida a inúmeras formas de influências, dentro e fora do processo.

Uma das formas mais eficientes de evitar que a testemunha pudesse ser influenciada, ou pelo menos que pudesse ser *menos* influenciada, seria que a colheita de depoimentos fosse feita por profissional capacitado a tanto e o quanto antes, ou seja, no momento mais próximo possível da ocorrência dos fatos.

Em primeiro lugar, isso permitiria neutralizar o máximo possível a ação da passagem do tempo. Como foi demonstrado no capítulo sobre *retention interval* (capítulo 3.2.5.2.1.), a memória piora com o passar do tempo (saliente-se, depois e apenas 4 dias, em um dos estudos citados[495], a memória piorou tanto para a recordação de palavras exatas de um diálogo como para seu sentido geral).

Em segundo lugar, tomando-se quase imediatamente a declaração diminuirá logicamente a possibilidade de que a testemunha tenha contato com outras testemunhas, amigos,

494. No mesmo sentido, referindo os fatores que contaminam a prova oral no processo penal, mais especificamente no campo do reconhecimento de pessoas, vide GESU, 2019: 164; VIEIRA, 2019: 357; FERNANDES, 2020: 253.

495. CAMPOS & ALONSO-QUECUTY, 2014.

jornalistas ou outras pessoas, ou mesmo de que leia ou escute notícias etc., diminuindo, com isso, as diferentes formas e causas de influências em sua memória (saliente-se que as informações dadas por terceiros influenciam na memória da testemunha, inclusive sem que ele possa se dar conta).

Em terceiro lugar, evitaria o máximo possível formas conscientes ou inconscientes de dar informações, fazer perguntas de maneiras inadequadas ou dar *feedbacks* às testemunhas (tais fatores influenciam a memória, como demonstrado muitas vezes neste trabalho); e tudo isso porque um profissional treinado e atualizado em psicologia do testemunho deve conhecer não somente as técnicas adequadas para obter a declaração da testemunha sem desencadear fatores que podem, em tese, alterar sua memória, mas também investigar a potencial presença de fatores que comprovadamente afetam a percepção ou a memória (pouca luz ou mudanças de luz, objetos fora de contexto, estresse, álcool e outras drogas, tempo transcorrido desde o evento até a oitiva da testemunha, quantidade de pessoas que tiveram contato com a testemunha, se a testemunha teve contato com outras testemunhas fora do juízo, com advogados das partes etc.).

Em todo caso, como destacado no capítulo anterior (com relação aos advogados), também para qualquer outro profissional que tenha contato com a testemunha (inclusive profissionais treinados) deve ser exigida a gravação da entrevista, inclusive quando se tratar de uma só pessoa, a fim de que possam ser avaliadas as técnicas utilizadas. Eventuais erros ou más práticas nas entrevistas poderão ser avaliados *a posteriori*, avaliando-se também as possíveis consequências para a memória das testemunhas.

Em conclusão, repetindo parcialmente o que foi dito no capítulo anterior, e em poucas palavras, se o objetivo da

produção probatória é a apuração da verdade e a prova testemunhal é parte dessa, as testemunhas não podem ser instrumentos adaptáveis às necessidades de cada parte. E para que os testemunhos possam contribuir com uma busca realmente epistêmica o mundo jurídico deve modificar substancialmente várias de suas práticas atualmente habituais.

4.2.2.3. Das supostas formas de garantia da veracidade do testemunho

No capítulo a respeito do tema (capítulo 2.3.3.3.) demonstrou-se como o Direito parece pretender garantir a veracidade de um testemunho mediante três ferramentas principais: (i) a presença do juiz; (ii) o juramento, seguido da ameaça de cometimento de crime de falso testemunho; e (iii) a possibilidade de realização de acareação.

Preliminarmente, é preciso ser salientado que as duas primeiras formas, apesar de teoricamente preocuparem-se com a *veracidade* do testemunho, preocupam-se, na prática, exclusivamente com a *sinceridade* do testemunho: isto é, mesmo em tese, visam a garantir exclusivamente que a testemunha não diga algo em que não acredita, ou algo que não corresponda efetivamente à sua memória. Isto é, trata-se de ferramentas que *nem mesmo em tese poderiam, de forma alguma, garantir a veracidade do testemunho.* A acareação, por outro lado, como será visto, apesar de preocupar-se com *erros honestos* e *mentiras*, acaba demonstrando-se muito ineficiente.

O que argumentarei, portanto, é que a testemunha não pode ter um *dever de dizer a verdade*, algo que seria absurdo,

além de inexequível. A razão para isso é que até a memória da mais honesta das testemunhas, como amplamente demonstrado no capítulo específico (capítulo 3.2), sofre influência de um sem-número de fatores, que tornam perfeitamente possível que a testemunha acredite cegamente na *veracidade* de algo que, em realidade, é *falso* (sem, por isso, estar *mentindo).* Entenda-se bem o ponto: a testemunha, nesse exemplo, sequer tem consciência do fato de que sua memória não corresponde à verdade, de modo que não seria possível exigir-lhe que seu testemunho fosse melhor; ou que se lhe determinasse, em outras palavras, que se recordasse melhor do que sua capacidade lhe permitira fazer.

Por isso, para essa testemunha de nada adiantará a presença do juiz, o juramento, a ameaça legal de cometimento de crime de falso testemunho ou a acareação, se a *crença* original estiver equivocada (sem que a testemunha saiba): os instrumentos destacados não são meios eficientes para lidar com depoimentos *insinceros,* muito menos com testemunhos *falsos.*

A seguir serão analisados os instrumentos antes referidos, um a um, com suas possíveis limitações e potencialidades.

4.2.2.3.1. A presença do juiz, o juramento e o crime de falso testemunho

Tanto a presença do juiz como o juramento de dizer a verdade podem ser destacados um aspecto moral e um aspecto jurídico. Tanto moralmente quanto juridicamente, a eficiência da "ameaça", no sentido de fazer com que a testemunha seja *sincera,* será diretamente proporcional ao respeito e à

concretude da ameaça de sanção a que a testemunha *sentir* estar sujeita.

Inicialmente, quanto à moral, a eficiência do juramento ou de se estar diante de uma autoridade serão diretamente proporcionais ao risco percebido pela testemunha de que a *insinceridade* seja descoberta e de que isso lhe cause problemas tanto na percepção da sociedade a seu respeito quanto da própria autoridade. Isso quer dizer que em um país em que a autoridade não for, também, uma "*autoridade moral*", ou em que for comum (ou não percebido como algo grave) o ato de mentir, o juramento e a presença da autoridade, do ponto de vista moral, de nada valerão. Em países como o Brasil, por exemplo, parece realmente verdadeira, portanto, a afirmação de que em "depoimentos garantidos por juramento prestado pela testemunha encontram-se normalmente erros numa percentagem que não é inferior à dos depoimentos não jurados"[496].

Afora efeitos psicológicos imprevisíveis, por fim, é de se perceber que eventual "medo" do juiz (por razões psicológicas ou morais) poderia, em tese, tanto atrapalhar a testemunha que pretende mentir quanto a testemunha que pretende ser sincera; isto é, aquela que fica nervosa no momento do depoimento e acaba, por exemplo, esquecendo de mencionar fatos de que, em situações habituais, lembraria.

Com relação ao crime de falso testemunho, a parte *jurídica* do juramento de dizer a verdade (e da ideia de estar a *autoridade*, o Estado, presente na audiência), os trechos de lei

496. Pessoa, 2006: 217.

em diferentes países que definem tal crime (capítulo 2.3.3.3.) ilustram bem o que foi dito anteriormente: a confusão feita no Direito entre *sinceridade* e *mentira, verdade* e *falsidade,* considerando-se erroneamente *verdade* como antônimo de *mentira.* Daí o equívoco em exigir-se que a testemunha se comprometa a dizer a *verdade*[497], sob suposta pena de cometimento de crime de falso testemunho. No entanto, se assim realmente fosse, toda vez que houvesse uma testemunha "do réu" e uma "do autor" e a ação fosse, por exemplo, julgada improcedente, isso deveria implicar automaticamente a persecução criminal da testemunha "do autor". E, obviamente, assim não é. Nesse sentido, que "[n]a ausência [...] do elemento subjetivo, isto é, não havendo consciência da falsidade ou da omissão da verdade, não há crime". Isto é, o cometimento do crime de falso testemunho não depende de uma *inveracidade*, mas, sim, de uma *inveracidade* somada a uma *mentira;* em outras palavras, não depende só de que o fato não seja verdadeiro, mas, sim, de que não seja verdadeiro e de que tenha o agente *mentido*[498].

Das categorias anteriormente mencionadas, portanto, o crime de falso testemunho preocupa-se somente em prevenir afirmações falsas e mentirosas, não afirmações verdadeiras e insinceras, tampouco afirmações falsas por erros honestos (isto é, falsas e sinceras)[499]. Todas essas outras categorias, portanto, ficam "desprotegidas".

497. Alerta, com efeito, Asencio Mellado (2010: 812) que as testemunhas devem "acomodar suas respostas à realidade do que saibam e conheçam, o que, indubitavelmente, não significa que se ajuste à realidade dos fatos tal e como ocorreram".

498. Nesse sentido, Asencio Mellado, 2010: 812.

499. No mesmo sentido, Gorphe, 1927: 59.

Além disso, deve ser destacado que, assim como foi dito a respeito das "sanções morais", a eficácia da "ameaça" do cometimento de crime de falso testemunho será diretamente proporcional à percepção, pela testemunha, de que o risco de configuração do crime e da persecução criminal sejam reais: isto é, que o ato de mentir em juízo pode *efetivamente* lhe trazer consequências criminais. Não obstante, é comum em países de *civil law* a percepção de que "nem juízes nem advogados chegaram a levar a sério a possibilidade de utilizar com contundência a figura do falso testemunho em causa civil [...], imbuído de espírito intimidatório".[500]

No Brasil, para se ter uma ideia, a busca jurisprudencial por "crime de falso testemunho" no STJ resulta 120 retornos[501] (buscas por "crime de homicídio" e "crime de roubo" retornam, respectivamente, 1.702 e 4.654 resultados)[502], o que sugere que são pouquíssimos casos de falso testemunho são levados aos tribunais brasileiros. Isto é: ou as testemunhas brasileiras são muito sinceras ou a ameaça de cometimento de falso testemunho é, na prática, muito fraca.

4.2.2.3.2. A acareação

A acareação, prevista em diversos sistemas, consiste na possibilidade de que as testemunhas com depoimentos contraditórios entre si sejam colocadas uma diante da outra, a fim de que sejam confrontadas. O art. 373 da *Ley de Enjuiciamiento*

500. Chozas Alonso, 2010: 40.

501. Busca feita em 22.11.2020, às 18:19.

502. Busca feita em 22.11.2020, às 18:20.

Civil prevê acareação em caso de "graves contradições", ao passo que as legislações brasileira (art. 461, II, do CPC) e italiana (art. 254) exigem somente que haja "contradições".

A acareação, pouquíssimo usada na vida forense[503], parte justamente da premissa de que nem todas as contradições entre testemunhas devem-se a *mentiras*. Assim, a acareação seria uma forma do juiz buscar "sanar tal contraste"[504] entre as versões das testemunhas. Não obstante a boa intenção, o mero fato de duas testemunhas originalmente com versões contraditórias passarem a sustentar uma só versão nada diz a respeito da *veracidade* das informações prestadas. Com efeito, pode ocorrer de uma testemunha mentirosa ser muito mais hábil ou segura na comunicação do que outra, esta sincera, de modo que, muito provavelmente, a versão mentirosa e falsa prevalecerá, independentemente de ser *verdadeira* ou não. Nesse sentido, os resultados de uma acareação, em verdade, não trarão resultados positivos para o processo.

Dois cenários poderiam, então, ocorrer. No primeiro cenário duas testemunhas cujas versões estão em contradição são colocadas em acareação, sendo que uma muda a sua versão (passando a sustentar o mesmo que a outra). Isso pode se dar, como demonstrado no item sobre psicologia experimental (capítulo 3.2), por contaminações na memória causadas pela outra testemunha, não se podendo afirmar simplesmente que a mudança se deu por um "melhor recordar". No segundo

503. A pesquisa por "acareação" na jurisprudência do STJ, resulta em 107 casos (busca feita em 22.11.2020, às 18:23). Na primeira edição do livro, em 2018, eram 106.

504. Crevani, 2014: 718.

cenário, as duas testemunhas com versões em contradição são colocadas em acareação e ambas seguem mantendo suas versões; nesse caso não se poderá saber (i) se alguma está mentindo (isto é, se está contrariando a sua memória) e (ii) qual das duas é a "melhor memória", podendo dar-se, inclusive, o caso em que ambos os relatos sejam *sinceros* e *falsos*.

Ocorre que a acareação é feita por *comparação* entre as versões de duas testemunhas. É possível, entretanto, que ambas as testemunhas estejam mentindo, assim como que ambas as testemunhas estejam sendo sinceras (mas de alguma forma dizendo o falso, isto é, errando). O consenso, em outras palavras, pode ser não só *insincero*, mas também *falso;* afinal, o consenso a respeito de um suposto fato não confere veracidade a esse.

A acareação, portanto, é a única das formas previstas no Direito que, ao menos em tese, se preocupa com testemunhos falsos *e* insinceros. Entretanto, trata-se de ferramenta muito pouco usada e, quando usada, muito pouco eficaz para a busca da verdade, justamente porque eventual consenso não cria verdades (o fato de superar-se uma contradição nas narrativas nada diz a respeito da veracidade ou não da afirmação – não sendo possível, com efeito, saber se prevaleceu, ao final, a versão verdadeira ou a falsa).

4.2.2.4. Das formas de interrogatório

Antes de passar aos dois pontos específicos sobre as formas de interrogatório, é importante que se faça uma advertência: como se pôde perceber até o momento, essa obra não tem o objetivo de ser um manual específico para profissionais

que trabalhem com entrevistas de testemunhas; muito menos um manual para psicólogos. Existem muitos trabalhos escritos por psicólogos do testemunho sobre o tema, e muitas são as pesquisas empíricas sobre as diferentes técnicas de interrogatório[505].

Sendo essa uma obra escrita por um jurista para juristas, o que se pretende no presente capítulo, longe de ensinar qualquer coisa a psicólogos, é simplesmente dar ao jurista, e ao mundo jurídico em geral, algumas linhas mestras para que se abandonem algumas más práticas nos interrogatórios, segundo os conhecimentos atuais da psicologia do testemunho. Nos itens que seguem, portanto, serão abordadas duas questões: 1) a forma de fazer perguntas e 2) quem deve fazer as perguntas.

4.2.2.4.1. Perguntas diretas ou narrativas livres?

Está bastante documentado na ciência que a maneira de formular uma pergunta e de conduzir a entrevista é decisiva para que as respostas sejam ou não influenciadas. Recorde-se, por exemplo, que perguntas tendenciosas (como "a cor do veículo era azul?"), ou mesmo gestos do entrevistador, podem distorcer a memória da testemunha.

A narrativa livre é, então, a forma que menos influencia a memória. Portanto, a melhor técnica de interrogatório é de que, antes de qualquer pergunta, permita que a testemunha narre livremente, sendo que as versões e respostas dadas nessa fase possuem confiabilidade muito maior do que respostas e versões

505. Para indicações bibliográficas sobre o tema e comentários sobre as formas de entrevistas, veja-se, por exemplo, na área da psicologia do testemunho, Mazzoni, 2010:159 e Diges, 2016:214.

dadas a perguntas diretas. A melhor formula é "iniciar a declaração com um pedido geral, em termos de recordação livre ('Conte-me o que ocorreu'), destacando a ideia de que o que interessa é um relato detalhado, procurando-se não interromper"[506].

Nesse sentido, por exemplo, vai o disposto no art. 436 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, que prevê que o "[...] juiz deixará que a testemunha narre sem interrupções os fatos sobre o qual depuser, e somente lhe exigirá explicações complementares que sejam destinadas a esclarecer conceitos obscuros ou contraditórios. Depois dirigir-lhe-á as perguntas que entender oportunas para o esclarecimento dos fatos"[507]. A necessidade de que se façam perguntas pode ser uma consequência natural da narrativa livre, pois essa tem o inconveniente de ser, em geral, menos completa: "precisamente por ser menos completo [o relato livre], faz-se necessário formular perguntas, que sempre implicam o risco de surgir informação não recordada pela testemunha"[508].

Para que o risco de sugerir informações seja diminuído, é necessário, como demonstrado no item específico (capítulo 3.2.5.2.4.), que as perguntas sejam abertas[509], pois esse tipo influencia menos e provoca menos memórias falsas do que as

506. Diges, 2016: 39. No mesmo sentido, falando de entrevistas com crianças, Mazzoni, 2010:165.

507. Outro exemplo que pode ser dado é o caso do Reino Unido, onde o documento do Ministério da Justiça chamado de "Alcançando Prova Melhor em Processos Criminais" apresenta *guidelines* básicas para entrevistas com testemunhas, recomendando, também, quatro fases para a entrevista: estabelecimento de relação, início com estímulo a uma narração livre, perguntas e encerramento.

508. Diges, 2016:39.

509. Diges, 2016:38; Mazzoni, 2010:165.

perguntas diretas. A pergunta poderia ser, por exemplo, "Lembra-se de que cor era o veículo?", ao invés de "A cor do veículo era azul?"; ou "De que cor era a barba?", ao invés de "A barba não era ruiva?"[510]. Um exemplo pode esclarecer o que *não* se deve fazer em uma entrevista[511]:

> "*P. Bom dia, conte-me o que você viu.*
>
> *R. Havia três carros no meio da rua, todos batidos, e a ambulância estava chegando.*
>
> *P. Havia, portanto, três carros. Mas você viu o carro vermelho ultrapassando o semáforo no sinal vermelho?*".

A consequência, como demonstrado no capítulo 3.2.5.2.4. deste trabalho, é que "em uma entrevista posterior [a testemunha possivelmente] recordará ter visto o carro vermelho ultrapassando o sinal vermelho", e isso muitas vezes não corresponderá à verdade. O desrespeito a tais formas de interrogatório sem sugestões, em outras palavras, deverá ser interpretado como uma "contaminação" da cena do crime, fazendo com que as respostas dadas pelas testemunhas tenham sua confiabilidade muito reduzida.

4.2.2.4.2. Perguntas pelos advogados ou pelo juiz?

A forma ideal de testemunho seria aquela conduzida por um profissional treinado a contaminar o menos possível a memória do entrevistado. Fosse tal pessoa o juiz, deveria passar

510. O exemplo é de Diges, 2016:39.

511. O exemplo é de Mazzoni, 2010: 78.

por treinamento específico, com base nos conhecimentos científicos já disponíveis hoje em dia[512]. Entretanto, ainda melhor do que isso seria que um profissional específico fosse disponibilizado para a oitiva. O profissional, possivelmente um psicólogo especializado, poderia ficar em uma sala somente com a testemunha, com um ponto de áudio no ouvido. O juiz, as partes e seus advogados ficariam em outra sala, assistindo a tudo em tempo real, com imagem e som, mas sem que a testemunha pudesse ouvi-los[513].

No cenário anteriormente descrito, o depoimento iniciaria com o profissional permitindo que a testemunha narrasse livremente. Uma vez concluída a parte da narrativa livre, o juiz permitiria que cada parte formulasse perguntas. O juiz poderia deferir ou indeferir perguntas, com base nos critérios objetivos de pertinência e relevância, solicitando ao profissional que formulasse à testemunha somente as perguntas deferidas.

O profissional receberia em seu ponto de áudio as perguntas formuladas pelas partes e teria a possibilidade de adaptá-las para formas mais abertas, evitando perguntas diretas. Por exemplo: caso a parte pretendesse perguntar "o carro era azul?", o profissional teria condições de, recebendo

512. Em recente estudo, entretanto, Schmidt, Krimberg e Stein, 2020: 18 apontam que "as decisões judiciais envolvendo memória estão sendo tomadas por profissionais que parecem não ter conhecimento aprofundado sobre como a memória realmente funciona".

513. Algo muito parecido está previsto, por exemplo, na legislação brasileira de proteção a menores vítimas ou testemunhas de violência. O art. 12 da Lei 13.431/2017, de fato, prevê o procedimento para colheita daquilo que a lei chama de "declaração especial", que o art. 8º dessa lei especifica ser aplicável para a "oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária".

a pergunta, questionar "o senhor lembra qual era a cor do carro?". Além disso, o fato de não saber a proveniência da pergunta, se do autor ou do réu, permitiria que a testemunha não fosse influenciada no afã de, consciente ou inconscientemente, auxiliar a "sua" parte.

Enquanto não se chega ao nível de sofisticação ideal, antes aludido, entretanto, a pior pessoa possível para fazer o interrogatório é o advogado. Isso porque o trabalho do advogado é *justamente* influenciar a testemunha, dentro da legalidade, usando de todas as técnicas possíveis que lhe forem permitidas para fazer com que a testemunha diga o que favorece a sua versão dos fatos. E, como visto, existem formas muito sutis de influenciar: sinais de mão, acenos de cabeça ou *feedbacks* dados para a testemunha, que, se disponíveis aos advogados, serão utilizadas.

O melhor seria, portanto, que o juiz dirigisse as perguntas à testemunha e que essa somente pudesse ouvir as perguntas deferidas, e somente na versão transformada (quando necessário) na forma de pergunta aberta. Afinal, por vezes, pode ser estratégico para uma parte fazer uma pergunta que sabe que vai ser indeferida, apenas para influenciar a memória ou "dar dicas" para a testemunha, caso essa esteja ouvindo também as perguntas indeferidas.

4.2.3. Quanto às premissas ligadas à fase de valoração

Tendo visto a etapa de admissão e prática da prova, cumpre ora passar à etapa de sua valoração. Anteriormente, elencaram-se quatro pontos a esse respeito, que aparecem

sistematicamente no tratamento jurídico da prova testemunhal: (i) a suposta importância do contato pessoal do juiz com a testemunha, para a formação de impressões pessoais a respeito do modo de falar, do grau de confiança, da postura etc.; (ii) os testemunhos são valorados todos da mesma forma, independentemente do tipo de experiência supostamente vivido pela testemunha; (iii) não há clareza sobre os critérios que deveriam ser utilizados na valoração do testemunho, individual ou coletivamente considerado; e (iv) não há clareza sobre se a prova testemunhal poderia ser, em si mesma, suficiente para considerar os fatos provados.

4.2.3.1. O contato pessoal do juiz com a testemunha e os mitos que o circundam

Como destacado no item específico, é crença corrente no Direito que o juiz deveria ter contato com a testemunha para supostamente ter condições de avaliar seu modo de falar, seu grau de confiança, sua postura etc. Não é raro, nesse sentido, que se mencione em ambientes acadêmicos ou forenses que "pela forma como a testemunha falava era possível ver que estava mentindo". Como demonstrado nos capítulos anteriores, entretanto, a ciência aponta para o fato de que a detecção de mentiras é algo extremamente difícil, não havendo, até hoje, comprovação científica de qualquer método eficiente e, principalmente, seguro para apontá-la.

A ideia de que o juiz pudesse avaliar uma testemunha com base no tom de sua voz, no nervosismo, na forma de mover a cabeça ou mesmo em contradições da testemunha é

simplesmente falsa[514], já que nenhum desses sinais é um indicativo seguro da mentira. Quanto a isso, aliás, como também demonstrado, vale salientar que nem mesmo os anos de experiência de um determinado juiz podem fazer com que a capacidade de detecção de mentiras seja elevada significativamente.

Como largamente demonstrado, a fala de uma testemunha poderá refletir fielmente a sua memória, mas não corresponder ao que efetivamente ocorreu; isto é, seu testemunho pode ser sincero, mas falso. Isso poderá redundar, por exemplo, em uma narrativa contraditória, em que uma parte será *verdadeira* e outra será *falsa*, mas ambas serão sinceras (por corresponderem à memória da testemunha). E, seja sobre erros honestos, seja sobre mentiras, o juiz, em geral, não terá condições mais confiáveis do que o lançamento de uma moeda para sua detecção.

O Direito atual, em verdade, sustentando o mito de que o juiz teria condições concretas de avaliar testemunhas e "descobrir" mentiras, acaba por ter como "resolvidos" todos os problemas que circundam a prova testemunhal, deixando assim de enfrentá-los. Afinal, não seria necessária qualquer preocupação com a mentira, pois o juiz seria capaz, em tempo real, de evitá-la; da mesma forma, não seria necessária qualquer preocupação com eventuais erros honestos, pois, da mesma forma, o juiz seria capaz de, em tempo real, preveni-los.

Por mais duro que possa parecer, o que o estado atual da ciência demonstra é que a ideia de que o juiz possa olhar para

514. Nesse sentido, como já mencionado anteriormente, há vozes isoladas no direito a referir a impossibilidade de o juiz ter um "sexto sentido" (Andrés Ibañez, 2005: 209) para lidar com a testemunha, o que coloca "seriamente em questão o ponto de vista tópico sobre a imediação" (Andrés Ibañez, 2005: 207).

uma testemunha e "saber" se ela está mentindo ou se está cometendo erros honestos não tem mais valor epistêmico do que quando na idade média se "verificava" que alguém era culpado de um crime de bruxaria mediante a prova do *ferro incandescente,* ou do duelo. É, isso sim, uma forma de "obtenção" de "conhecimento" tão irracional quanto.

4.2.3.2. Os diferentes tipos de testemunho e sua valoração

De uma forma geral, como demonstrado, o testemunho possui dois pontos frágeis, que podem ser sintetizados da seguinte forma: (i) a memória pode não corresponder à realidade e (ii) a narrativa pode não corresponder à memória. O mundo jurídico, de uma forma geral, como demonstrado, preocupa-se com a mentira, tratando-a como antônimo da verdade e deixando de se preocupar com os inúmeros erros que podem circundar um testemunho. Assim, a prova testemunhal é tratada e valorada, juridicamente, como "uma coisa só". Isto é, como se a experiência de um testemunho fosse algo uniforme, capaz de demandar uma só solução; e, pelo contrário, a ciência demonstra não ser assim.

Em primeiro lugar, é de se diferenciar o que chamaremos de testemunhos a respeito de supostos fatos *instantâneos* de testemunhos a respeito de fatos *continuados*, ou *repetidos.* Os fatos instantâneos, como demonstrado, sujeitam-se a uma série de dificuldades de percepção, com fatores como luz, velocidade, distância, baixo tempo de exposição etc., além de estarem mais sujeitos a dificuldades de recordação, causadas pelo tempo entre o evento e a recordação e a informações pós-evento. Os fatos continuados ou repetidos, como também demonstrado,

acabam, pela repetição ou continuação, por ter um *tempo de exposição* muito mais prolongado, facilitando a percepção e, portanto, a memória. Assim, é muito mais fácil que o sujeito lembre do nome de um funcionário do escritório, com o qual se encontra todos os dias, do que o de uma pessoa que encontrou em uma reunião em algum momento específico.

Da mesma forma, é muito mais fácil para uma pessoa lembrar de um fato continuado ou repetido ocorrido envolvendo alguém próximo (exemplo, um secretário de um assistente técnico que vê o seu chefe todos os dias pagando propina para peritos) do que alguém lembrar um fato instantâneo (exemplo, um acidente de trânsito, ocorrido em uma fração de segundos, enquanto a pessoa caminhava pela rua). E isso, entre outras coisas, porque em eventos continuados ou repetidos aumenta-se o tempo de exposição, fazendo-se com que a memória tenha muito maior facilidade para recordar dos detalhes.

Se, do ponto de vista dos erros honestos que podem ser cometidos, o testemunho sobre supostos fatos *instantâneos* e os testemunhos sobre supostos fatos *continuados* ou *repetidos* é essencialmente diferente, do ponto de vista da mentira, são rigorosamente iguais. Isto é, tanto uma pessoa que presenciou um incidente de 3 s de duração quanto a pessoa que viu durante meses e meses um ilícito ser repetido da mesma forma possuem, em tese, rigorosamente a mesma capacidade de mentir. Afinal, o testemunho, sendo *vox viva,* está sujeito a "maleabilidade", dependendo dos interesses conscientes e inconscientes da testemunha.

Seja como for, para melhor valorar os testemunhos, o Direito deve diferenciar, sob o ponto de vista da possibilidade de cometimento de erros honestos, testemunhos a respeito de supostos fatos *instantâneos* de testemunhos a respeito de

supostos fatos *continuados* ou *repetidos*, uma vez que a capacidade, em tese, de memória a respeito destes últimos é muito maior do que a dos primeiros.

4.2.3.3. Critérios para a valoração da prova testemunhal

Segundo o que foi demonstrado, no mundo jurídico costuma-se avaliar um testemunho com base em critérios como a "firmeza", a "coerência", a "coesão" etc. Nenhum de tais critérios, entretanto, são indicativos de que o testemunho seja pretensamente verdadeiro. Assim, por exemplo, e como já demonstrado no capítulo a respeito da psicologia experimental, o fato de uma testemunha falar com firmeza, ou coesão não só não é indicativo de que ela esteja ou não mentindo, mas menos ainda é indicativo de que um depoimento seja verdadeiro ou falso. É possível, nesse sentido, que um depoimento nada firme, ou sem qualquer coesão textual reflita, mesmo que de maneira absolutamente confusa, a realidade dos fatos; isto é, exatamente o que ocorreu.

Com relação à coerência, apesar de ser certo que não é possível, ao mesmo tempo, algo *seja* e *não seja*, quando a testemunha se contradiz não é possível saber *se* alguma das informações contraditórias é verdadeira ou se *nenhuma* o é; e, se alguma das informações for verdadeira, qual dessas é. Isto é, um relato pode ser incoerente, pois a testemunha diz, em um momento, que o sequestrador era ruivo e, em outro momento, que ele era loiro. As duas informações não podem, ao mesmo tempo, ser verdadeiras, mas pode ocorrer de o sequestrador ser ruivo, loiro, ou inclusive, moreno.

Ademais, a ideia de que o juiz possa analisar, caso a caso, quão confiável lhe parece a testemunha, critério utilizado por

grande parte da doutrina e da jurisprudência, tampouco parece significar um critério seguro, mas somente a possibilidade dada ao juiz de que justifique, de maneira pretensamente racional, suas impressões pessoais a respeito da testemunha – essas, entretanto, e conforme demonstrado no capítulo específico, nada dizem a respeito da veracidade ou falsidade da informação.

Com os conhecimentos científicos demonstrados nos capítulos anteriores, com efeito, o que resta demonstrado é que a prova testemunhal possui dupla fragilidade que ameaça seu valor epistêmico: (i) possíveis diferenças entre a realidade e o que uma pessoa percebe e (ii) possíveis diferenças entre o que é percebido e o que é narrado. Assim, não se pode, como faz o âmbito jurídico, simplesmente presumir que tudo o que diz a testemunha é verdadeiro, salvo prova em contrário. Afinal, a adoção de uma versão não presuntivista do testemunho acaba por afastar o Direito de uma busca pela verdade rigorosa, colocando para dentro do processo uma série de "conhecimentos" sem qualquer qualidade epistêmica verificada ou verificável. Partindo-se de uma lógica não presuntivista do testemunho, a valoração da prova testemunhal deverá dar-se sempre em conjunto com as demais provas dos autos, podendo servir para dar caminhos para ulteriores investigações sobre os fatos ou mesmo para colmar lacunas entre os fatos apurados mediante outros tipos de prova.

A valoração individual, portanto, deve dizer respeito exclusivamente à efetiva capacidade da testemunha de *discernir* especificamente os fatos em questão, à presença ou não de fatores que possam ter dificultado a percepção e, ainda, à existência ou não de fatores que possam ter influenciado a memória da testemunha; isto é, deve-se averiguar quão preservada, em tese, está a memória (cumpre lembrar aqui da analogia da cena de

crime: para que se possa retirar alguma informação da cena de um crime é necessário que essa esteja preservada). Isso servirá, entretanto, somente com efeito *negativo,* ou seja, somente para dar valor menor a testemunhos que não preencham os critérios. Jamais, por outro lado, para aumentar-lhe o valor, ou mesmo para dizer algo sobre sua sinceridade ou sobre sua veracidade.

Feita a valoração individual da prova testemunhal, com efeito *negativo,* o seu valor probatório nunca poderá ser avaliado individualmente, devendo tal prova sempre analisada conjuntamente com os demais elementos probatórios dos autos, quando existentes, para corroborar os fatos declarados provados; tudo isso sempre mediante critérios racionais de valoração[515]. Quando não houver possibilidade de confirmação daquilo que é dito pela testemunha, entretanto, a confiabilidade da informação obtida será baixíssima, uma vez que não se poderá ter qualquer forma de controle seguro a respeito das hipóteses (i) e (ii) supra (diferenças entre a realidade e a percepção e diferenças entre percepção e narrativa).

Isso, entretanto, não quer dizer que a prova testemunhal seja inútil, mas sim que essa tem a sua utilidade reduzida, já que servirá somente quando houver outras provas. Como demonstra a epistemologia, a confirmação, ou corroboração, não ocorre em uma relação de *tudo ou nada*, mas, sim, em graus[516]. É perfeitamente possível, portanto, que uma prova testemunhal, sozinha, confira um grau de corroboração muito baixo, mas não se tratará de dizer se corrobora ou *não* corrobora.

515. Sobre critérios racionais para a valoração da prova, vide, por todos, Ferrer Beltrán, 2007.

516. Haack, 2009: 126.

Tratar-se-á, isso sim, de verificar *em que grau* corrobora (e pode ser que a resposta seja que em nenhum).

Ainda, uma prova sozinha pode nada dizer, mas, quando colocada em um conjunto, conferir um grau maior de corroboração; afinal, a prova combinada pode ter muito maior valor do que a prova individualmente considerada[517]. Com a prova testemunhal não é diferente: sozinha, pode ter valor bastante baixo, mas, em conjunto, pode ser um elemento de confirmação importante. Um exemplo poderá esclarecer o ponto: havendo uma prova testemunhal que afirme que um sujeito recebeu propina, essa informação, sozinha, terá baixo grau de corroboração. Entretanto, poderá ser o caso de uma testemunha afirmar que o sujeito X recebeu propinas em uma conta Y no país Z, exatamente no dia em que foi feita uma reunião. Essa informação dada por uma testemunha poderá ser cotejada com a agenda da testemunha e com documentos obtidos a partir do banco, a fim de que se verifique se efetivamente houve o depósito. Nesse caso, a prova testemunhal terá sido um *amálgama* entre as demais provas, servindo, conjuntamente, como um elemento importante de corroboração, que aumenta o valor do conjunto todo[518].

517. Haack, 2014: 208-222: Considerando que o grau de suporte de uma hipótese vem em graus, um elemento de prova E, sozinho, pode não ter muito valor epistêmico. Não obstante, quando E é introduzido em um conjunto probatório C, o peso da prova combinada pode aumentar os fatores que, segundo Haack, fazem aumentar a confirmação epistêmica: *supportiveness, independent security* e/ou *comprehensiveness* das hipóteses. Assim, a prova E, quando combinada com outras provas, poderá fazer com que o conjunto C tenha mais valor epistêmico, apesar do fato de que sozinha não aporta grande grau de confirmação.

518. Outro exemplo poderia ser de um processo por erro médico, em que a prova testemunhal de um(a) enfermeiro(a) que esteve em uma cirurgia poderá ser fundamental para saber se o(a) médico(a), para ocultar seu

Adotando-se, portanto, versão não presuntivista, a única diferença será uma "inversão" na lógica da prova testemunhal: em vez de se presumir que tudo o que a testemunha disser será considerado verdadeiro, salvo prova em contrário, dever-se-á entender que, não havendo qualquer corroboração a respeito do que é dito pela testemunha, não se poderá afirmar *nem que sim, nem que não;* isto é, nem que a informação é verdadeira, nem que é falsa.

4.2.3.4. Suficiência: pode a prova testemunhal, sozinha, atender standards probatórios?

Nos sistemas de *civil law,* as inúmeras confusões demonstradas a respeito da suficiência ou não da prova testemunhal, sozinha, para a prova de fatos parte de um problema geral de falta de debates sérios, em tais países, a respeito dos *standards* probatórios; isto é, de se definir de modo mais preciso possível quando um conjunto probatório deve ser considerado suficiente para a prova de determinado fato. Ao deixar de tratar sobre o tema dos *standards,* dois debates diferentes são aglomerados: um a respeito da facilidade de obtenção da prova; outro a respeito da suficiência da prova.

O que deve ser percebido é que, diante de uma situação em que a prova de um fato é difícil, do ponto de vista epistêmico, na falta de provas, não se poderá afirmar nem *que sim* nem *que não,* uma vez que sem provas não há a possibilidade de corroboração de hipóteses fáticas. O "normal", portanto, seria

erro, deixou de preencher determinado formulário, algo fora da prática habitual. Essas informações também poderão ser confirmadas ou refutadas mediante prova documental fornecida pelo hospital.

que, em um processo com *standard* probatório alto (como o criminal), de *beyond any reasonable doubt*, a ausência de provas determinasse a insuficiente corroboração das hipóteses fáticas descritas pela acusação, com a consequente absolvição do réu. Portanto, a fim de supostamente evitar impunidades, ou em nome de outras missões, muitos tribunais de *civil law* acabam considerando provados fatos com uma corroboração muito baixa (inclusive em casos que, por sua natureza lógica e potencial, deveriam demandar a utilização de *standards* altos, como é o caso do direito penal), por considerar a dificuldade de obtenção da prova.

O ponto pode parecer apenas teórico, mas tem consequências práticas imensas: *a prova de algo ser fácil ou difícil não tem qualquer relação com a existência ou não do próprio fato,* de modo que, na prática, a diminuição da exigência probatória para que determinados fatos possam ser considerados provados faz, necessariamente, com que se aumente, na mesma proporção, o potencial de erro[519] da busca epistêmica procedida.

As fragilidades inúmeras da prova testemunhal encontram-se amplamente documentadas: inúmeras possibilidades de erros de percepção, de erro de recuperação de memória e de erros causados por mentiras. A prova testemunhal *sozinha,* portanto, tem baixíssimo grau de confiabilidade, conferindo, sem corroboração, praticamente nenhum grau de corroboração

519. "Utilizarei o termo 'erro' em um sentido mais estritamente lógico e epistêmico. Quando digo que um erro ocorreu, quero dizer ou a) que, em um caso que chegou ao momento do julgamento e a um veredito, o veredito é falso, ou b) que, em um caso que não chegou tão longe [ao julgamento], uma parte culpada escapou ou uma pessoa inocente se declarou culpada e as Cortes aceitaram" (Laudan, 2006:10). Sobre o tema do erro, veja-se, também, Paula Ramos, 2020.

das hipóteses fáticas (como demonstrado, quando em conjunto, e quando corroborada, a prova testemunhal poderá servir para aumentar a qualidade do conjunto probatório).

Em casos criminais em que a prova testemunhal, sozinha, é utilizada como elemento *suficiente,* por si só, para a comprovação de fatos delituosos, o que se tem, em verdade, é um sujeito condenado com um conjunto probatório com um grau de corroboração epistêmica *extremamente baixa;* muitíssimo abaixo do *standard* que seria o normal para casos criminais, isto é, de *beyond any reasonable doubt*. O que se pode afirmar, então, é que, nesses casos penais, independentemente da facilidade ou dificuldade de obtenção de provas, pelo que as estatísticas indicam, muitos sujeitos que foram condenados com provas testemunhais devem ser inocentes[520].

A discussão a respeito da suficiência da prova testemunhal sozinha, para que se possa considerar algo provado, portanto, não é *epistêmica.* Nesses casos criminais, por exemplo, independentemente da facilidade ou dificuldade de obtenção de provas, muitos sujeitos daqueles que foram condenados, pelo que as estatísticas científicas indicam, devem ser inocentes. O grau de suficiência, em verdade, não tem relação com uma prova específica ou com outra, mas, sim, com o direito posto em juízo e com o conjunto probatório dos autos. Quem determina a *suficiência* do material probatório é o Direito, cabendo a esse definir, por exemplo, em quais tipos de casos e sobre quais matérias o *standard* probatório deve ser mais exigente e em quais tipos de casos e sobre quais matérias deve ser menos exigente (não os juízes nos casos específicos, de acordo com critérios pessoais).

520. No mesmo sentido, sustentando a impossibilidade de condenação somente com a palavra do policial, Badaró, 2020: 566.

Como sustentei em outro livro[521], o Direito pode, querendo, determinar quem deve ganhar e quem deve perder a ação em caso de *insuficiência de corroboração*, isto é, de não atingimento dos *standards* probatórios; isso justamente porque a dimensão epistêmica, apesar de fulcral ao processo, não é a única. Entretanto, ao afastar-se, potencialmente, da verdade, o Direito estará ampliando os riscos de decisões equivocadas. Da mesma forma, quanto menos exigente for o Direito quanto aos *standards*, maior será a possibilidade de ocorrência de erros; isto é, de que se considere que algo ocorreu, quando, em verdade, não ocorreu, e de que algo não ocorreu, quando, em verdade, ocorreu.

O que o presente livro tem a demonstrar a respeito da prova testemunhal, portanto, é que essa sozinha, sem corroboração de outras provas, é extremamente frágil, conferindo um grau de confirmação muito baixo, ou quase nulo. Portanto, se determinados ordenamentos jurídicos concretos decidirem aceitar que se considerem provados fatos relevantes com base em um grau de confirmação baixo ou quase nulo, isso poderá ser uma opção prática, ou destinada a proteger outros objetivos; não epistêmicos, pois, acabarão por ser considerados provados fatos com grau de corroboração muito inferior, por exemplo, ao *standard* de *beyond any reasonable doubt,* ou mesmo ao de *clear and convincing evidence*. Não obstante, tal opção será sempre uma forma de permitir um número mais alto de decisões equivocadas a respeito dos fatos. Ao fazê-la, o legislador deverá estar ciente da sua consequência direta: diminuir exigência dos *standards* é aumentar o número de decisões equivocadas sobre os fatos; algo que, em âmbito criminal, significa aumentar significativamente, em tese, o número de inocentes levados à prisão.

521. Paula Ramos, 2018.