

Prova testemunhal: *prova-rainha* ou *prova mal-dita*?

*Algumas considerações ajurídicas acerca da prova testemunhal**

José Manso Rainho**

“Não deporás como falsa testemunha, contra o teu próximo” (Deuterónimo, 5:20)

“As memórias falsas não são raras. Pelo contrário, são a regra” (Belina Nunes)

“Se imaginarmos a testemunha como um pintor, encontramos em Merleau-Ponty a lição magistral de que faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo” (Aury Lopes e Cristina Gesu)

“Não nos lembramos exactamente do que aconteceu, mas sim da construção ou reconstrução daquilo que aconteceu” (Robert Sternberg)

“As nossas memórias são distorcidas de modo a enquadrarem-se na imagem geral que temos de nós próprios” (Elliot Aronson)

1. Introdução

Conforme diz Antunes Varela no seu *Manual de Processo Civil*¹, a prova testemunhal é considerada, sob vários aspectos, a prova mais importante de entre aquelas que são admitidas por lei. Recorde-se que testemunha é a pessoa que, não sendo parte na acção nem seu representante, é chamada a narrar (declaração de ciência) as suas percepções de factos passados – o que viu, o que

* Comunicação apresentada no âmbito da celebração do 8º aniversário do Tribunal da Relação de Guimarães

** Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Guimarães.

¹ 2ª ed., p. 609

ouviu, o que observou, o que sentiu. Isto já é em si um problema, na medida em que essa narração decorre de imagens perceptivas rebuscadas na memória que, com toda a probabilidade, serão incapazes de retratar com fidelidade a realidade. Tudo o que sabemos, como aponta António Damásio², é que as imagens que a nossa memória produz são reais para nós próprios e que há outros seres que constroem imagens do mesmo tipo, mas não temos a garantia de representarem a realidade «absoluta». A questão ainda se complica mais, se se tiver em conta que também vale como depoimento testemunhal aquele que provém de pessoa que não adquiriu conhecimento perceptivo (directo) de facto, senão que se limitou a ouvir dizer, que teve conhecimento do que se passou através do relato que lhe foi feito por outros (*testis auditus*).³ Neste caso, ainda é maior a probabilidade do depoimento não retratar a realidade. Não é decerto por acaso que a sabedoria popular costuma dizer que «quem conta um conto aumenta um ponto».

Nos tribunais, a prova testemunhal está quase sempre omnipresente. A própria lei parece distingui-la das demais provas, como se pode ver, nomeadamente, do art. 512º do Código de Processo Civil. No passado chamou-se à prova testemunhal a “*rainha das provas*”. O termo é sonante. Mas será que tal meio de prova merece um tal qualificativo? A psicologia cognitiva tem chamado a atenção para algumas vulnerabilidades do testemunho. E para complicar mais as coisas, a avaliação da prova testemunhal é turbada por uma outra circunstância: a forma contingente e idiossincrática como cada julgador lê o mundo, os factos e os acontecimentos. Falta assim saber se a tal *prova-rainha* não será antes, na prática, uma espécie de *prova mal-dita*.

Nesta minha intervenção procuro destacar *alguns* aspectos *ajurídicos* da prova testemunhal. Permito-me, porém, observar o seguinte: não é meu propósito ensinar o que quer que seja a quem quer que for, mas apenas partilhar ideias e chamar a atenção para as contingências da prova testemunhal. Acresce que muito daquilo que passo a dizer pode soar a banalidade, mas faço notar que banal e evidente nem sempre se equivalem. Há muita coisa que soa a banal, mas que, tal como sucede com a água que nos corre por entre os dedos das mãos, passa como que despercebida. É banal dizer-se que a terra gravita em torno do sol e não o contrário, mas isto não corresponde a nada de evidente, e por isso continuamos a dizer que o sol “nasce” e se “põe”; em contrapartida é evidente (pelo menos para quem tenha levado algum tempo a pensar no assunto) que as crianças não aprendem a falar por imitação (ou, pelo menos, apenas por imitação) dos

² *O Erro de Descartes, Emoção, Razão e Cérebro Humano*, Publicações Europa – América, p. 113

³ Este testemunho não é legalmente proibido em geral (exceptua-se apenas a área penal). V. a propósito Fernando Ferreira Pinto, *Lições de Direito Processual Civil*, Almeida & Leitão, Lda, p. 429

outros falantes, mas isto não corresponde a qualquer ideia banal, pois que as pessoas acreditam precisamente no contrário.

2. O duplo problema da eficácia da prova testemunhal

A prova por testemunhas coloca vários problemas jurídicos, dos quais alguns com conotação psicológica. Esses problemas têm a ver com:

- a) As variáveis intrínsecas da própria prova testemunhal;
- b) As limitações inerentes à pessoa do julgador.

Já vamos tratar disto. Mas eu gostaria de fazer uma breve referência à problemática acrescida que tal prova coloca, enquanto vista a sua produção como (i) acto de linguagem e como (ii) acto de comunicação. Não vou incidir sobre esta temática, que, dada a sua vastidão, exigiria só por si uma análise específica. Limito-me a dizer que como (i) *acto de linguagem* (e estes resolvem-se em actos enunciativos, elocutórios e perlocutórios), o depoimento testemunhal vale como acto perlocutório - na medida em que se traduz num acto elocutório que visa produzir um efeito na pessoa do avaliador - com todas as contingências pragmáticas inerentes a esta situação. Como (ii) *acto de comunicação* (comunicação é o processo de transmitir mensagens ou sinais), traduzindo-se embora a produção da prova testemunhal num acto de natureza inquisitorial e tendencialmente unilateral ou soliloquiário (resposta a um interrogatório), não deixa de constituir uma intercomunicação necessariamente dialógica entre dois ou mais falantes. Neste tipo de comunicação há que distinguir entre o *ouvir* e o *escutar* (não se trata da mesma coisa: Stravinsky dizia, com graça, que “*ouvir até os patos ouvem, escutar só algumas pessoas o fazem*”). A escuta é um processo essencialmente activo (*escuta activa*). Agora veja-se o seguinte: os falantes apenas conseguem articular cerca de 125 palavras por minuto mas o cérebro humano consegue processar a audição de cerca de 500 palavras. Onde emprega o nosso psiquismo tanto tempo sobranante? Sem dúvida que em divagação e vagabundagem mental, excepto se houver um esforço para uma escuta realmente activa. Observe-se também o seguinte: a investigação existente sobre os actos de comunicação sugere que numa intercomunicação face a face a componente verbal pesa apenas cerca de 35 a 40%, enquanto que os restantes 60 a 65% são preenchidos por aquilo a que normalmente se chama “linguagem gestual” (postura, movimentos do corpo, expressões do rosto,

etc). Acresce que o peso dos sentidos na formação da percepção é de cerca de 75% para a visão e apenas cerca de 13% para a audição. Ora bem: só por esta amostra vê-se como é redutor e contingente o sistema que está em vigor entre nós de reapreciação da matéria de facto pelas Relações mediante a audição dos registos áudio...

Mas passemos ao que nos importa agora.

a) As variáveis intrínsecas da própria prova testemunhal

São três estas condicionantes, e têm a ver com: (i) credibilidade (valor intra-pessoal), (ii) consistência (valor inter-pessoal) e (iii) fiabilidade da prova testemunhal.

(i) A *credibilidade* refere-se aos resultados do desempenho consciente da testemunha. É o valor ou o mérito intra-pessoal do depoimento. É aqui que se reflecte, pela negativa, o testemunho falso ou a incoerência e contradição no próprio depoimento.

(ii) A *consistência* refere-se à compatibilidade entre o depoimento e a demais prova, designadamente testemunhal (valor ou mérito inter-pessoal do testemunho).

(iii) A *fiabilidade* refere-se às variáveis não controladas pela testemunha, mas que são susceptíveis de serem eventualmente detectadas pelo julgador. Trata-se aqui das vulnerabilidades inerentes ao psiquismo da testemunha. É aqui que se reflecte o testemunho baseado em memórias falsas ou em memórias erróneas (não se trata da mesma coisa, como veremos adiante), o testemunho baseado em erros de percepção ou em falta (ausência) de atenção consciente ou o testemunho confabulatório.

Se os tribunais estão normalmente atentos às duas primeiras condicionantes (sob a rubrica terminológica geral da *credibilidade* do depoimento), estão longe, creio, de estarem atentos à última.

Importa frisar, a propósito, que há boas razões para supor que não se encontra grande correlação entre credibilidade e consistência, ou seja, entre a compatibilidade inter-pessoal e a veracidade dos depoimentos. Por outras palavras, o facto de um depoimento não estar em sintonia inter-pessoal não implica que não tenha afinal valor intra-pessoal. A correlação é a relação concomitante que se surpreende entre duas ou mais variáveis, podendo ser positiva (por exemplo, quanto mais se estuda mais se deverá assimilar), negativa (quanto mais exercício se faz menos gordura corporal se deverá ter), ou inexistente (difícilmente se poderia encontrar uma qualquer

relação entre o tamanho dos pés e o sentido de humor). Um depoimento poderá não ser compatível com os demais depoimentos (ausência de consistência) mesmo que supostamente credíveis, e, ainda assim, ser credível (credibilidade), desde que se tenha presente que as pessoas apreendem a realidade objectiva, sobretudo nos detalhes e interpretações, de forma diferente umas das outras.

b) As limitações inerentes à pessoa do julgador

Estas são inúmeras, tantas quantas as limitações psicológicas do ser humano. Vou tocar só em algumas.

Como ser humano que é, o *julgador* lê e interpreta o mundo – a começar pelo juízo que faz sobre o seu desempenho existencial e sobre o desempenho dos seus conspécificos – pela porta assaz estreita do seu (i) quadro de referências e do seu (ii) sistema de crenças.

(i) O *quadro de referências* é uma mistura da personalidade – conjunto de características idiossincráticas que tendem a manter-se estáveis ao longo da vida do indivíduo – e do meio ambiente, sendo a personalidade, ela própria, já uma mistura das aquisições do ambiente e das condicionantes genéticas de cada um.

(ii) As *crenças* – cujo oposto é o *conhecimento* objectivamente validado ou estabelecido – são assentimentos, representações ou juízos cuja validade objectiva não é garantida e que não são acompanhados de um sentimento de certeza. A *opinião* (temos opiniões acerca de tudo e de nada, as mais das vezes sem possuímos conhecimento suficientemente consistente dos factos subjacentes à opinião), a *fé* (que costuma ter subjacente uma doutrina ou um credo, podendo ser ou não transcendentemente orientada), a *persuasão* (leva em linha de conta as características da pessoa persuadida, sendo a base da propaganda política e religiosa) e a *convicção* (convencimento fundado em provas, sendo de esperar que face a estas qualquer pessoa dotada de razão suficiente possa chegar à mesma conclusão) são os tipos mais destacáveis de crenças.

Por outro lado, no seu processo de avaliação e tomada de decisão, o julgador, como ser humano que continua a ser, utiliza de ordinário estratégias ou atalhos mentais, pois que não costuma ter presentes todos os elementos de facto que lhe permitem tomar uma decisão totalmente racional (e se os tivesse, muitas vezes dificilmente conseguirá analisá-los em boa

ordem). A essas estratégias ou atalhos atribui-se o nome de *heurísticas*⁴. (i) A *heurística da representatividade*, que no plano probatório judicial se traduz afinal naquilo que é conhecido como presunção natural ou *ad hominis*, diz-nos que incidimos sobre a semelhança de um objecto com outro para inferir que o primeiro actua como o segundo (convencemo-nos, por exemplo, que o que é mais caro possui melhor qualidade. Mas o que é mais cara é sempre de melhor qualidade? Sabemos bem que não). (ii) A *heurística da disponibilidade* refere-se a juízos feitos a partir da facilidade com que nos vêm à mente certa informação ou certos exemplos específicos, por estarem mais disponíveis (mas o que nos vem à mente com mais facilidade será sempre típico de todo o panorama? Sabemos bem que não). (iii) A *heurística da atitude* refere-se ao modo equivocado, porque é fundado não na objectividade mas na posição (atitude) que se tem para com um objecto (pessoa, coisa, facto), como se avalia uma situação. Entram aqui os preconceitos, as categorizações, as generalizações, os estereótipos. O *efeito de halo*, ou *efeito Pigmalião*⁵ (tendência geral através da qual as impressões ou percepções prévias favoráveis ou desfavoráveis acerca de uma pessoa afectam as nossas inferências e expectativas futuras em relação a ela) e o *efeito de falso consenso* (tendência a acreditar que a maioria das pessoas pensam e lêem o mundo como nós), são exemplos das consequências do uso de uma tal heurística.

No seu processo de interpretação e explicação dos factos, situações e acontecimentos, o ser humano procura incessantemente as causas. A isto dá-se o nome de *atribuição causal*. Há várias tendências gerais que afectam frequentemente as nossas atribuições e explicações. Os juízes não estão imunes a este fenómeno. Surge-nos aqui (i) o erro fundamental de atribuição, (ii) o viés do actor-observador e (iii) a tendência para servir o *self*.

(i) O *erro fundamental de atribuição* traduz-se na tendência para sobreavaliar os factores *disposicionais* (personalidade, culpa, etc) em detrimento dos factores *situacionais* (influências objectivas do ambiente) quando se pretende interpretar e descrever as causas do comportamento *alheio*. (ii) O *viés do actor-observador* refere-se à clivagem interpretativa do mundo consoante se é actor dos factos ou simples observador. No primeiro caso tende-se a atribuir os próprios actos a factores *situacionais*, enquanto no segundo se tende a atribuir os mesmos actos às características *pessoais* (factores disposicionais) do agente deles. O indivíduo dá-se o benefício da dúvida (serve-

⁴ Para melhor informação, v. Robert Sternberg, *Psicologia Cognitiva*, Artmed; Elliot Aronson, *O Animal Social, Introdução à Psicologia Social*, Instituto Piaget; Gustave-Nicolas Ficher, *Os Conceitos Fundamentais da Psicologia Social*, Instituto Piaget

⁵ O termo “Pigmalião” vem da lenda de um escultor grego que se enamorou da estátua que ele mesmo tinha criado; considerava-a de uma tão grande beleza que se apaixonou por ela, que se transformou num ser vivo.

se de causas situacionais) para explicar o seu comportamento; mas não dá o mesmo benefício aos outros, pois quando tenta explicar o comportamento destes comete o erro fundamental de atribuição. (iii) *A tendência para servir o self* refere-se ao facto dos indivíduos fazerem atribuições de características disposicionais aos seus sucessos (o mérito é do indivíduo) e atribuições de cariz situacional (a culpa é da situação) aos seus fracassos.

É condicionado por estas limitações e viéses que o julgador vai reconstituir, através do depoimento testemunhal, o facto histórico. Bem se vê que há logo aqui a possibilidade de ocorrer (e é pouco provável que não ocorra) um desajustamento entre o que a testemunha possa narrar factualmente e a representação que dos factos acaba por fazer o julgador. Está este sempre atento a estas condicionantes? Claro que não.

3. Desvalores da prova testemunhal

São quatro os principais desvalores da prova testemunhal: *a)* o falso testemunho; *b)* o esquecimento e a amnésia; *c)* a confabulação e, *d)* a falsa memória. Um outro conjunto de desvalores mereceria provavelmente ser evidenciados: os erros de percepção e as limitações da atenção consciente. Mas não é agora possível dele, dado o escasso tempo inerente a esta intervenção.

Todo o discurso dos tribunais em sede de apreciação da prova testemunhal tem passado pela consideração da existência do testemunho falso e pela aceitação com naturalidade do esquecimento e da amnésia. Mas não consta que a confabulação e a falsa memória façam parte desse discurso. E, no entanto, não poderão ser fenómenos raros.

a) Falso testemunho

Todos os presentes sabem sobejamente do que falo. Infelizmente, por vezes a justiça faz-se de inverdades, provavelmente até com alguma complacência dos próprios tribunais. Bertrand Russell dizia que *“a verdade que penetra no recinto do tribunal não é a verdade nua, mas a verdade em vestes palacianas, a ocultar as suas partes menos decentes”*, e talvez tivesse alguma (muita) razão.

O falso testemunho insere-se no contexto geral da mentira. A mentira funciona aqui como uma agressão ao outro (ou a si próprio, quando se trata de uma auto-mentira), e a psicanálise encara-a precisamente como um “retorno da agressão”.

Há vários tipos de mentira: (i) a mentira social, (ii) a mentira piedosa, (iii) a mentira procrastinadora, e (iiii) a mentira maliciosa.

(i) A *mentira social* (também conhecida como *branca* ou *benigna*) está omnipresente nas relações sociais, muitas vezes disfarçada sob a forma de subtis clichés. É a base da hipocrisia, da crítica e da maledicência. Toda a gente mente, e os que afirmam que não mentem estão a mentir. As crianças são instruídas na simulação social e na mentira conveniente desde muito cedo. Apesar de tudo, temos de olhar para esta mentira com uma certa condescendência. Afinal se a verdade fosse sempre usada por certo que criaríamos conflitos permanentemente e por todo o lado, com as consequências nefastas que facilmente se antolham. O sempre sarcástico Oscar Wilde, dizia mesmo que “*muita sinceridade é uma coisa perigosa, muita sinceridade é absolutamente fatal*”. Assim, a mentira social pode funcionar, e em muitos casos seguramente que funciona, como medida adaptativa do indivíduo às condicionantes socioculturais. (ii) A *mentira piedosa* é praticada normalmente em relação às pessoas que nos são significativas. Visa evitar um sofrimento inútil a essas pessoas. Tal mentira compreende-se e provavelmente deverá até ser estimulada em certos casos. (iii) A *mentira procrastinadora* é aquela que é forçada pelas circunstâncias, sem que o indivíduo queira realmente faltar à verdade. Traduz-se num adiamento da verdade. O indivíduo mente apenas porque, ponderados os prós e os contras, conclui que é preferível para si sobrestar na verdade, mas não tem o intuito de permanecer indefinidamente na mentira, apenas espera pela ocasião de a neutralizar com a verdade. É comum nas relações conjugais e laborais frustradas, muitas vezes funcionando como vindicta. (iiii) A *mentira maliciosa* é dolosa. É aqui que se situa o testemunho falso. A pessoa sabe que está a mentir, fá-lo deliberadamente, com o propósito de enganar e prejudicar terceiros ou, pelo menos, com a consciência de que os poderá prejudicar.

Mas, restringindo agora o assunto ao contexto judicial, pode perguntar-se: por que razão uma pessoa, mesmo depois de prestar um juramento formal e conhecer as consequências legais inerentes à falsidade, falta deliberadamente à verdade? Todos teremos respostas óbvias para esta pergunta, mas eu faço notar que a questão está, de certa forma, mal colocada. Na realidade, a questão deve ser posta nestes termos: *o que é que leva a testemunha a faltar à verdade?*

Efectivamente, o processo de mentira é um processo motivacional como qualquer outro, e que visa a manutenção ou a recuperação da homeostase psíquica do indivíduo. O que o testemunho falso tem de característico, embora tal não seja exclusivo dele, é que surge quase sempre acompanhado de um processo de *racionalização*. A racionalização (que de certo modo é o oposto de racionalidade) funciona como um *mecanismo de defesa*⁶ contra o desprazer. No fundo é uma *auto-justificação* para os actos e comportamentos do indivíduo. A testemunha é levada a um testemunho conscientemente falseado porque acha que há uma boa razão para mentir – os fins justificam os meios. Actua em conformidade com tal convicção e racionaliza a sua atitude, aplacando desse modo a parte racional da sua consciência relativamente a um comportamento que sabe ser impróprio.

b) Esquecimento e amnésia

Esquecimento e amnésia não são realidades equivalentes. O esquecimento é um processo natural e expectável (pensa-se que apenas cerca de 1% dos factos ou situações experienciados ficam consolidados em memória de longo prazo, a maior parte dos quais acabam depois por esvanecer mediante esquecimento) enquanto que a *amnésia* é considerada uma perturbação patológica da memória, que se traduz numa perda ou enfraquecimento da função mnésica motivada por causas orgânicas, lesões cerebrais e disfunções afectivo-emocionais⁷. Algumas lesões do córtex temporal e do sistema límbico (sobretudo do hipocampo) originam uma perturbação da memória designada por amnésia anterógrada. Nesta situação o indivíduo não costuma ter dificuldade em recordar o que aprendeu antes da lesão; porém, a partir daí não consegue aprender nada de novo. Vários tipos de traumatismo craniano podem provocar uma outra amnésia, a retrógrada: nesta condição o indivíduo sofre de perda de memória relativamente a período anterior à lesão. Doenças insidiosas, como a Doença de Alzheimer, ou o abuso grave ou

⁶ Este termo “*mecanismo de defesa*” é tributário das teorias psicanalíticas. Foi criado por Freud e depois amplamente teorizado por seguidores seus como Anna Freud ou Melanie Klein. Recorde-se que para Freud (2ª tópica) o psiquismo era formado de três níveis, o *id* (a parte inconsciente e primária, regida pelo princípio do prazer), o *super ego* (a parte superior, formada pelas aquisições da moral, pelo dever) e, como que entrincheirado entre o *id* e o *super ego*, o *ego* (regido pelo princípio da realidade), sendo este a base da personalidade racional. Os mecanismos de defesa seriam meios subtis e inconscientes de que se serviria o *ego* para lidar com o desprazer e a ansiedade. Para melhor informação, v. Duane Schultz e Sydney Schultz, *Teorias da Personalidade*, Cengage Learning.

⁷ Para melhor informação, v. Robert Sternberg, *ob. cit.*; Paula Trzepacz e Robert Baker, *Exame Psiquiátrico do Estado Mental*, Climepsi; Belina Nunes *et al.*, *Memória, Funcionamento, Perturbações e Treino*, Lidel; Alberto Olivério, *A Memória e os Seus Segredos*, Editorial Presença

prolongado do álcool (que pode levar à chamada síndrome de Korsakoff, uma forma devastadora de amnésia anterógrada) são causas de amnésia. Uma outra manifestação de amnésia, mas esta não patológica, é a amnésia infantil. Traduz-se na incapacidade natural, universal, para evocar vivências ocorridas na infância até aos 4 ou 5 anos.

O *esquecimento* consiste numa frustração da recuperação da informação armazenada. Há falhas de acesso à memória. Estas falhas podem ter muitas causas. Algumas surgem de uma codificação defeituosa, enquanto outras surgem no momento da recuperação. De uma maneira geral o esquecimento aumenta com o intervalo de retenção (o tempo que medeia entre a aquisição da informação e a sua evocação). Diversas teorias⁸ foram propostas quanto às causas da perda da informação armazenada, das quais as prevalecentes são a (i) teoria da deterioração e a (ii) teoria da interferência. (i) A *teoria da deterioração* sustenta que o traço mnésico enfraquece gradualmente com o tempo, a menos que algo seja feito para conservá-lo intacto. Na origem da erosão da memória poderiam estar processos metabólicos normais por acção dos quais o material armazenado vai enfraquecendo até acabar por se desintegrar. (ii) A *teoria da interferência* defende que o traço se perde no meio de outros traços adquiridos antes e depois da aprendizagem do material. O esquecimento ocorre porque a nova informação interfere na antiga informação, deslocando-a. Na perspectiva desta teoria, uma recordação esquecida não está perdida nem deteriorada, está simplesmente mal colocada no meio de outras recordações que interferem com a recuperação da informação visada. Quanto maior for o intervalo de tempo decorrido desde a aquisição da informação, tanto maior a oportunidade para novas aquisições interferirem. Distingue-se, a propósito, entre a *interferência retroactiva* (também designada *inibição retroactiva*) e a *interferência proactiva* (também designada *inibição proactiva*). A primeira traduz-se no facto de novas aprendizagens perturbarem a recordação de aprendizagens anteriores. O esquecimento é assim causado pela actividade que ocorre depois que aprendemos alguma coisa, mas antes de sermos solicitados a evocar essa coisa. Na interferência proactiva, a interferência funciona para a frente, numa direcção efectivamente proactiva. Aqui a interferência manifesta-se quando o conteúdo interferente ocorre antes, e não depois, da aprendizagem do conteúdo a ser lembrado. Os dados disponíveis sugerem que ambos os factores desempenham um papel no processo de esquecimento. Apesar de tudo, não parece produzir-se esquecimento em determinadas circunstâncias. Uma delas tem a ver com a chamada *memória fotográfica*. Esta reporta-se a

⁸ Para melhor informação, v. Robert Sternberg, *ob. cit.*; Belina Nunes *et al.*, *ob. cit.*

acontecimentos inesperados e marcantes do ponto de vista emocional, que produzem uma memorização extremamente vívida e essencialmente permanente.

c) Confabulação

A confabulação, em sentido estrito ou próprio, consiste na fabricação de ideias e circunstâncias inverídicas, decorrente de doença psicótica (esquizofrenia, delírio, mania, alucinação, etc), alcoolismo crónico ou lesões cerebrais. Pode tratar-se de uma reconstrução anárquica de factos não consistente com a realidade, caso em que a confabulação é um fenómeno estritamente patológico⁹. Mas também pode consistir (sentido lato) numa reconstrução *bem intencionada e coerente*, decorrente de imaturidade psíquica, depressão severa, decrepitude, anciania, alcoolismo, ou esquecimento (preenchimento dos espaços vazios da memória por histórias imaginárias mas nas quais se acaba por acreditar). Aos indivíduos nestas condições dá-se o nome de “mentirosos honestos”.

As crianças, até à idade ao redor dos sete anos, confabulam com facilidade. Este período etário corresponde à fase pré-operatória dos estádios cognitivos de Piaget, caracterizando-se pela focalização da criança na sua experiência perceptiva imediata. A criança tende a tomar a aparência pela realidade, aceitando com facilidade a existência de um mundo mágico e fantasmático. Basta ver que até essa idade a criança não tem sequer uma representação minimamente consistente da morte, que vê como uma separação transitória. Narrações inventadas onde a criança apareça como sujeito são frequentemente incorporadas por ela como factos reais experienciados na primeira pessoa¹⁰. Esta característica da imaturidade psíquica da criança tem estado na base da chamada *Síndrome da Alienação Parental (SAP)*¹¹, situação em que se incutem na criança uma série de factos falseados (ou adulterados no seu sentido) com vista a que esta rejeite (aliene), e às vezes incrimine com factos inventados, um dos progenitores. Também os idosos, por força dos processos de esquecimento e das alterações neuroanatômicas (atrofia do cérebro por diminuição neuronal, degeneração sináptica, etc) inerentes à velhice, têm maior

⁹ Para melhor informação, v. Paula Trzepacz e Robert Baker, *ob. cit.*; Belina Nunes *et al.*, *ob. cit.*; Roland Doron e Françoise Parot, *Dicionário de Psicologia*, Climepsi

¹⁰ Para melhor informação, v. Henry Gleitman, *Psicologia*, Fundação Calouste Gulbenkian; Júlia Berryman *et al.*, *A Psicologia do Desenvolvimento Humano*, Instituto Piaget

¹¹ Para melhor informação, v. José Manuel Aguilar, *Síndrome de Alienação Parental*, Caleidoscópio; Pedro Cintra *et al.*, *Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica?* in *Julgar* (Revista da ASJP), nº 7

propensão a confabular do que os demais adultos¹². Por aqui se vê como anda frequentemente longe da verdade a tendência natural e mais ou menos generalizada de se dar mais crédito aos idosos só por que o são (a ideia é de que a velhice está mais desapegada de paixões e mais apegada à sinceridade). Os alcoólicos, mesmo quando sóbrios ou em período de remissão, e os que foram alcoólicos, confabulam igualmente com facilidade. O alcoolismo severo prejudica grave e permanentemente as funções mnésicas (sobretudo em decorrência da destruição do hipocampo), criando lacunas que são depois preenchidas inconscientemente pelo sujeito. Também aqui a aparência é enganadora.

d) Falsa memória

Mas se há algo que a prática mostra estar deveras afastado do processo de avaliação da prova testemunhal, esse algo é o das falsas memórias. Acredito que pouquíssimos juízes portugueses estão devidamente inteirados desta limitação da prova testemunhal, embora se trate de assunto bem estabelecido noutros países desde há várias décadas.

Mas vejamos em primeiro lugar o que é a memória e que tipos de memórias se podem considerar¹³:

A memória é o meio pelo qual o indivíduo recorre ao conhecimento do passado, a fim de utilizá-lo no presente. É a capacidade para adquirir, conservar e restituir informação mentalmente consistente. No fundo, a memória é a nossa *identidade*: sem memória não teríamos passado e sem este o presente não teria significação. Não saberíamos quem somos, não teríamos consciência das nossas perdas e dos nossos afectos. E sem passado e sem presente significativo não conceberíamos a ideia de futuro, a começar pela antecipação do próprio futuro (capacidade que, completamente ausente nos animais, caracteriza de forma ímpar a espécie humana). Se atendermos aos tempos, funções e capacidades de armazenamento, podemos distinguir três espécies de memória: a sensorial, a de curta duração e a de longo prazo. A memória de *longo prazo* caracteriza-se por ser durável, perene, podendo talvez subsistir indefinidamente. Exerce a

¹² Para melhor informação, v. António Manuel Fonseca, *O Envelhecimento, Uma Abordagem Psicológica*, Universidade Católica; Maria Constança Paul, *Lá Para o Fim da Vida, Idosos, Família e Meio Ambiente*, Almedina; Roger Fontaine, *Psicologia do Envelhecimento*, Climepsi; José Barros de Oliveira, *Psicologia do Envelhecimento e do Idoso*, Livpsic

¹³ Para melhor informação, v. Robert Sternberg, *Psicologia Cognitiva*, Artmed; Belina Nunes *et al.*, *Memória, Funcionamento, Perturbações e Treino*, Lidel; Alberto Olivério, *A Memória e os seus Segredos*, Editorial Presença; Roland Doron e Françoise Parot, *Dicionário de Psicologia*, Climepsi; Ivan Izquierdo, *Memória*, Artmed

função de um gigantesco ficheiro de informação atinente a tudo aquilo que foi objecto de memorização, ora recuperável com maior ou menor dificuldade ora inacessível ou irrecuperável. Acredita-se que este tipo de memória tenha capacidade ilimitada, embora se trate de asserção impossível de provar na prática. Se se atender às modalidades de codificação ou natureza da informação memorizada, pode distinguir-se entre *memória episódica* (ou *autobiográfica*) e *memória semântica*, ambas constituindo a chamada *memória declarativa* (ou *explícita*). A memória episódica reporta-se a acontecimentos ou eventos concretos vivenciados por cada pessoa, normalmente de grande valor afectivo ou emocional, individualizados no seu contexto espaço-temporal. A memória semântica reporta-se ao sentido (significado) da informação factual, a informações mais abstractas (portanto independentes do contexto) relativas a factos, a elementos linguísticos e a regras ou conhecimentos gerais adquiridos no decurso da vida. A par da memória declarativa fala-se da *memória processual* (ou *implícita*). Esta contém dados provindos dos modos de procedimento ou acção, permitindo o registo quase automático de novas aptidões perceptivo-motoras, um “saber o quê” ou “saber como”. Através desta memória são codificadas habilidades e hábitos adquiridos no passado, que são recuperados da memória de forma muitas vezes inconsciente e automática.

Quando se fala em falsas memórias, o tipo de memória que interessa é obviamente a *memória declarativa episódica* (ou *autobiográfica*), isto é, a informação que o indivíduo reteve e passou para a memória de longo prazo relativamente a factos ou acontecimentos que experienciou (percepcionou). Não se concebe a possibilidade de criar uma memória processual falsa e dificilmente se poderão formar memórias falsas quanto às memórias de conteúdo meramente semântico.

Todo o acto de recordar implica o sucesso em três passos do processo de memória. Estes passos são frequentemente considerados sequenciais, mas a verdade é que interagem reciprocamente e são interdependentes. O primeiro passo diz respeito à aquisição da informação: para recordar é preciso ter aprendido, ou seja, ter captado informação. Durante a fase de aquisição o item tem de ser codificado, isto é, colocado na memória sob uma qualquer forma ou código. A codificação transforma os dados sensoriais numa forma de representação mental. Esta forma pode ser verbal, acústica, semântica (baseada no significado da palavra). A codificação refere-se assim ao modo como se transforma um *input* físico e sensorial numa espécie de representação que pode ser colocada na memória. A informação armazenada na memória de longo prazo parece ser

basicamente codificada na forma semântica, isto é, por meio do significado das palavras, mas também há evidência de codificação visual e até de outras modalidades sensoriais. O passo seguinte no processo de memória é o armazenamento. Para que seja recordada, a experiência codificada tem de deixar algum registo no sistema mental. Esse registo é o *traço mnésico*. Este tem de ser armazenado e conservado de forma mais ou menos permanente para utilização subsequente. O último dos estágios é o da recuperação ou evocação, o momento em que o indivíduo tenta lembrar-se, extrair e usar um determinado traço mnésico de entre todos os outros que armazenou. Trata-se do modo como se obtém acesso à informação armazenada.

Mas o que é uma falsa memória¹⁴?

As falsas memórias consistem na recuperação alterada, no todo ou em parte, de informação mnésica. Falsas memórias são, pois, *memórias sem objecto real*. São algo que é evocado como informação mnésica, mas que na realidade nunca foi experienciado. Distinguem-se das *memórias reprimidas*, que são retidas na mente inconsciente, onde podem afectar o pensamento e a acção mesmo se aparentemente foi esquecida a experiência em que a memória se baseia. Distinguem-se também das *memórias erróneas*. Estas reportam-se a experiências reais mas que são recordadas incorrectamente.

Como e porquê se formam as falsas memórias?

Contrariamente ao que o senso comum poderia ditar, aquilo que percebemos através dos diversos sentidos não ingressa na memória de longo prazo sob a forma de uma espécie de “miniatura” ou “microfilme”. António Damásio¹⁵ explica que «*as imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias fac-similadas de coisas, de acontecimentos, palavras ou frases; o cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objectos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas da nossa vida*». Na realidade, as imagens (de notar que imagens são representações mentais dos diversos estímulos sensoriais, e não apenas da visão) são objectivadas num esquema ou vestígio neuronal¹⁶ – a que se chama por

¹⁴ Para uma melhor informação, v. António Damásio, *O Erro de Descartes, Emoção, Razão e Cérebro Humano*, Publicações Europa - América; Belina Nunes *et al.*, *Memória, Funcionamento, Perturbações e Treino*, Lidel; Alberto Olivério, *A Memória e os seus Segredos*, Editorial Presença; Carlos Cardoso e Paulo Gomes, *Falsas Memórias*, Anais da Psicologia, IV, UAL; Maria Salomé Pinho, *Factores que influenciam a memória das testemunhas oculares*, in Psicologia e Justiça, Almedina; Elizabeth Loftus, *Crimes da memória: memórias falsas e justiça social*, in Psicologia e Justiça, Almedina

¹⁵ V. *ob. cit.*, p. 116

¹⁶ Do ponto de vista fisiológico, as memórias são criadas quando os neurónios de um dado circuito reforçam a sensibilidade das suas ligações ou sinapses. Nas memórias de longo prazo, as sinapses adquirem um cariz permanente e encontram-se mais fortalecidas. A formação das memórias é acompanhada pela modificação das sinapses, os

vezes *traço mnésico* ou *engrama* – que vai ser fixado, num processo de extrema complexidade e ainda não inteiramente compreendido, em diversos locais de diversas estruturas cerebrais¹⁷. Ainda segundo António Damásio, sempre que recordamos um dado objecto, um facto, um rosto, uma cena, não obtemos uma reprodução exacta deles, mas antes uma interpretação, uma *nova versão reconstruída* do original. À medida que o tempo passa ou se avança na idade e as experiências se modificam, as versões da informação mnésica evoluem, e daqui que se deve dizer que a memória é essencialmente *reconstrutiva*. A recordação é uma tentativa de réplica de um padrão que já foi experienciado pelo menos uma vez e para o qual a probabilidade de se obter uma réplica exacta é baixa. As imagens evocadas, embora possam parecer que constituem boas réplicas, são frequentemente imprecisas ou incompletas.

O processo de memória depende, em muitos casos, de um conhecimento anterior ou prévio, designadamente de base cultural, que afecta a codificação e a recuperação subsequentes através da ligação do novo material com vários quadros conceptuais pré-existentes ou adquiridos, denominados *esquemas*. As experiências anteriores, as expectativas, as valorações, as correcções, as influências e as inferências, interferem, conforme os casos, no processo de codificação e no processo de evocação, turbando a objectividade da informação memorizada. A utilização desses

contactos entre os neurónios. A activação das sinapses modificadas entre os neurónios interligados faz ressurgir as lembranças aí impressas. Assim, as memórias são guardadas sob a forma de modificações nas relações específicas entre os neurónios e não como alterações em moléculas ou neurónios específicos para a memória. A experiência modifica o encéfalo, e permite a capacidade de adquirir novos conhecimentos. Quando aprendemos temos a capacidade de manter o novo conhecimento na memória por um período longo de tempo, uma vez que parte dessas modificações, novas sinapses, ficam no encéfalo. Mais tarde, é possível recuperar o conhecimento armazenado na memória, permitindo novas opções de acção.

¹⁷ Desde há muito que se procurou saber em que estruturas específicas do cérebro são armazenadas as memórias e quais as áreas cerebrais que são envolvidas designadamente nos processos de codificação e de recuperação da memória. Investigações iniciais levaram a pensar que era impossível encontrar locais específicos no cérebro para memórias específicas. Hoje sabe-se, sobretudo a partir de estudos feitos com vítimas de amnésia, que há estruturas cerebrais específicas que estão claramente implicadas nos processos de memória, embora não se possa afirmar que não haja outras estruturas igualmente envolvidas. Sabe-se, nomeadamente, que lesões no lobo parietal esquerdo estão conotadas com a incapacidade para conservar a informação na memória de curto prazo (mas não na memória de longo prazo). Sabe-se igualmente que lesões nos lobos temporais estão implicadas em graves deficits para reter novos conteúdos verbais na memória de longo prazo. Crê-se que informação visual, espacial e olfactiva é armazenada separadamente em cada uma das zonas corticais responsáveis pelo processamento de cada tipo de sensação, de sorte que o córtex cerebral parece desempenhar um papel deveras importante na memória, em função do armazenamento a longo prazo da informação. Crê-se também que estruturas do sistema límbico, com destaque para o hipocampo, desempenham um papel essencial no contexto da memória explícita de experiências e de outras informações declarativas. O hipocampo parece desempenhar um papel crucial na aprendizagem complexa e na consolidação da informação codificada no armazenamento a longo prazo. Os gânglios da base parecem ser as principais estruturas que controlam o conhecimento processual. Também o cerebelo parece desempenhar um papel-chave na memória de respostas condicionadas classicamente. Neurotransmissores como a serotonina, a noradrenalina e a acetilcolina parecem intensificar a transmissão neuronal associada à memória, sendo assim vitais para o seu funcionamento regular.

quadros pode levar, por vezes, às distorções da memória. Estudos sobre o testemunho ocular sugerem que a recordação pode ser afectada pela introdução dos esquemas. Estes podem levar a reconstruções em que as lacunas da memória – causadas frequentemente por um intervalo de retenção significativo que leva ao esquecimento – são preenchidas por inferências conscientes ou inconscientes. Por isso se entende na literatura ser de avaliar com redobradas cautelas a objectividade dos depoimentos testemunhais judiciais.

A informação enganosa tem, pois, o potencial de invadir as recordações. Quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados sugestivamente ou quando somos expostos à influência, por exemplo, dos *media*, as memórias de factos e acontecimentos são subtilmente alteradas. As recordações são mais facilmente modificadas, por exemplo, quando o decorrer do tempo enfraquece a memória original sobre o facto. Muitas vezes construímos as nossas memórias após o facto e somos susceptíveis a sugestões de outros que ajudam a preencher as lacunas na nossa memória de um dado evento. A mente não recorda todos os detalhes de um acontecimento, mas apenas alguns dados. O restante é preenchido seguindo uma fórmula de “deve ter sido”, de maneira a tornar coerente em si mesmo o acontecimento recordado.

É óbvio que em geral a memória falsa tem poucas repercussões na vida quotidiana das pessoas. Mas tudo muda de figura quando vemos o assunto no plano judicial. Bem se vê como uma testemunha bem intencionada pode narrar factos (e levar a interiorizá-los como reais) puramente criados na sua mente, causando assim graves injustiças. Está porém bem estabelecido que este viés tende a ocorrer basicamente nos detalhes ou informação marginal. Os aspectos centrais da informação mnésica, sobretudo quando coenvolvem uma certa carga emocional *negativa* (as emoções positivas são menos impressivas e inserem-se normalmente no *continuum* autobiográfico da pessoa, sendo assim mais turbáveis) costumam manter-se de forma vívida e objectivamente consistente.

4. *Prova-rainha* ou *prova mal-dita*?

Quando nos consciencializamos das contingências da prova testemunhal e das contingências inerentes à pessoa do julgador, podemos perguntar legitimamente se a prova

testemunhal merecerá a importância que, consciente ou inconscientemente, lhe é atribuída nos tribunais. Talvez sim, talvez não.

Ninguém poderá duvidar, por certo, da necessidade e importância de tal meio de prova.

Mas bem se vê que a prova testemunhal pode ser muito falível e, por isso, deveria ser sopesada com inúmeras cautelas e com algum conhecimento do complexo funcionamento do psiquismo humano. Não bastará estar-se atento ao depoimento falseado ou parcial como, infelizmente, parece inculcar a lei (v. artº 635º do CPC) e é prática judicial.

Esta minha intervenção é um pequeno contributo no sentido de sensibilizar ainda mais o julgador para tal falibilidade e para as contingências do seu próprio julgamento da realidade.

Muito obrigado pela vossa atenção.
