

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

**INQUÉRITO POLICIAL
CONSTITUCIONAL
E DEVIDA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

2025

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 4

DEVIDO PROCESSO LEGAL E INCIDÊNCIA DE GARANTIAS NO INQUÉRITO POLICIAL

Una investigación se realiza mejor cuanto más perspicaces, innovadoras e informadas sean las conjeturas, cuanto más riguroso sea el razonamiento, cuanto más minuciosa sea já búsqueda de pruebas y cuanto más escrupulosamente honesta y sensata sea la valoración de las pruebas.

(Susan Haack, 2020)¹

O devido processo legal tem sua origem histórica atribuída à Magna Carta de 1215, documento considerado marco na limitação do poder dos monarcas ingleses, notadamente do rei “João Sem Terra” que o assinou, e que impedia o exercício do poder absoluto ao reconhecer que a vontade da monarquia estava sujeita à lei e, especificamente em seu capítulo 39, determinar que a restrição da liberdade ou de bens de um homem livre não poderia ser concretizada sem um julgamento legal de seus pares ou pelas leis da terra².

-
1. HAACK, Susan. *Filosofia del derecho y de La prueba*. Perspectivas pragmáticas. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 138.
 2. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 130; RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia: reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 203-204; ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 242.

Conhecida no direito comparado pela expressão inglesa *due process of law* e também pela designação italiana *giusto processo*, referida garantia foi expressamente reconhecida na Lei Maior brasileira, que no inciso LIV de seu artigo 5º dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Já na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, a inexistência do devido processo na legislação do Estado-parte que proteja determinados direitos autoriza a apresentação de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em casos de violação à Convenção (Decreto nº 678/1992, artigo 46.2, “a”).

No ordenamento infraconstitucional, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê o respeito do devido processo legal no Estado requerente para a cooperação jurídica internacional (artigo 26, I), assim como para o procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça (artigo 36).

A doutrina tem classificado o devido processo legal sob dois enfoques: o substantivo ou material (*substantive due process of law*) e o procedimental, processual ou formal (*procedural due process of law*).

Em sua dimensão substantiva ou material, o devido processo condiciona o mérito da validade das leis e das ações estatais a critérios de razoabilidade e racionalidade, com aptidão para aferirem a justiça e a constitucionalidade das regras legais e de suas aplicações³.

A seu turno, o devido processo legal procedimental ou formal⁴ designa um princípio síntese⁵, princípio mãe⁶ ou sobreprincípio⁷, verdadeira

3. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 96-97; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 131-132; RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia: reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 204-205.

4. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 132-133; RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia: reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 204-205.

5. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 97.

6. BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 356.

7. BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011, p. 79.

cláusula de garantia das garantias processuais⁸, ao conglomerar os demais princípios e garantias de caráter processual reconhecidos, de maneira que bastaria a Constituição assegurar o devido processo legal que as demais garantias dele defluiriam.

Direcionada ao campo da persecução criminal, aludida garantia tem sido denominada de devido processo penal⁹, do qual são extraídas praticamente todas as garantias fundamentais como a legalidade, a proibição de provas ilícitas, a reserva jurisdicional, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade das partes, a não autoincriminação, a publicidade, a imparcialidade, a presunção de inocência (ou não culpabilidade) e a duração razoável do processo.

Espera-se de um sistema de justiça compromissado com o devido processo penal, o cumprimento de uma função dúplice, de proteção das liberdades públicas de inocentes e de culpados, e de responsabilização e punição, somente dos culpados¹⁰, que consiga conciliar eficiência e garantismo, ao evitar excessos punitivos e também proteções deficientes e atender os interesses reproduzidos em uma persecução penal, sem sacrificar o exercício de direitos e garantias fundamentais.

4.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO CLÁUSULA DE SEGURANÇA: BALIZAS DA CONDUTA ESTATAL ULTRAJANTE E DA JUSTIÇA PROCEDIMENTAL

O devido processo legal também pode ser considerado como uma cláusula de segurança¹¹ para o sistema de garantias processuais penais, segundo a qual poderá ser invocado, sob o manto do devido processo, para assegurar a aplicação de eventual princípio ou medida exigível voltada à melhor realização dos compromissos constitucionais e convencionais, ainda que não normatizada expressa e individualmente.

8. ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 243.
9. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.133.
10. CRUZ, Rogério Schietti. Algumas premissas para um devido processo penal. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; ZANÓIDE DE MORAES, Maurício (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 323-324.
11. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 134.

Nesse ponto, debate-se também sobre a existência de um conteúdo normativo autônomo do devido processo legal¹², para além do conjunto de garantias processuais penais consideradas dele integrantes ou decorrentes.

Assim, determinadas condutas podem ser consideradas violadoras do devido processo penal, enquanto conteúdo normativo próprio, sem atingir ou precisar se valer, necessariamente, da tutela de outras garantias processuais, reflexão que ganha relevância pela análise do instituto da conduta estatal ultrajante, originária dos Estados Unidos da América, sob a designação *outrageous government conduct*¹³.

A conduta estatal ultrajante representa um argumento defensivo contra práticas e comportamentos de agentes públicos responsáveis pela persecução penal que violem valores civilizatórios, democráticos, éticos ou morais relacionados à justiça fundamental, a ponto de chocar a consciência do julgador¹⁴, e que, assim, ofendem o conteúdo do devido processo penal, em sua dimensão autônoma e principiológica, ainda que não atentem contra uma garantia explícita assegurada no ordenamento.

Com base em pesquisa empírica do *National Registry of Exonerations* dos Estados Unidos da América¹⁵, Diogo Malan e Flavio Mirza¹⁶ destacam como principais formas de má conduta de agentes estatais e respectivas causas, sob uma potencial sujeição à configuração do instituto em comento, agrupadas em cinco categorias: falso testemunho; má conduta durante interrogatórios policiais de suspeitos; fabricação de elementos probatórios; ocultação de provas da inocência; má conduta durante o julgamento. Elencam ainda como prováveis causas sistêmicas dessas más condutas estatais: 1^a) práxis generalizada, que encoraja maus comportamentos; 2^a) falta de recursos para treinamento, condução e supervisão de persecuções penais de alta qualidade e; 3^a) liderança não efetiva por parte de autoridades policiais e ministeriais.

-
12. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 60-61.
 13. ZELINGER, Eve Ariel. The outrageous government conduct defense: An interpretive argument for its application by SCOPUS. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 46, n. 1, Fall 2018, p. 154-155; MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 68-69.
 14. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 78.
 15. GROSS, Samuel (ed.). *Government misconduct and convicting the innocent: The role of prosecutors, police and other law enforcement*. Irvine: National Registry of Exonerations, 2022.
 16. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 60.

Assim, o instituto da conduta estatal ultrajante é de relevância ímpar para a construção de um sistema de administração da justiça capaz de adjudicar processos penais de conhecimento condenatórios de maneira correta, justa e respeitosa às garantias constitucionais e convencionais.

O conteúdo autônomo do devido processo impõe várias limitações ao poder estatal, em todas as fases da persecução penal, desde a investigação preliminar até a execução da pena.

Na doutrina processual penal brasileira prevalece ainda interpretação reducionista do devido processo penal, que opera tanto na diminuição de seu conteúdo àquelas garantias processuais já explicitadas por normas constitucionais quanto na limitação da sua incidência à etapa judicial da ação penal¹⁷.

Não obstante, a inserção do devido processo legal no corpo da Lei Maior não pode ser tida como mera redundância, que se resume a uma amálgama de garantias processuais penais específicas, tendo em vista o conteúdo normativo autônomo da referida cláusula, derivado da abertura do rol de direitos e garantias fundamentais veiculados na Constituição Federal a “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CF, artigo 5º, § 2º), que autoriza concluir pela existência de garantias processuais penais implícitas e por um exegese progressiva, que acompanhe a transformação dos valores sociais e das tecnologias e metodologias aplicáveis à persecução criminal¹⁸.

Além disso, o vocábulo processo há de ser interpretado em sentido amplo, a expandir a incidência do devido processo legal e de seus corolários lógicos para alcançar a etapa extrajudicial de apuração de ilícitos penais¹⁹.

Destarte, apesar da apontada relutância da literatura jurídica nacional, a proposta deste trabalho parte da premissa de que não há mais espaço, diante dos comandos da Carta Magna, para negar a aplicação das garantias fundamentais do processo penal no âmbito do inquérito policial, incluindo direitos processuais implícitos e outros que decorram das evoluções tecnológicas e sociais, a exigir uma permanente atualização das técnicas e das ferramentas

17. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 79-80.

18. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 79-80.

19. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Devido processo legal e conduta estatal ultrajante. Porto Alegre, *Revista de Estudos Criminais*, vol. 86, julho/setembro 2022, p. 79-80.

empregadas pelos agentes estatais no tratamento dispensado aos cidadãos envolvidos em uma investigação criminal.

Nessa seara, as noções trazidas pela Teoria da Justiça Procedimental podem conferir relevante contribuição e propiciar avanços significativos.

A Teoria da Justiça Procedimental²⁰ tem origem na expressão em inglês *Procedural Justice*, lançada por Tom Tyler²¹, a partir de pesquisas que discutem a legitimidade e a conformidade no campo da sociologia. Trabalha com a hipótese de que as pessoas administradas tendem a respeitar e obedecer voluntariamente às leis na medida em que reconheçam legitimidade da autoridade estatal, de modo a internalizarem as normas sociais e consentirem livremente com os comandos de agentes públicos.

Por meio da Justiça Procedimental, espera-se, como efeito de uma autoridade entendida, pela população, por legítima dentro de sociedades democráticas, a substituição da coerção ou da resignação na relação entre os agentes estatais e os particulares, por uma obediência normativamente fundamentada e por um comportamento de deferência consentida às leis²².

Conquanto desenvolvida para a atuação do Poder Público de um modo geral, o modelo proposto pela teoria da Justiça Procedimental tem recebido maior atenção como parâmetro para a capacitação e a avaliação de desempenho de órgãos policiais em diversos países, e contrapõe os meios e os fins tradicionais do trabalho policial, ao elevar a importância do tratamento concedido aos cidadãos (vítimas, testemunhas e investigados) e não isolar a análise da prestação de serviço estatal única ou precipuamente na eficácia dos resultados apresentados.

A adoção pelos órgãos públicos e seus agentes, mormente no sistema de segurança pública e justiça criminal, de políticas e diretrizes que tentam impor o respeito à lei por meio da dissuasão, potencializa uma ideia punitivista diante da suspeita de condutas criminosas e tende a valorizar indicadores de pretensa eficácia estatal como quantidade de prisões e de apreensões, em detrimento de aspectos como vitimização, percepção da população sobre

20. Há textos que optam por traduzir a expressão como Justeza Procedimental para se referir à mencionada teoria da *Procedural Justice*. OLIVEIRA, Thiago; ZANETIC, André; NATAL, Ariadne. *Preditores e impactos da legitimidade policial: testando a teoria da justeza procedimental em São Paulo*. Dados: Revista de Ciências Sociais, 2019.

21. TYLER, Tom. *Why people obey the law: procedural justice, legitimacy and compliance*. New Haven: Yale University Press, 1990.

22. OLIVEIRA, Thiago R.; ZANETIC, André; NATAL, Ariadne L. *Preditores e impactos da legitimidade policial: testando a teoria da justeza procedimental em São Paulo*. Dados: Revista de Ciências Sociais, 2019.

o medo, sobre a insegurança e principalmente sobre o tratamento recebido dos agentes públicos²³.

A qualidade do tratamento por parte do Estado aos envolvidos nas suspeitas de ilícitos penais, enquanto sujeitos de direitos e não meros objetos do Poder Público, além de conferir maior legitimidade estatal na concepção sociológica, aproxima e harmoniza a atuação dos agentes públicos à dignidade humana e ao devido processo legal, ao deslocar o parâmetro de mensuração para o respeito aos direitos fundamentais e às liberdades individuais, a serem conciliados com a eficácia da performance dos serviços prestados

Os avanços desejados no sistema de segurança pública e justiça criminal passam pela implementação de posturas técnicas e profissionais dos agentes estatais de respeito aos indivíduos, com civilidade no trato com os sujeitos envolvidos no fato apurado, inclusive às vítimas e aos investigados pela prática delitiva e que, concomitantemente, não desconsiderem a colheita de indícios e elementos probatórios voltados à responsabilização penal e tampouco negligenciem os meios disponíveis para o esclarecimento do evento e da respectiva autoria²⁴.

Segundo a Teoria da Justiça Procedimental, a conduta de agentes públicos responsáveis por aplicar a lei exige exercícios constantes de legitimação perante a sociedade, focada não necessariamente na produção de resultados eficazes, mas sim na qualidade na tomada de decisões dos policiais e na qualidade do tratamento que dispensam em suas interações com os cidadãos, aptas a gerar a percepção de imparcialidade e respeito em relação aos indivíduos submetidos à intervenção estatal²⁵.

Nessa linha, os treinamentos em Justiça Procedimental tem por objetivo aprimorar as práticas adotadas por policiais no contato com o público que, além da relevância para a imagem institucional, também viabilizam melhor e maior controle da atuação dos agentes estatais, com vistas a favorecer o aperfeiçoamento do trabalho policial em um sentido mais amplo, na medida

23. CRUZ, Rogerio Schietti. investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, mai./ago. 2022, p. 591-292.

24. CRUZ, Rogerio Schietti. investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, mai./ago. 2022, p. 593.

25. CUBAS, Viviane de Oliveira; FUNARI, Gabriel. Melhorando a qualidade do contato entre policiais e cidadãos: os treinamentos em *Procedural Justice*. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v.16, n.2, fev./mar. 2022, p. 49-50.

em que orienta a avaliação das ações em termos de procedimentos e não somente de resultados²⁶.

Para os propósitos desta pesquisa, com essa reorientação para a análise do policiamento proposta pela teoria da Justiça Procedimental, vislumbra-se mais apropriado buscar aferir e diagnosticar a atividade de polícia judiciária-investigativa com ênfase na qualidade técnica das decisões e dos procedimentos adotados no inquérito policial, tendo por critério a aplicação, no máximo possível, de garantias fundamentais no tratamento com os sujeitos envolvidos na investigação criminal.

É possível conceber uma mudança da mentalidade inquisitorial para uma devida investigação criminal, baseada em cientificidade e profissionalismo, plasmados nos comandos constitucionais, a partir do diálogo entre as noções fornecidas pelo instituto da conduta estatal ultrajante e pela teoria da Justiça Procedimental, para conformação do inquérito policial ao devido processo penal, como conjunto de garantias processuais penais e também quanto ao seu conteúdo normativo autônomo, além de análises dos entendimentos da literatura jurídica.

Com esse propósito, serão buscados ainda outros aportes e conhecimentos extrajurídicos, como aqueles propiciados pela psicologia cognitiva e, mais especificamente, pela psicologia do testemunho, no que tange às provas dependentes da memória humana, que embasam as técnicas de entrevista investigativa, adiante comentadas.

4.1.1. Devida investigação criminal e intensidade na aplicação de garantias em sede policial

Em que pese o reconhecimento da importância do devido processo legal e dos preceitos e garantias que dele se originam, nota-se ainda, como apontado, entendimento no sentido de que sua efetividade estaria restrita à instrução judicial, resistindo ou mesmo negligenciando quanto ao necessário aprofundamento de seu influxo na investigação criminal preliminar²⁷.

26. CUBAS, Viviane de Oliveira; FUNARI, Gabriel. Melhorando a qualidade do contato entre policiais e cidadãos: os treinamentos em *Procedural Justice*. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v.16, n.2, fev./mar. 2022, p. 49-50.

27. RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia: reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 206-208; MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial*. 01 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020, p. 28; TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 25-29; PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e poder: o processo (de investigação) penal*. Florianópolis: Tirant Lo

Entretanto, grande parcela das garantias fundamentais são cobráveis (e cobradas) na fase policial da persecução criminal, a ponto de sua inobservância prejudicar a marcha processual, quando não a própria promoção da ação penal em juízo ou reduzi-la a meras discussões acerca da (in)validade dos elementos produzidos no inquérito policial.

Como adverte Édson Luís Baldan²⁸, conquanto dotada de duas etapas, a persecução criminal é, em si, uma, razão pela qual a cláusula do devido processo legal deve contemplar esse todo indivisível. Não só o acusado na fase judicial mas também o suspeito (imputado) na etapa extrajudicial deve gozar da garantia do devido processo legal, cuja projeção para a esfera policial tem sido intitulada de devida investigação legal²⁹ ou devida investigação criminal³⁰.

Para conferir significado e balancear a intensidade das garantias processuais penais próprias de uma devida investigação criminal, mister se faz determinar os momentos e a dimensão da incidência de tais preceitos na dinâmica do inquérito policial, objetivo deste trabalho.

Portanto, despontam da exegese constitucional do inquérito policial duas cláusulas gerais fundantes, identificadas no binômio dignidade humana e devida investigação criminal. A primeira exige rigorosa observância da vítima, do investigado e de testemunhas como sujeitos de garantias fundamentais, enquanto a segunda identifica tais garantias a serem asseguradas, para a convergência na medida aplicável à etapa extrajudicial da persecução penal.

Blanch, 2019, p. 226. Vale mencionar, ainda, que a incidência do devido processo legal na fase de investigação preliminar constitui disposição expressa de algumas ordens constitucionais no continente latino-americano. Cite-se, por exemplo, o artigo 19.3 da Constitución Política de la República de Chile de 1980: "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 3º La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (...) Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

28. BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.165.
29. BALDAN, Édson Luís. Inquérito policial e investigação preliminary: princípios, sujeitos e finalidades. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira; COVINO JR., Waldir Antonio. *Tratado de inquérito policial*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 87.
30. COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 47-48.

4.1.2. A dependência da memória humana na investigação criminal: ponderações diante da interlocução com conhecimentos extrajurídicos

O tempo, como o vento, costuma erodir as mais sólidas instituições. Com a memória, fortaleza das experiências do indivíduo, não é diferente. Pouco a pouco, as imagens de um fato quase que se desvanecem nas areias do tempo ou simplesmente se enfraquecem no oceano da memória, perdendo sua autenticidade ao se verem mescladas com elementos arrematados da imaginação. É que, com o passar do tempo, as imagens perdem sua nitidez, fragmentam-se em lembranças, de forma que o indivíduo, ao tentar restabelecer os fatos, inconscientemente recorre à fonte da imaginação e a seus elementos estranhos, integrando estes àsefetivas impressões da realidade.

(Ana Luiza Almeida Ferro, 2004)³¹

O conteúdo da memória humana, essencialmente os testemunhos (oitivas) de vítimas, de testemunhas e de suspeitos, assim como o reconhecimento pessoal, são a base do conjunto probatório da imensa maioria de demandas na Justiça mundial e também brasileira, inclusive e, sobretudo, na esfera criminal.

O próprio Código de Processo Penal, em seu título VII, que cuida de prova, dos dez principais tópicos, dedica seis para provas dependentes da memória, ao tratar do interrogatório do acusado (CPP, artigos 185 a 196), da confissão (CPP, artigos 197 a 200), das declarações do ofendido (CPP, artigo 201), dos depoimentos das testemunhas (CPP, artigos 202 a 225), do reconhecimento de pessoas (CPP, artigos 226 a 228) e da acareação (CPP, artigos 229 a 230). Nos quatro tópicos restantes, o diploma versa sobre prova pericial (CPP, artigos 158 a 184), documentos (CPP, artigos 231 a 238), indícios (CPP, artigo 239) e busca e apreensão (CPP, artigos 240 a 250).

Embora se possa afirmar que o processo penal continua a ser o reino das provas dependentes da memória³², o universo do Direito ainda não se habituou a trabalhar com conhecimentos de outras áreas, imprescindíveis para tratar da obtenção do conteúdo da memória humana de maneira técnica, válida e confiável, e persiste em uma abordagem que desconsidera os diversos fatores que impactam, intensamente, na qualidade de tais materiais

31. FERRO, Ana Luiza Almeida. *O crime de falso testemunho ou falsa perícia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 45.

32. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Prova sob suspeita. Reconhecimento de pessoas e prova testemunhal: orientações para o sistema de justiça*. São Paulo: IDDD, 2022, p. 6.

probatórios e com imenso potencial de ensejar graves erros, injustiças e violações de direitos e garantias fundamentais.

Por meio de pesquisas empíricas acerca da atuação estatal no cenário brasileiro sobre as provas dependentes da memória, demonstra-se que a valoração tende a ocorrer de modo instintivo, irrefletido e descuidado³³.

Verifica-se um desconhecimento sobre o funcionamento da memória humana, a ponto de resultar em um amadorismo travestido de expertise, em que, casuisticamente, a prova é produzida e valorada de acordo com impressões subjetivas e sem muita consistência.

Isso porque, como colocado por George Marmelstein³⁴, enquanto em determinados contextos, a palavra da vítima ou da testemunha ostenta força probatória quase absoluta, em outras circunstâncias, a prova testemunhal é vista com enorme desconfiança, a ponto de ser cabalmente ignorada, revelando uma falta de parâmetros seguros que abre portas para injustiças com graves consequências envolvendo erros judiciais decorrentes de equívocos a partir de testemunhos.

Os referidos erros judiciais advindos do desconhecimento sobre a ciência que envolve o funcionamento da memória humana, como regra, têm origem em erros policiais, por conta da falta de adoção de técnicas apropriadas e baseadas em evidências científicas.

Com fulcro nas contribuições das neurociências, Gustavo Noronha de Ávila³⁵ esclarece que o cérebro humano possui bilhões de neurônios, boa parte apta a formar, armazenar e evocar memórias. Embora cada neurônio faça a chamada sinapse com milhares de outros, nem todos estão envolvidos no processamento das memórias e muitos inclusive inibem a formação ou a evocação de memórias. Há ainda uma quantidade significativa de neurônios dedicados à formação e à reprodução de memórias, submetida com frequência a efeitos moduladores de vias nervosas vinculadas com o nível de alerta, com os sentimentos e com os estados de ânimo, compondo uma complexa dinâmica sujeita a muitas variáveis.

33. STEIN, Lilian Milnitsky (coord.). *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça. Série Pensando Direito, n. 59, 2015, p. 63.

34. MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 19.

35. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 82-83.

Busca-se definir a memória humana como um processo que envolve a aquisição (também considerada aprendizagem), a formação, a conservação e a evocação (recordação, lembrança ou recuperação) de informações, e que pode ser sintetizado e dividido em três etapas principais³⁶:

- 1ª) Codificação: consiste na incorporação de dados externos, que podem decorrer de fatores do evento ocorrido como a duração, a frequência, a luminosidade, a violência do evento com impacto no foco de atenção, a distância entre as pessoas, entre outros, ou também por fatores da pessoa que presta o testemunho, como a sua capacidade cognitiva e sensorial, o estresse, o treinamento, o trauma por figurar como vítima ou testemunha, entre outros.
- 2ª) Retenção: corresponde ao armazenamento da recordação, em que há forte influência em virtude do transcurso do tempo e a correlata curva de esquecimento, assim como por conta da sobreposição de novas memórias, de informações pós-ocorrido (internas ou externas, voluntárias ou involuntárias, entre outras) e;
- 3ª) Recuperação: etapa na qual se opera a recriação do ocorrido, na qual há influência do cenário, vale dizer, do local onde o testemunho é tomado, das pessoas que intervêm no ato como o entrevistador e, em especial, da adoção ou não de técnicas de entrevista.

Como se nota, há muitos fatores que influenciam na qualidade e na fiabilidade da prova testemunhal, que podem ser classificados de variáveis anteriores ao evento, concomitantes ao evento e posteriores ao evento cuja lembrança se pretende recuperar da pessoa a prestar o testemunho.

Em relação às variáveis anteriores ao evento, são assim compiladas por George Marmelstein³⁷:

A denominada cegueira inatencional (*inattention blindness*), que se manifesta quando se deixa de notar a presença de um estímulo que se encontra no campo de visão por incapacidade de processar todas as informações;

O efeito de rotulagem (*priming e labelling effect*), traduzido como uma pré-ativação ou primação, processo pelo qual a exposição a um estímulo recebido previamente tende a ativar determinadas memórias implícitas e, assim, influenciar a resposta ou reação a um estímulo subsequente. O

36. IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006, p. 9.

37. MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p.31-61.

estímulo anterior é considerado um rótulo ou etiqueta (daí o nome efeito de rotulagem) e pode ser de caráter visual ou até mesmo por sinais semânticos ou rótulos sociais, como na instrução prévia em um alinhamento para reconhecimento, em que se chama um indivíduo perfilado de criminoso, incrementando a probabilidade de ele ser reconhecido falsamente;

Preconceito implícito e estereótipos: decorrentes da assimilação de características fenotípicas que funcionam como etiquetas que são ativadas pelo cérebro e que podem afetar a percepção, o julgamento e a memória, ainda que inconscientemente, como na preconceituosa associação de um grupo ou determinada cor de pele ao cometimento de delitos;

Categorização e esquemas mentais: decorre da estratégia que a mente humana desenvolveu para funcionar com mais eficiência em que, ao invés de processar estímulos de modo isolado, constrói categorias ou blocos de informação com esquemas mentais que se relacionam em rede, orientando a codificação e a recordação das memórias. Embora seja útil em muitas ocasiões, tais esquemas mentais podem distorcer a realidade e levar a uma falsa compreensão de um evento presenciado.

Percepção seletiva ou viés de confirmação: chamada de recordação seletiva ou memória confirmatória, consiste na tendência de a memória humana processar mais facilmente informações consonantes com a expectativa e, por outro lado, refutar as informações dissonantes com a expectativa de cada indivíduo. Manifesta-se a partir de filtros enviesados, em que os olhos, por vezes, funcionam como máquinas de confirmação, enxergando apenas aquilo que se queira enxergar, mesmo inconscientemente. Podem ser de difícil identificação por conta da ilusão de objetividade, segundo a qual cada pessoa tende a considerar a sua própria percepção a mais objetiva possível e entender como distorcida a visão distinta de outra pessoa.

Interferências proativas: intrusão de informações de um evento anterior que interfere na memória e no relato de um evento subsequente, com a possibilidade de provocar erros pela sobreposição de informações, como no exemplo em que uma vítima assiste a uma entrevista na televisão logo antes de ser violentada, que pode gerar uma confusão de memórias e uma potencial falsa identificação do agressor, também conhecida como erro de monitoramento de fontes (*source monitoring error*) ou erro de atribuição de fontes (*source misattribution*) e;

Cegueira para mudanças (*change blindness*): falha que envolve a incapacidade de notar mudanças em uma sequência de eventos, mormente se houver interrupção nos estímulos observados, como na chamada transferên-

cia involuntária, por ilusão de continuidade, exemplificada na possibilidade de uma testemunha confundir um criminoso que entrou em um prédio com um inocente que saiu logo em seguida.

Já sobre as variáveis concomitantes ao evento, Marmelstein³⁸ aponta uma ampla gama de fatores que afetam a cognição humana e relativas às condições da pessoa que presta o testemunho, como a privação do sono, a fome, o cansaço, a personalidade, o estado emocional, o nível de inteligência, o consumo de drogas, a acuidade visual, a idade, o nível de estresse, a experiência prévia em situações semelhantes, ou ainda fatores afetos ao contexto do evento, que podem prejudicar a qualidade da prova testemunhal, como a luminosidade do ambiente, a distância da testemunha, o número de participantes, a duração da exposição, a presença ou não de armas, o uso de disfarces, o nível de violência, entre outros.

Há ainda variáveis após o evento que repercutem na qualidade da memória a ser recuperada, como o tempo transcorrido diante da curva do esquecimento (intervalo temporal entre a retenção e a acurácia da evocação), em que se potencializa a possibilidade de mudança inconsciente de memória e, nesse ponto, diferente do que o senso comum costuma indicar, o fator emocional, embora aumente a sensação de lembrar, tende a alterar, mas não significa que aumente a precisão da veracidade dos aspectos lembrados.

Muitas outras variáveis após o evento impactam na memória: interferências retroativas por fatos posteriores que distorcem a recordação, como a desinformação; formulação de perguntas capciosas e estratégia responsiva adotadas por um entrevistador; sugestionabilidade interrogativa e outras manipulações como as confabulações forçadas (pressão para que o entrevistado especule hipóteses); reforços confirmatórios (*feedback* positivo); técnicas de entrevista com coações psicológicas, pressões e manobras próprias de entrevistas acusadoras e enviesadas, voltadas a forçar admissão de culpa e normalmente responsáveis por falsas confissões³⁹.

Como se nota, são aspectos importantes que áreas como a neurociência e a psicologia têm destacado que denotam a inerente e expressiva falibilidade da memória humana, em sentido oposto ao concebido pelo Direito tradicional, que em grande medida ainda pressupõe que o conteúdo da memória

38. MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 65-66.

39. MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 110-151.

das pessoas e as provas dele advindas seriam permanentes e infalíveis ou com um suposto baixo grau de falibilidade.

O testemunho retrata o relato de um fato, tal como percebido, memorizado, e transmitido pela pessoa entrevistada. Não se trata, necessariamente, de uma narrativa de como o fato efetivamente aconteceu, porquanto podem ocorrer falhas propositais, como mentiras (relato conscientemente diverso daquilo que foi percebido e memorizado) ou erros não propositais, sendo importante perceber que o grau de consistência e de coerência de um testemunho prestado não se correlaciona com seu grau de veracidade⁴⁰.

O universo jurídico costuma se preocupar com o falso testemunho, na acepção de uma narrativa deliberadamente mentirosa, mas pouco se fala a respeito do depoimento inconscientemente inverídico, que prejudique a justiça criminal e a busca pela verdade dos fatos apurados. Isso porque, mesmo que não persista mais a busca da verdade real no processo penal, é necessário ter em mente que a parcialidade dos acontecimentos trazidos deriva também da dificuldade ou impossibilidade de retenção e de relato do conteúdo da memória humana de modo preciso⁴¹.

Embora essa interação com os conhecimentos extrajurídicos sobre a memória seja mais recente, a revelar com maior propriedade as causas de falsas memórias, a percepção sobre a potencial involuntariedade nos erros e também sobre a ausência de dolo para o falso testemunho já era apontada pela literatura jurídica na necessidade de se distinguir uma declaração falsa involuntária e um falso testemunho. Na conduta involuntária, a testemunha não possui intenção de enganar o entrevistador, embora o conteúdo de sua fala contenha equívocos, que demonstram os perigos de não se conhecer a multiplicidade de causas que podem levar uma pessoa a cometer erros em testemunhos⁴².

Um dos problemas que se coloca consiste em como resolver o paradoxo da contradição testemunhal, questão que a legislação atual e a visão jurídica tradicional não solucionam, pois apenas veiculam certas circunstâncias como na divisão entre testemunha impedida ou suspeita e na possibilidade de acareação, entre outras convenções legais, resquícios do sistema de prova tarifada, em que se tentou vincular o julgador, com a pretensão de construir

40. GORGA, Maria Luiza. *A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 24-25.

41. GORGA, Maria Luiza. *A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 24-25.

42. AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 53-54.

certezas em uma área repleta de incertezas, sem a atenção aos diversos meios pelos quais a consciência humana pode errar diante da dinâmica de funcionamento do cérebro humano e dos mecanismos psicológicos nele influentes⁴³.

Reforçando algumas das variáveis mencionadas, Maria Luiza Gorga classifica as principais imperfeições da memória em sete pecados capitais⁴⁴:

- 1^a) Transitoriedade da lembrança: a curva do esquecimento natural de cada memória armazenada;
- 2^a) Distração: resultado da falta de atenção a determinado aspecto da experiência;
- 3^a) Bloqueio: momentânea falha de acesso, como ter algo “na ponta da língua”;
- 4^a) Erro de atribuição: falha na associação entre a memória e o momento, local ou pessoa a que se refere;
- 5^a) Sugestionabilidade: tendência de se incorporar informações externas e posteriores à memória, como se fossem originais;
- 6^a) Viés (*bias*): filtro de percepção inconsciente que reflete nos acontecimentos, as crenças e conhecimentos do indivíduo, tornando memórias pouco detalhadas em relatos coerentes por meio do preenchimento de suas lacunas;
- 7^a) Persistência obsessiva: sobretudo em recordações com forte carga emocional.

Para a justiça criminal, dentre as falhas e problemas advindos das variáveis aos quais a memória humana está sujeita, um dos mais sérios e prejudiciais em termos de riscos à higidez da persecução penal encontra-se nas falsas memórias ou erros honestos, decorrentes da detenção de uma informação falsa que a pessoa acredita genuinamente ser verdadeira, e assim a transmite, sem que isso configure uma mentira.

Vitor de Paula Ramos⁴⁵ explica que o testemunho pode ser falso em pelo menos dois modos distintos, por mentiras ou por erros honestos. Há mentira não quando alguém afirma o falso, mas quando afirma o que acredita ou sabe ser falso. A testemunha não pode ter uma crença sobre algo que acredita

43. CARDOSO, Luciane. *Prova testemunhal: uma abordagem hermenêutica*. São Paulo: Editora LTr, 2001, p. 72.

44. GORGA, Maria Luiza. *A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 27.

45. RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 118-119.