

○ DIREITO N(UM)A

HORA

SUSANA AIRES DE SOUSA

*Neurociências e Direito Penal:
em busca da “verdade” perdida
(na mente)?*

Nótulas à margem do “caso Ricla”



I
·
J

O presente trabalho foi realizado no âmbito das actividades do Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013)

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Jorge Ribeiro

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.fd.uc.pt/institutojuridico
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8787-76-7

© FEVEREIRO 2017

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

NEUROCIÊNCIAS E DIREITO PENAL: EM BUSCA DA “VERDADE” PERDIDA (NA MENTE)?

NÓTULAS À MARGEM DO “CASO RICLA”*

Susana Aires de Sousa

1. Nótula problemática

Constitui uma evidência dizer-se que entre os fins reconhecidos ao processo penal se conta, necessariamente, a *busca da verdade e a realização da justiça*. É tanto assim quanto mais se entenda que a

* Este texto corresponde, de forma parcial, à conferência efetuada no âmbito da iniciativa *O direito n(um)a hora*, promovida pelo Grupo de investigação *Vulnerabilidade e Direito*, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a coordenação do Senhor Doutor João Loureiro. Este brevíssimo apontamento limita-se à exposição do caso e ao relato das decisões judiciais que sobre ele se pronunciaram. Dele se excluiu a problematização das concretas (e complexas) questões jurídicas associadas ao uso dos novos métodos neurocientíficos em processo penal, ainda que tenham sido apresentadas e discutidas oralmente no âmbito da conferência. Esta decisão fundamenta-se na expectativa de uma tal reflexão vir a ser concretizada por escrito em um artigo autónomo que se espera vir a ganhar, em breve, a forma de publicação nos Estudos em Homenagem ao Senhor Prof. Doutor Manuel Costa Andrade.

ideia de justiça pressupõe que o direito e as suas normas se aproximem daquilo que efetivamente aconteceu. A busca da verdade constitui, na história do processo penal, um fim que sempre se mostrou difícil de alcançar: a verdade tem a sua morada própria, escapando à capacidade de apreensão humana e desvelando-se numa presença espectral de contornos esbatidos. Compreende-se assim que, ao longo da história humana, a procura da verdade se tenha materializado num conjunto de procedimentos que por vias indiretas ou mediatas procuraram dar forma à verdade, separando-a da mentira.

O aperfeiçoamento dos métodos de deteção da verdade (ou da mentira) tornou-se uma busca constante na história do processo penal, sendo certo que, como afirma a neurocientista Martha Farah, “até aos dias de hoje nenhum método de deteção da mentira foi capaz de se apresentar como um método exato ou preciso, daí que aquela busca persista”¹.

Constituirão os novos métodos neurocientíficos a resposta há tanto procurada? Serão estes métodos aceitáveis da perspetiva de um processo *justo e leal*, assente de forma inabalável na proteção dos direitos, liberdades e garantias?

Somos convocados pela própria realidade casuística à resposta a esta questão. O uso destes novos métodos em processo penal, antes tido como mero exercício de ficção científica, é agora, no momento em que vivemos, um facto real e verdadeiro. A verdade *ex machina*? Esta é a questão incontornável que nos é trazida pelos novos métodos neurocientíficos.

Nesta exposição, que se pretende de vocação casuística, apresenta-se, como *case study*, o caso Rícla, apreciado pelos tribunais espanhóis, no âmbito do qual se fez uso de um novo método neurocientífico conhecido como “onda P-300”.

¹ FARAH *et al.* «Functional MRI-based lie detection: scientific and societal challenges», *Neuroscience and Law*, 15 (February 2014) 123.

2. Nótula sobre o caso²

No dia 3 de abril de 2012 desaparecia Pilar Cebrián, de 51 anos, na localidade de Ricla, em Saragoça. O seu marido, Antonio Losilla, não denunciou imediatamente o seu desaparecimento às entidades policiais, demorando cerca de um mês a fazê-lo, argumentando que ela teria saído voluntariamente de casa para passar férias com amigos. Tornar-se-ia no principal suspeito da polícia. Na garagem de casa são encontrados vestígios de sangue e nas buscas realizadas pelas autoridades são encontrados, numa localidade vizinha, fragmentos de corpo humano. Num momento inicial suspeitou-se que aqueles poderiam ser os restos biológicos do cadáver de Pilar, o que constituiu fundamento para o suspeito ser detido e lhe ser aplicada uma medida processual semelhante à prisão preventiva (prisão provisional).

Nessa fase da investigação, Antonio Losilla teria confessado à polícia que desmembrou o cadáver da sua mulher mas que a sua morte teria sido accidental, resultando de uma queda ocorrida durante uma discussão. Posteriormente o suspeito dirá que esta confissão foi fruto da pressão exercida pela polícia. Por sua vez, a análise de ADN comprovou que os restos mortais encontrados não eram de

² A descrição do caso é feita a partir da matéria de facto constante nas decisões judiciais referidas no ponto n.º 3, bem como através de notícias jornalísticas sobre o caso. Este processo gerou uma forte discussão na opinião pública tendo merecido, em todos os seus momentos, um grande destaque nos meios de comunicação social espanhóis. Sobre este caso veja-se ainda, na literatura espanhola, Maria Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2014, 137 s.; M. Richard González, «Admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas neurológicas en el proceso penal», *Iuris*, 206 (2014) 36 s.; Arantza LIBANO BERISTAIN, «Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español», *Revista Der Gen H* 40 (2014) 75 s. Na literatura portuguesa, veja-se Marta Madalena Botelho, «O exame neurológico P300 em tribunal e a (in)viabilidade da sua utilização no processo penal português», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24/1 (2014) 74 s.

Pilar mas de uma outra mulher morta pelo seu namorado. O juiz optou por manter a “prisão preventiva” do arguido. Perante a ausência de um corpo, o caso complicar-se-ia.

As entidades responsáveis pela investigação solicitam ao *Juzgado de Violencia sobre la Mujer* – um tribunal de instrução, responsável por conhecer da conformidade à lei processual de atos de investigação por crimes de violência doméstica – a realização de um novo exame neurológico conhecido como onda P-300, com o fim principal de se descobrir a localização do cadáver.

A utilização deste método teve em vista reunir elementos cognitivos que o arguido tivesse sobre o crime e, em particular, sobre a localização dos restos mortais da vítima, através da análise da sua atividade elétrica cerebral em resposta a estímulos determinados. Num primeiro momento, o arguido manifestou o seu total desacordo com a realização daquele procedimento por entender não ser uma cobaia; porém, afirma que se “*si su senboria lo ordena el se sometè*”. Posteriormente, sendo perguntado se submete voluntariamente àquela prova responde que “se submete pois que mais poderá fazer?”³.

O juiz de instrução admite a realização deste procedimento à luz de uma norma processual (artigo 363 da *Lei de Enjuiciamiento Criminal*) que, embora tendo por referência os regimes legais dos exames químicos e da prova de ADN, admite a inclusão de meios técnicos mais modernos que possam ser de auxílio à investigação desde que não se limite a vontade daquele que é submetido ao exame ou se afete a sua intimidade.

O exame P-300 seria realizado em dezembro de 2013, no Hospital Miguel Servet, por uma equipa chefiada pelo médico neurologista José Ramón Valdizán Usón, e pela psicóloga Cristina Andreu Nicuesa, psicóloga forense do Instituto de Medicina Legal de Aragão.

³ Cf. Auto n.º 135/2014 da *Audiencia Provincial de Zaragoza*, Sección n. 1, ponto quinto (disponível em http://preestatuto.aragon.es/sites/default/files/3.19-02-2014_AUTO_135.pdf).

3. Nótula sobre o método neurocientífico “Onda P-300”

A “onda P-300” refere-se a um procedimento que usa a eletroencefalografia (EEG) ou a eletromiografia (EMG) para captar sinais elétricos cerebrais que aparecem como resposta a uma determinada estimulação cerebral. Sabe-se deste há muito que a atividade neuronal se baseia na propagação de impulsos bioelétricos. Esta atividade elétrica é constante e varia com os estímulos, internos e externos, a que o ser humano é sujeito. Por sua vez, estas reações podem ser medidas. É neste contexto que surgem os chamados *Potenciais Evocados* ou *Potenciais Relacionados com Eventos* (*evoked potentials* ou *event-related potentials*) enquanto medições das modificações da atividade elétrica cerebral, provocadas por determinada estimulação⁴.

A “onda P-300” é o exemplo de um potencial evocado (de natureza cognitiva) e representa um pico de polaridade positiva (P) que se produz cerca dos 300 milissegundos após o início do estímulo que originou o potencial (a informação apresentada ao sujeito), daí resultando a sua designação: P-300. A variação da atividade elétrica cerebral é passível de registo através da colocação de eletrodos em determinados pontos do couro cabeludo.

O estudo desta onda elétrica serviu de ponto de partida aos estudos do professor de Harvard, Lawrence Farwell. A técnica por si desenvolvida procurava identificar ou detetar informação contida no cérebro através da medição de ondas cerebrais registadas pelo

⁴ Uma breve explicação sobre esta categoria dos potenciais evocados e sobre a “onda P-300” pode encontrar-se em Lawrence A. FARWELL, um dos principais defensores e proponentes desta técnica, no seu artigo «Brain fingerprinting: a comprehensive tutorial review of detection of concealed information with event-related brain potentials», *Cognitive Neurodynamics* (2012) 116 s. (118 s.) Veja-se também, sobre este ponto, o estudo de Cristina Andreu NICUESA / José Ramón VALDIZÁN USÓN, «Potencial Evocado Cognitivo P300 en la investigación pericial (P300-pericial)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, ISSN 1575-4022, 33 (2014) 345-366, e o artigo de Arantza LIBANO BERISTAIN, «Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español», *Revista de derecho y genoma humano*, ISSN 1134-7198, 40 (2014) 75-93.

encefalograma. Em outras palavras, através deste método procura-se a *impressão* deixada por um determinado acontecimento no cérebro. Em causa está, assim, uma resposta cerebral relacionada com a memória e com o conhecimento experimentado por determinada pessoa. Desta forma, este novo método neurocientífico tem por propósito demonstrar se a informação concretizada no estímulo apresentado ao sujeito é já por si conhecida ou não.

A amplitude da “onda P-300” relaciona-se com a presença na memória do sujeito de informações que conhecia previamente. Não tardaria que esta técnica fosse usada para fins criminais, tendo por propósito “poder estabelecer quem conhece informações que só o agente do crime ou aqueles que o investigam podem conhecer”⁵.

Foi justamente na prossecução desta finalidade que em alguns ordenamentos jurídicos – de que é exemplo o ordenamento espanhol – se aplicou o método da onda P-300 no contexto da investigação criminal.

O procedimento e a interpretação clínica dos resultados obtidos por este método são explicados, num artigo científico⁶, pelo médico neurologista e pela psicóloga forense que integraram e chefiaram a equipa que efetuou o exame clínico a António Losilla.

Neste estudo, José Ramón Valdizán Usón e Cristina Andreu Nicuesa esclarecem que a aplicação deste método neurológico pressupõe que o agente seja confrontado com três tipos de informações ou estímulos, que são posteriormente analisados e comparados e que podem ser classificadas em três categorias: *targets*, irrelevantes ou provas.

Targets são elementos que o sujeito há de necessariamente reconhecer, relacionados com a investigação criminal, por serem de conhecimento público ou por terem sido amplamente divulgados pelos meios de comunicação social.

Qualificam-se como *irrelevantes* os estímulos que, construídos à semelhança dos dados de prova, são porém irrelevantes no

⁵ Cristina ANDREU NICUESA / José Ramón VALDIZÁN USÓN, «Potencial Evocado Cognitivo P300», 349, nota 4.

⁶ Trata-se do artigo já anteriormente referido «Potencial Evocado Cognitivo P300 en la investigación pericial (P300-pericial)», nota 4.

contexto da investigação. Todavia, estes elementos não se distinguem da informação qualificada como *prova* para alguém que não tenha conhecimento direto dos factos sujeitos a investigação (ou não tenha tido neles qualquer participação).

Por *prova* têm-se os elementos que podem ser conhecidos unicamente pelo autor do delito (ou por alguém que nele tenha diretamente participado) e que são do conhecimento estrito dos sujeitos e órgãos processuais que investigam o caso.

Como forma de ilustrar os diferentes elementos agora brevemente referidos, socorremo-nos dos exemplos que José Ramón Valdizán e Cristina Andreu indicam para aqueles três tipos de informação.

O caso hipotético é este: uma bomba é colocada num centro comercial. Atendendo às circunstâncias e ao contexto do crime, suspeita-se de um atentado terrorista e importa investigar se o sujeito detido tem conhecimento próprio da atividade terrorista e, de modo particular, do tipo de explosivo usado naquele atentado. Os estímulos a apresentar ao sujeito seriam os seguintes:

- a) como *target*, uma bomba explodiu no centro comercial;
- b) como *irrelevantes*, a bomba usada tinha rastilho (*i*), era uma bomba elétrica (*ii*), tratava-se de um explosivo acionado por controlo remoto (*iii*);
- c) como *relevantes*, o artefacto explosivo foi uma bomba de inversão.

A metodologia, de forma simples, consiste em apresentar estas informações relevantes e irrelevantes e comparar a amplitude da “onda P-300”. Uma *r* amplitude relaciona-se com conhecimento de informações que só os investigadores criminais ou quem tenha tomado parte no delito poderiam saber. Consoante o suspeito reconheça ou não a informação *relevante*, a amplitude da onda tenderá a aproximar-se, respetivamente, da onda provocada pelo *target* ou da onda suscitada pelo elemento *irrelevante*.

4. Nótula sobre as decisões judiciais

António Losilla interpôs recurso da decisão judicial que admitiu a realização do procedimento baseado na “onda P-300”. Este recurso foi dirigido à *Audiencia Provincial de Zaragoza* (ainda um tribunal de primeira instância), tendo como um dos fundamentos principais a violação do direito a não declarar contra si mesmo. Este recurso foi tido como improcedente a 19 de fevereiro de 2014⁷: o tribunal entendeu, por um lado, que o arguido poderia ter-se negado a realizar o exame, uma vez que tinha sido devidamente informado dos seus direitos; o juízes consideraram ainda, na sua maioria, que o arguido sempre se mostrou cooperante na realização daquele procedimento, obedecendo e ouvindo atentamente todas as instruções que lhe foram dadas pelo pessoal médico e de enfermagem, sem nunca mostrar qualquer reação de oposição. Por conseguinte, entendeu-se não ter havido qualquer restrição da vontade do arguido, admitindo-se aquele meio de prova. Questão diferente seria a da sua valoração-questão sobre a qual o tribunal não se pronuncia.

Deve referir-se que a decisão não foi tomada por unanimidade, havendo dois “*votos particulares*” que se manifestam no sentido da invalidade da prova e da sua inadmissibilidade por três razões principais: a problemática fundamentação legal-processual para a realização deste novo procedimento; a difícil compatibilização daquele procedimento com o princípio da proibição da auto-incriminação; e a falta de validade e eficácia do consentimento dado pelo suspeito para a realização daquele concreto exame.

Esta decisão foi objeto de recurso e sobre ela se pronunciou o *Tribunal Superior de Justicia de Aragon*, em 15 de julho de 2015⁸. Referindo-se ao método P-300 como “prova pericial” e num juízo comparativo com outros meios de prova admitidos na lei, o tribunal afasta este método, nas suas características e finalidades, do exame de

⁷ Cf. Auto n.º 135/2014 da *Audiencia Provincial de Zaragoza* (disponível em http://prestatuto.aragon.es/sites/default/files/3.19-02-2014_AUTO_135.pdf).

⁸ Auto do *Tribunal Superior de Justicia de Aragon* 6/2015, de 20.07.2015, p. 9 (disponível em <http://www.poderjudicial.es>).

ADN, aproximando-o das declarações de arguido. Na expressão usada pelos senhores juízes, “a realização da prova P-300, por permitir a obtenção de elementos cognitivos que se encontram unicamente no cérebro do sujeito, constitui juridicamente uma declaração e, como tal, só pode realizar-se de acordo com a vontade do sujeito, uma vez que este não está obrigado a declarar contra si nem a confessar a sua culpa”. Entendeu, em seguida, o tribunal que o arguido não queria submeter-se àquele exame e que só o fez por haver uma indicação / decisão do juiz nesse sentido. Por conseguinte, foi declarada a nulidade quer do despacho do Juiz de Instrução de 4 de dezembro de 2013, bem como, quanto a este ponto, da decisão proferida pela *Audiencia Provincial de Zaragoza* a 19 de fevereiro de 2014.

Em 16 de novembro de 2015 teve início o julgamento de Antonio Losilla por um tribunal popular (tribunal de júri), acusado de um crime de homicídio, de um crime de falsidade documental e de um crime contra a integridade moral. O Ministério Público sustentou que ao arguido fosse aplicada uma pena de 17 a 20 anos de prisão. O tribunal de júri declarou o arguido culpado. Em 2 de dezembro de 2015, Antonio Losilla foi condenado numa pena de 16 anos de prisão, resultante da condenação em um crime de homicídio (14 anos de prisão), em um crime de falsidade (1 ano de prisão) e em um crime contra a integridade moral (1 ano de prisão)⁹. Desta decisão, o condenado interpôs recurso para o *Tribunal Superior de Justicia de Aragon*. A 10 de março de 2016, este tribunal superior decidiu manter a condenação pelos crimes de homicídio e de falsidade documental e absolver Antonio Losilla quanto à prática do crime contra a integridade moral, devendo cumprir uma pena de 15 anos de prisão¹⁰.

⁹ Cf. Sentencia núm. 288/2015 (disponível em <http://www.poderjudicial.es>).

¹⁰ Cf. Sentencia núm. 1, de 10 de Marzo de 2016, Recurso de apelación jurado 3/16 (disponível em <http://www.poderjudicial.es>).

5. Nótula final

Em Espanha a “onda P-300” foi já usada em dois outros casos, já depois do trânsito em julgado, como meio de recolher informações sobre a localização do cadáver da vítima de homicídio¹¹.

Em setembro de 2015 foi de novo proposta a realização deste método, num caso muito semelhante ao caso Ricla, no âmbito do qual o marido é suspeito do homicídio da sua mulher, entretanto desaparecida. O suspeito aceitou, num primeiro momento, submeter-se ao novo método neurocientífico baseado na análise da “onda P-300”. Neste sentido, o agente seria transferido, em finais de setembro, de Barcelona para o Instituto de Medicina Legal de Saragoça a fim de realizar aquele procedimento; porém, pouco antes da hora prevista para a sua realização, negar-se-ia a fazê-lo.

Até agora, em nenhum dos casos em que se recorreu à “onda P-300” foi encontrado o cadáver da vítima.

¹¹ No primeiro caso, bastante mediático, Miguel Carcaño, condenado pelo homicídio de Marta del Castillo, cujo corpo nunca foi encontrado, foi sujeito ao exame P-300 a 6 de março de 2014. Em setembro/outubro de 2014, este método foi também usado como meio para localizar os restos mortais de Publio Córdón, um empresário espanhol sequestrado, em 1995, pelos *GRAPO – Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre*, uma organização terrorista espanhola.

DIREITO N(UM)A HORA

GRUPO DE INVESTIGAÇÃO
VULNERABILIDADE E DIREITO



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

VD

VULNERABILIDADE & DIREITO

ISBN 978-989-8787-76-7



9 789898 787767