

**O NATAL BRANCO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: VERDADE, MEMÓRIA E PROCESSO ATRAVÉS DE *BLACK MIRROR*****THE WHITE CHRISTMAS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW: TRUTH, MEMORY AND PROCEDURE THROUGH THE *BLACK MIRROR* SERIES****DÉBORA DE OLIVEIRA PEREIRA<sup>1</sup>****SÉRGIO HENRIQUE FERNANDES BRAGANÇA JUNIOR<sup>2</sup>**

**Resumo:** A relação da verdade com a memória é uma questão recorrentemente abordada na série britânica *Black Mirror*. Como exemplos dessa recorrência, podemos citar os episódios *The Entire History of You*, *White Christmas* e *Crocodile*. Apesar de terem sido exibidos em diferentes temporadas, trazem à tona questionamentos que muito interessam ao mundo jurídico. A este estudo interessa o diálogo que as obras ficcionais podem estabelecer com a ciência jurídica, na medida em que estas podem ser utilizadas para traçar prognósticos acerca das alterações legislativas que serão necessárias para disciplinar a nova dinâmica das relações sociais, profundamente alteradas em decorrência do surgimento de novas tecnologias. Uma das problemáticas relacionadas à questão da memória diz respeito às falsas memórias, que são distorções que podem levar o indivíduo a desenvolver lembranças de fatos que não ocorreram ou que se desenrolaram de forma diversa da recordação apresentada por outras pessoas que presenciaram o mesmo acontecimento. Destarte, indica-se a investigação qualitativa como um caminho para abordar as relações da verdade com a memória e o Direito Processual, utilizando procedimentos das correntes de estudo em Direito e Literatura para analisar a legitimidade e os impactos que o uso excessivo de tecnologias poderia provocar no procedimento processual penal.

**Palavras-chave:** *Black Mirror*; Direito Processual Penal; Falsas Memórias; Direitos e garantias fundamentais.

**Abstract:** The relation of truth to memory is a recurring issue addressed in the British series “Black Mirror”. As examples of this recurrence, we can mention the episodes “The Entire History of You”, “White Christmas” and “Crocodile”. Although they have been shown in different seasons, they raise questions that are very interesting to the world of law. This study is concerned with the dialogue that

<sup>1</sup> Graduanda em Direito. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7986063484688423>.

<sup>2</sup> Graduado em História. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3827398004449193>.

fictional works can establish with legal science, insofar as these can be used to make predictions about the legislative changes that will be necessary to discipline the new dynamics of social relations, deeply altered as a result of the emergence of new technologies. One of the problems related to the issue of memory concerns false memories, which are distortions that can lead the individual to develop memories of events that did not occur or that unfolded in a way different from the memory presented by others who witnessed the same event. Thus, qualitative research is indicated as a way to approach the relations of truth with memory and procedural law, using procedures of the currents of study in Law and Literature to analyze the legitimacy and the impacts that the excessive use of technologies could provoke in criminal proceedings.

**Keywords:** *Black Mirror*; criminal procedure law; false memories; fundamental rights and guarantees.

## 1 INTRODUÇÃO

Os efeitos colaterais das interações estabelecidas entre os seres humanos através das novas tecnologias são um dos motivos pelos quais a série antológica de ficção científica *Black Mirror* se tornou famosa.

As narrativas apresentadas na série evidenciam os impactos práticos causados pelo uso massivo das tecnologias que se incorporaram tão naturalmente ao cotidiano humano. Contudo, além dos impactos na esfera de interesses privados dos indivíduos, a interferência tecnológica também pode ser notada no âmbito dos processos judiciais.

No domínio jurídico, o uso da memória como prova testemunhal e o seu valor no processo legal são passíveis de múltiplos questionamentos. Afinal, como as memórias humanas, que não são reconstruções exatas dos fatos, devem ser tratadas no âmbito do processo? Esses e outros temas capazes de atrair atenção dos operadores do Direito, podem ser analisados a partir das realidades distópicas retratadas em *Black Mirror*.

O cenário contrafactual representado no enredo do episódio *White Christmas*, suscita diversas questões polêmicas que apesar de serem originadas de uma ficção, são muito similares à realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, a partir da análise do referido episódio é possível verificar como o uso de recursos tecnológicos pode afetar princípios constitutivos do Direito, dentre os quais os referentes à personalidade e às garantias do processo penal.

A este estudo interessa, em especial, o diálogo que as obras ficcionais podem estabelecer com a ciência jurídica. Trata-se de um diálogo muito rico, que possibilita que os operadores e estudiosos da ciência jurídica vislumbrem questões relevantes ao direito processual através da construção de realidades distópicas.

## **2 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E LITERATURA**

Martha Nussbaum é uma das autoras mais representativas do direito na literatura (2005; 2015), o interesse de sua pesquisa recai no papel da literatura para a compreensão da realidade – tendo em vista que os textos literários apresentam distintas dimensões da natureza humana, abordam questões universais e auxiliam na empatia e imaginação.

Focando na formação dos juristas, a autora defende a ideia de que a racionalidade implicada na ponderação de habilidades argumentativas e lógicas, além de no julgamento e, abarca, também, as capacidades imaginativa e empática. Essa combinação possibilita a apreciação sensível de situações humanas particulares e a contemplação da diversidade e da complexidade a elas inerentes.

Dessa forma, o leitor tem a chance de perceber como convencionais ou circunstanciais fatos da sua vida, que pareçam ser dados inevitáveis e adquiridos, quando na verdade são passíveis de escolhas. E, a partir da percepção dessa contingência, há como se estimular a compreensão e a sensibilidade multiculturais, adequadas ao convívio respeitoso entre formas de vida orientadas por diferentes valores. (PINTO, 2003, pp.8 e 9).

Por isso, o que se objetiva analisar nas obras de ficção científica, tendo em vista o propósito desta pesquisa, é a sua capacidade de desafiar e compreender melhor a realidade, a partir do que ela apresenta de potencial de escolhas não concretizadas.

Para tanto, é preciso verificar como se dá a presença de elementos da realidade factual em contraste com a dimensão contrafactual da ficção. Em seguida, é necessário analisar até que ponto essa permanência do factual na ficção contribui para fortalecer como dado adquirido, determinados padrões de escolha que são reforçados pela ficção, em apoio a uma determinada ideologia (PINTO, 2003, p.11).

Da mesma forma, é possível orientar a leitura para as escolhas contrafactuais apresentadas nas obras selecionadas de ficção científica e indagar até que ponto elas se

comprometem com as estruturas factuais da nossa realidade e com as suas dimensões valorativas.

Também é possível pesquisar os efeitos da estruturação da obra a partir da relação de empatia de alguns leitores com determinadas perspectivas e atitudes das personagens, que são imbuídos de uma carga emocional positiva e atrativa, produzindo assim formas de melhor . Ao se tratar da literatura e do cinema ou até mesmo de TV em suas relações com o fenômeno social que é o Direito, é profícuo indagar a construção desses conceitos. A problematização sobre “o que é literatura” e os questionamento acerca da escolha do gênero ficção científica, despertam possibilidades de reconhecimento e conexões entre as diversidades narrativas tão fundamentais à compreensão das ciências jurídicas.

Com a transposição das obras literárias de ficção científica para o cinema e para a TV é possível atualizar indagações sobre a influência desses diferentes registros sobre o enredo; sem tirar o foco da capacidade ficcional de reflexão, em geral e no âmbito jurídico (CABRERA, 2012; MARÍ, 2014).

### 3 FICÇÃO CIENTÍFICA E *BLACK MIRROR*

Um dos maiores expoentes da ficção científica nos últimos tempos é a série *Black Mirror*.. Ao longo de suas quatro temporadas, desde suas primeiras transmissões no *Channel 4*, canal de televisão inglês, até à compra de seus direitos autorais pela *Netflix*, a série abordou em seus diversos episódios temáticas que podem ser utilizadas para a compreensão de fenômenos com impactos jurídicos através da narrativa em que são apresentados.

Temas como vingança, privacidade, direitos de personalidade e memórias são alguns exemplos de questionamentos éticos, jurídicos e filosóficos que são suscitados pela série.

As polêmicas que envolvem a memória não são um tema incomum em *Black Mirror*, sendo constantemente apresentadas através de cenários onde as lembranças humanas são recuperadas através do emprego de tecnologias. Trata-se da representação de um futuro distópico onde o desenvolvimento tecnológico é utilizado para superar as imperfeições da memória humana.

O episódio *White Christmas* começa com dois personagens, Matt e Joe, que estão em uma casa aparentemente isolada. Eles conversam despreziosamente sobre suas

vidas. Em determinado momento, em outra cena, os espectadores são informados sobre uma tecnologia denominada “*cookie*”.

O *cookie* é uma espécie de implante cerebral que cria uma réplica da consciência do humano, com a finalidade inicial de prestar serviços domésticos.

Matt explica ao longo do episódio que sua profissão é “adestrar” essas réplicas artificiais para que executem com eficácia as suas tarefas. Utiliza-se, por vezes, de métodos de tortura para forçá-las a obedecer sem questionar; submetendo as suas consciências e autonomias a fins comerciais.

Após Joe contar a sua história de vida e se confessar assassino, o episódio surpreende com um *plot twist*. A casa onde os dois personagens principais se encontravam era na verdade uma simulação, presente apenas no *cookie* de Joe. Matt foi autorizado pela polícia a acessá-lo para obter de Joe a confissão dos seus homicídios. A prova do crime, obtida por meio do *cookie*, resulta do acesso não consentido à consciência e memória de Joe.

Conforme apontam Jorge Martínez Lucena e Javier Barrycoa (2017, p. 82):

La combinación entre el grano (una pequeña CPU subcutánea) con los dispositivos de registración/proyección intraocular abren el juego a nuevas formas de experimentar la propia memoria audiovisual, la cual puede ser seleccionada, filtrada, revisitada y compartida en pantalla grande. El revisionado a posteriori de nuestros recuerdos (función «redo»), como si se tratara de una película o episodio televisivo, nos recuerda a una práctica —la llamada lectura forense (Mittell, 2009)— que se encuentra muy difundida entre los fans de los mundos narrativos de ficción.

#### **4 A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA E A NECESSIDADE DE DESCONSTRUÇÃO DO MITO DA VERDADE REAL**

A narrativa envolvendo um dispositivo capaz de aperfeiçoar as falhas da memória humana nos leva a repensar uma série de questões acerca da utilização da prova testemunhal nos moldes existentes na vida real.

Ressalta-se que a memória, por enquanto, é um território a salvo dos novos dispositivos eletrônicos. A sua complexidade subjetiva dificulta a sua redução algorítmica. Contudo, os processos de recordação estão impregnados de múltiplas interferências que refletem na construção da memória, o que deve ser levado em consideração quando esta é admitida como meio probatório.

A memória, evocada nos depoimentos que compõe as provas testemunhais, é um dos meios de prova mais utilizados no sistema jurídico, especialmente no âmbito do processo penal. Por outro lado, pode ser considerada um dos mecanismos probatórios mais perigosos por ser suscetível de falhas e manipulações.

A forma como é produzida a prova no âmbito de um processo varia de acordo com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico aplicado. Conforme aponta Aury Lopes Jr. (2015, p. 25), a estrutura do processo penal tem variado ao longo dos séculos, tendo suas transformações condicionadas ao predomínio da ideologia, ou seja, sendo determinada pela prevalência de ideais punitivos ou libertários.

Atualmente, a doutrina majoritária reconhece a existência de dois sistemas processuais penais: o sistema inquisitorial e o sistema acusatório. Muitos doutrinadores defendem a existência de um terceiro sistema, qual seja o sistema misto.

Nos valem mais uma vez das lições de Aury Lopes Jr. (2015, p. 25), para quem a existência desse terceiro sistema seria uma falácia, na medida em que a defesa da existência de um sistema misto seria:

[...] absolutamente insuficiente, um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

No mesmo sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 17) defende que:

Não há mais sistemas puros, na forma clássica em que foram estruturados. O dito sistema misto, por sua vez, não dispõe de um princípio unificador próprio, configurando-se na conjugação dos outros dois. Assim, ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algumas características secundárias de sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, dispondo de alguns elementos característicos (também secundários) recolhidos do sistema inquisitório.

Insta salientar que a doutrina nacional ainda diverge quanto à classificação do sistema processual penal brasileiro, cingindo-se a controvérsia principalmente ao enquadramento do nosso modelo ao sistema acusatório ou ao sistema misto.

O sistema inquisitorial, como o próprio nome sugere, foi o modelo de persecução penal adotado na Idade Média, tendo como marco histórico os tribunais da Inquisição. Esse sistema é caracterizado pela concentração de poderes nas mãos do juiz, na medida

em que este estaria incumbido das tarefas de acusar, de produzir as provas e de julgar. Portanto, no referido sistema processual há um claro comprometimento da imparcialidade do juiz, sendo priorizada a busca de uma verdade real, razão pela qual são toleradas práticas arbitrárias como a tortura para alcançar o ideal de punição.

Por sua vez, no sistema acusatório, cujas raízes remontam a Grécia Antiga, o juiz é garantidor dos direitos e garantias fundamentais, devendo velar pela eficácia das disposições constitucionais. Este modelo processual precedeu ao sistema inquisitorial e é característico de sociedades democráticas, tendo como características principais a separação das tarefas, de modo que cabe ao magistrado o papel de julgar de forma imparcial e ao Ministério Público compete proceder a acusação. Além disso, prevalecem o respeito ao contraditório, à paridade de armas, à ampla defesa e a todas as demais características próprias do devido processo legal.

Assim, em apertada síntese, poderíamos apontar a posição do magistrado no sistema processual como a principal diferença dos modelos (LOPES JR., 2015, p. 142), não podendo nos esquecer do fato de que essa posição é definida com base na ideologia predominante na sociedade.

Nesse contexto, James Goldschmidt afirma que *“Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”*.

Com base nas lições do autor supracitado, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 estabelece uma série de direitos e garantias processuais que se amoldam ao processo penal e que ressaltam a natureza democrática do texto constitucional.

Em sentido contrário, parcela da doutrina nacional defende que os princípios que informam nosso Código de Processo Penal conduzem a ideia de que estamos diante de um sistema misto, posto que há uma fase pré-processual onde predominam as características de um sistema inquisitorial e que mesmo na fase processual, onde há a prevalência de características do sistema acusatório, o juiz continua a ter poderes atribuídos pelo Código de Processo Penal que evidenciam resquícios do sistema inquisitorial (NUCCI, 2016, p. 123).

Todavia, como ressaltado pelo professor Lênio Streck (2010), o processo penal é que tem que ser filtrado pelo texto constitucional e não o contrário, razão pela qual

chega-se à conclusão de que os princípios que informam nosso sistema processual penal são mais compatíveis com os do sistema acusatório.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p.33) adverte que:

A partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.

Conclusão interessante é concebida por Aury Lopes Jr. (2015, p. 29), o autor defende que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório, “na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz”.

Contudo, o autor supracitado adverte que:

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória (LOPES JR. 2015, p. 33).

Ultrapassados esses breves apontamentos acerca do sistema processual penal vigente no país, se mostra oportuna uma análise, ainda que breve, acerca da função da prova. Sem sombra de dúvida, uma das principais funções da atividade probatória no processo é a reconstrução de um determinado fato, mais especificamente, na persecução penal, é a reconhecimento de um delito para identificar seus autores.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2015, p. 193) sustenta que “o processo penal é um instrumento de retrospectção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico e as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”.

Os mecanismos de obtenção de prova variam de acordo com o modelo processual penal adotado. Todavia, uma semelhança pode ser notada, o maior objetivo das provas é reconstruir o fato delituoso, produzindo uma narrativa que seja capaz de descrever os acontecimentos que envolvem o objeto do processo.

Na construção dessa narrativa empregam-se vários tipos de provas: testemunhal, documental, pericial etc. Em que pese o esforço processual para que seja realizada a reconhecimento do delito da maneira mais fidedigna possível, raramente esse objetivo é alcançado. Daí surge uma discussão antiga no âmbito do processo em geral, trata-se do embate que envolve os que teimam em buscar uma verdade material ou real e aqueles que sabem que essa é inatingível, de modo que deve ser aceita a verdade processual.

Sobre o tema, preciosos são os alertas de Alexandre Morais da Rosa (2016):

Sabe-se que o discurso da verdade real é acolhido de boa-fé por muitos, preocupados em não condenar um inocente e descobrir o que de fato ocorreu. A questão é que o discurso da verdade real traz consigo o rompimento das barreiras e limitações legais em nome do resultado.

Essa é uma das razões pela qual tem se defendido a necessidade da superação da busca pela verdade real, é certo que na busca desse mito muitas arbitrariedades foram perpetradas. Em tempos nos quais a confissão era considerada a rainha das provas, torturas e métodos cruéis eram empregados pelos agentes da lei, com uma verdadeira violência institucionalizada que era legitimada por crenças e mitos.

Sobre o tema, Eugênio Pacelli (2015, p. 294) leciona que:

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial [...] O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser objeto da jurisdição penal. Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros [...].

Assim, podemos dizer que a busca pela verdade real anda de mãos dadas com os métodos adotados no sistema inquisitorial e o mais curioso é que até mesmo com os máximos esforços essa verdade se mostrava, na maioria das vezes, inalcançável.

Em seu interessante estudo intitulado “A verdade real do Direito e a Ficção da Literatura”, Douglas Ceccagno (2015) nos brinda com um ensaio acerca da utilização do conceito de “verdade real” na Literatura.

O autor supracitado (CECCAGNO, 2015, p. 286) observa que:

[...] no âmbito da Literatura, o mundo-em-si não existe a não ser a partir da sua representação literária, seja ela narrativa, lírica ou dramática. Ou seja, enquanto o Direito, e especialmente o Direito Penal, pretende reconstituir o fato por trás do relato, o fato da Literatura só ganha existência no relato, ou, por outra, a própria ficção é que é o objeto a ser desvendado.

Em seguida, o autor analisa as possibilidades de verdade que a Literatura revela, concluindo que a literatura não deve nada à verdade real, tendo em vista que esta pressupõe uma organização externa e valorativamente superior ao discurso. Assim, para o autor, há uma maior aproximação da literatura com a *verdade formal*, na medida em que esta depende de uma construção coerente entre os elementos que compõem a narrativa (CECCAGNO, 2015, p. 291).

Conforme apontamos anteriormente, a Constituição Federal de 1988, norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, que deve nortear todas as demais leis que integram nosso sistema jurídico, contemplou uma série de direitos e garantias próprias de um sistema acusatório.

Portanto, a partir de uma filtragem constitucional, é claro e evidente que o objetivo de um processo penal cujo modelo é o acusatório, é alcançar uma verdade formal, termo comumente utilizado pelos juristas que equivale a uma narrativa dos fatos obtida através do respeito aos direitos e garantias processuais.

Nesse contexto, princípios como a vedação da prova ilícita, respeito ao contraditório e a ampla defesa, livre convencimento motivado etc. devem ser respeitados. Sobre o tema, citamos mais uma vez o professor Lênio Streck (2013), que chama atenção para os perigos de interpretações equivocadas de princípios como o do livre convencimento (que deve ser motivado conforme determina de forma expressa o artigo 93, IX da Constituição Federal):

O ônus não está em dizer porque se convenceu de tal ou qual maneira, mas, sim, em mostrar que a interpretação mais adequada para hipótese só pode ser aquela que se apresenta, uma vez que houve efetiva suspensão dos pré-conceitos e que a resposta oferecida é uma resposta efetivamente jurídica (e não moral, econômica, política etc.).

## 5 SUAS MEMÓRIAS SÃO CONFIÁVEIS?

Nesse contexto, *Black Mirror* nos brinda como uma série de inquietações sobre os efeitos do uso das novas tecnologias na vida humana, mas, ao mesmo tempo, nos

desperta para a necessidade de discutir questões que apesar de antigas se mostram cada vez mais contemporâneas.

Dentre essas questões, se destaca a fragilidade da prova testemunhal, que pode ser percebida de forma quando contrastada com o paradoxal aprimoramento da memória humana retratado na ficção.

O uso da memória como evidência pode ocasionar uma série de impactos negativos na marcha processual, bem como pode implicar em sérias ofensas aos princípios que norteiam o devido processo legal, na medida em que apresenta um alto grau de incerteza.

Desse modo, dadas as insuficiências da memória humana, os depoimentos colhidos não podem ser encarados como uma representação fiel dos fatos presenciados, devendo ser interpretados como uma narrativa construída de acordo com as impressões da pessoa que relata.

Essa reconstrução dos fatos, segundo Howe e Knott (2015), é determinada de acordo com o que as experiências que a pessoa já vivenciou e ainda é influenciada por suas expectativas e por seu estado emocional. O autor esclarece que essas informações são integradas ao que já foi assimilado pela memória de longo prazo ou pela memória autobiográfica de quem recorda.

A lembrança de um fato também pode ser alterada, dependendo do interlocutor, assim, a narrativa de um mesmo acontecimento é feita de forma diversa quando contada a um amigo ou um policial.

Dado que o conteúdo de nossas memórias para experiências envolve a manipulação ativa (enquanto codificadas), integração com informação pré-existente (durante a consolidação) e a reconstrução (durante a recuperação) dessa informação, a memória é, por definição, falível, no melhor cenário, e não-confiável, no pior (HOWE; KNOTT, 2015, p.634, tradução nossa).

Os seus fatores de risco só se ampliam nos estudos dedicados às “falsas memórias” que podem ser definidas como “recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunho. A interpretação equivocada de um acontecimento também pode desencadear esse processo” (ÁVILA; 2017; p 1).

Mesmo sendo relevante, é necessário que o tema desperte maior interesse da produção jurídico-brasileira. (ROSA, LOPES Jr, 2017). A memória, para o sistema jurídico brasileiro, atua no processo como uma prova de um fato ocorrido há meses ou mesmo anos. O que não deixa de surpreender a mais corriqueira convicção, capaz de compreender que a memória, especialmente no ritmo moderno, movimentado e repleto de informações, é incapaz de recordar feitos ocorridos no dia anterior, ou até mesmo eventos situados no mesmo dia.

Tanto de forma interna quanto externa, a memória de um determinado evento pode ser alterada na mente de um indivíduo. A primeira forma ocorre com o esquecimento e omissão de detalhes. Mesmo de forma comissiva ela pode suceder, quando uma pessoa não se recorda direito de um fato, ou quando a simples reinterpretção, ocasionada pelos processos naturais responsáveis pelo armazenamento da memória no cérebro, causa ilusões de memória. Percebe-se, nesse caso, a confusão tomar conta dos fatos lembrados pelo indivíduo. (HOWE; KNOTT, 2015)

Essa forma, chamada de “endógena”, por si só já representaria um problema no uso da memória como prova judicial, porém a forma externa pode representar um risco ainda maior. Também conhecida como “exógena”, ela pode ser observada em um interessante experimento conduzido por Elizabeth Loftus (COSTANDI, 2017). O experimento consiste em exibir o vídeo da colisão de dois automóveis para três grupos diferentes. Após a sua exibição, são feitas três perguntas similares, variando apenas a utilização do verbo. Os entrevistados indagados sobre “a velocidade dos carros quando eles se chocaram” estimaram em suas respostas velocidades maiores do que quando o verbo *bater* foi empregado. Para um terceiro grupo, questionado com a expressão *entrar em contato*, as estimativas foram as mais baixas. (LOFTUS, 2017)

Inclusive, as pessoas que responderam à pergunta com o verbo “chocar” lembraram ter visto vidros estilhaçados, mesmo que de fato isso não fosse mostrado no vídeo. Em outro experimento, a pesquisadora induz um grupo a ter memórias sobre acontecimentos que não viveram. Entrevistados, os participantes do grupo recordam de terem se perdido em um shopping quando crianças. (COSTANDI, 2017).

Outro problema que pode afetar a memória de um determinado acontecimento é o fenômeno conhecido como “viés de raça” (*cross-race bias*). A familiaridade com traços

faciais de um determinado grupo étnico é capaz de influenciar a lembrança e gerar uma falsa percepção de acontecimentos pretéritos (LACY; STARK, 2017).

Não há, portanto, como a memória não ser formatada com base em experiências prévias. Destarte, se alguém espera que certas coisas irão acontecer durante um crime ou que um certo grupo de pessoas está mais ou menos envolvida em crimes, isso provavelmente se refletirá em como as memórias refletem esses acontecimentos.

Assim, há que se considerar um tanto quanto preocupante o uso da prova testemunhal nos processos judiciais, nos casos de testemunhas oculares, vítimas de abuso sexual ou testemunhos de crianças. Apesar desses três tipos particulares de testemunhas, lhes é comum serem influenciados pelo modo de se perguntar. A mera forma de se fazer o questionamento pode lhes alterar a percepção de um acontecimento passado.

Ademais, dependendo do acontecimento e do trauma sofrido, memórias podem ser criadas, o que pode levar a condenação de um inocente. Semelhantes distorções na memória arriscam a condução do processo, especialmente o penal, que lida com a liberdade do indivíduo e com a sua imagem para a sociedade. A condenação ou mesmo as acusações de suspeita são difíceis de serem removidas da vida de um indivíduo.

Importante ressaltar que existem outros fatores relacionados à memória humana que induzem a erros quando pensamos em memória. Um deles é o “viés de disponibilidade”, que leva a mente humana a reconstruir o passado dando uma importância injustificada às memórias mais vívidas, que sendo mais disponíveis, são mais fáceis de recordar, distorcendo gradualmente nossa imagem do mundo por distorcer nossa percepção dos acontecimentos passados e do ambiente (Mlodinow, 2009)

Mlodinow (2009) traz interessante exemplo do viés de disponibilidade em uma simulação de tribunal do júri. Em linhas rápidas, o estudo consistiu em dar duas doses iguais de provas absolventes e incriminatórias ao júri com relação à uma acusação em que um motorista estava bêbado quando bateu em uma caminhão de lixo. Porém, em um grupo, as provas absolventes recebidas pelo júri foram mais amenas (“O dono do caminhão de lixo afirmou no interrogatório que seu caminhão era difícil de ver à noite, por ser cinza”), enquanto que o outro grupo recebeu as mesmas provas, porém de uma forma mais vívida (“O dono do caminhão de lixo afirmou no interrogatório que seu

caminhão era difícil de ver à noite, por ser cinza. Ele lembrou que seus caminhões são cinza ‘porque isso esconde a sujeira. O que você queria, que eu os pintasse de cor-de-rosa?’.”

E o mesmo foi feito em relação às provas incriminatórias. O resultado é que o lado que recebeu a apresentação mais vívida das provas sempre prevaleceu, e quando houve retardo de 48 horas antes da apresentação do veredicto, esse efeito foi ainda maior, pois o tempo decorrido levaria a uma maior dificuldade de recordar o acontecimento.

No Brasil e no mundo, são inúmeros os casos de inocentes condenados por conta de provas testemunhais. Após o cumprimento de boa parte da pena, um outro tipo de prova, enfim, pode inocentá-los.

Outro meio de prova que também é muito propício a erros é o reconhecimento de pessoas e coisas que está disciplinado no artigo 226 do Código de Processo Penal, sendo muito utilizado tanto na fase pré-processual quanto no processo propriamente dito.

Entretanto, apesar de sua ampla utilização, a doutrina tece muitas críticas a maneira como o procedimento de reconhecimento é realizado, tendo em vista que trata-se de um meio de prova suscetível de sofrer influências como: o tempo em que a vítima esteve em contato com o agente do delito; a natureza do crime e a gravidade dos fatos; a existência de violência ou grave ameaça; o lapso temporal entre a data do fato e o momento do reconhecimento/depoimento etc. (MAZZONI, 2005. p. 81).

Desse modo, se por algum motivo o ofendido ou a testemunha não conseguiu, no momento da prática delituosa, captar a imagem do suspeito – devido ao efeito “foco na arma” (LOPES JR, 2007, p. 638) ou porque ele estava com o rosto encoberto por touca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com aquele envolvido, dentre outras diversas moduladoras que concorrem para piorar a qualidade da identificação, a vítima poderá fixar na memória a fotografia apresentada na fase pré-processual, o que poderá induzir a um posterior reconhecimento pessoal.

Um caso chocante que serve para ilustrar essa realidade foi protagonizado por um homem que cumpriu pena durante dez anos pelo crime de estupro, tendo sido condenado única e exclusivamente com base no reconhecimento feito pela vítima, tendo em vista que a perícia realizada constatou não haver DNA dele na cena do crime.

A Defensoria Pública do Rio Grande do Sul interpôs recurso (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 128096) em favor do condenado, requerendo o reconhecimento de

erro judiciário na condenação tendo em vista que a perícia técnica realizada não encontrou o DNA do acusado na cena do crime, tendo sido identificado pelo exame pericial o sangue de um corréu no processo.

Assim, através de uma mancha de sangue extraída de uma colcha de cama que estava no local, o Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul identificou que o DNA encontrado não era do condenado, mas de outro corréu que havia admitido a participação no delito.

Após intensos debates, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a amostra de DNA deveria prevalecer sobre o procedimento de reconhecimento do acusado. Ademais, em seu voto, o Ministro Luiz Fux, acertadamente, lembrou que havendo dúvida, para além do razoável, essa deve se operar em favor do réu.

Contudo, é interessante apontar que em sentido contrário, o Ministro Alexandre de Moraes votou pelo desprovemento do recurso e pela manutenção da condenação sob o argumento de que o réu foi reconhecido pela vítima e por sua mãe como autor dos delitos de roubo e estupro, razão pela qual as amostras de DNA não poderiam prevalecer sobre o reconhecimento e os depoimentos prestados pelas vítimas.

A posição adotada pelo referido ministro evidencia que ainda há um apego muito grande ao valor da prova testemunhal, quando na verdade este meio probatório deveria ser visto com mais cautela e ponderado com outros elementos constantes no processo, de modo que jamais deveria ser elevado à categoria de verdade absoluta.

Nesse sentido, Marcos Camargo, presidente da Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais, comentou a decisão ressaltando as características que tornam as provas periciais mais confiáveis do que as provas testemunhais: “A análise científica isenta e equidistante das partes envolvidas no processo feita pelos peritos criminais é indispensável para a devida condução dos processos de natureza criminal. A prova material é desprovida da carga subjetiva das provas circunstanciais e testemunhais”.

Casos como esse demonstram que é necessário que os operadores do direito estejam mais atentos a importância dos estudos sobre o processo de construção da memória para o direito processual, estudos esses que ainda são desenvolvidos de forma incipiente no direito nacional.

Sobre o tema, a pesquisadora norte-americana Elizabeth Loftus tem se destacado com seus trabalhos sobre a memória humana no campo da psicologia cognitiva.

Creditam-se a ela pesquisas e participações decisivas em julgamentos nos EUA que tem despertado o interesse provocado uma crescente mudança de percepções dos juristas sobre o uso da memória. No estado de Nova Jérsei, por exemplo, a suprema corte adotou a regra segundo a qual os jurados devem ser alertados sobre a natureza imperfeita da memória humana e da falibilidade da testemunha ocular no processo.

De acordo com levantamentos realizados (HOWE; KNOTT; 2015), é comum que agentes envolvidos no processo legal, como polícia, juízes e jurados, compartilhem crenças ingênuas sobre a memória, divergentes das orientações científicas. A falta de entendimento sobre o funcionamento da memória gera a crença, por exemplo, de que memórias detalhadas são sempre precisas e confiáveis. O contrário é demonstrado pelas pesquisas, ao concluírem que memórias recontadas pelo indivíduo de forma confiante podem ser imprecisas e memórias reais nem sempre são confiantes e detalhadas (LACY; STARK; 2017).

Memórias de casos traumáticos, violentos e com altos níveis de estresse, podem por vezes ser desconsideradas pelas autoridades envolvidas no caso, justamente por não lhes ser comum narrativas detalhadas e confiantes. Por esse motivo, 86% das agressões sexuais não chegam nem a ser processadas (LACY; STARK; 2017).

No Brasil, onde se adota o sistema de oitiva de testemunhas, muito similar ao modelo norte-americano, é permitido que tanto a acusação quanto a defesa façam seus questionamentos de forma direta às testemunhas. A diferença entre os dois sistemas é que o brasileiro não limitou a participação do juiz, tendo este também a faculdade de complementar o processo de inquirição acerca de pontos ainda não esclarecidos.

De acordo com o texto do art. 212 do Código de Processo Penal, “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. Percebe-se, no dispositivo legal, uma limitação sobre o tipo de pergunta que pode ser feita à testemunha durante o processo.

Porém, há uma imprecisão para se definir que tipos de perguntas são indutoras de respostas. Uma imprecisão que, independente de método, persiste, visto que muitas vezes o que pode induzir a criação de uma falsa memória é algo tão sutil e de forma inconsciente que nem poderia ser percebido pelas partes no curso do processo (ÁVILA, 2017).

Recomenda-se, para tanto, cuidados como a análise profunda sobre métodos e técnicas que previnam a formação de falsas memórias. E, mesmo que não se cumpra dessa forma “efetivamente impedir erros judiciais traduzidos em insuportáveis privações de liberdade” (ÁVILA, 2017, p.1), pelo menos não se descuida em minimizá-los.

Portanto, é imprescindível que os operadores do direito se conscientizem sobre a necessidade de aplicação de técnicas de colheita de provas que sejam aptas a reduzir os riscos de se induzir a produção de falsas memórias. Registre-se que nos crimes que envolvem casos de abuso infantil, já está difundida a prática de entrevistas com profissionais especializados, capazes de dialogar com a criança sem que sejam realizadas perguntas que poderão contribuir para a formação de uma falsa memória.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, a persecução penal visa proteger os direitos fundamentais do réu contra dos poderes públicos, policial e judicial. Prevalece, então, a garantia do réu contra qualquer juízo condenatório na ausência de provas plenas e legais. Na contramão dessas garantias, ainda se faz presente o mito da verdade real.

Agentes judiciais atuantes no processo penal perseguem-no como modelo de justiça (LOPES JR., 2016, p. 34). No encontro desses anseios, os recursos tecnológicos mostram-se eficientes na busca da tão pretendida verdade real no processo penal.

Desse modo, *Black Mirror* desperta nossa atenção para a necessidade de se analisar os riscos que as novas tecnologias podem provocar no âmbito do processo penal.

O episódio da série *Black Mirror* mostra-se também oportuno para refletir sobre a proteção das mais variadas dimensões dos direitos da personalidade de acordo com as exigências impostas pela modernidade. Constata-se, no conjunto de normas cíveis a necessidade de ampliação do conceito de privacidade. Antes, restrito à esfera da intimidade da pessoa humana, ele agora passa a proteger dados e informações pessoais (SCHREIBER, 2014, p. 129).

Os episódios escolhidos para análise ainda trazem, de forma privilegiada, a oportunidade de se questionar como os mecanismos da memória funcionam. A partir desses questionamentos, que envolvem desde a forma que nos recordamos (ou esquecemos)

fatos que ocorrem em nosso cotidiano, até mesmo às lembranças utilizadas como meio de prova em um processo, que podem definir um julgamento.

A ignorância acerca da importância das memórias tem como consequência prática a proliferação de decisões baseadas em crenças falsas e em depoimentos duvidosos.

Assim, dada a importância da prova testemunhal para o processo em geral, é necessário ter em vista que não é possível fazer com que a memória seja completamente acurada e nem tampouco aboli-la do processo. Surge, então, a necessidade de que os atores que compõem o processo estejam mais atentos às peculiaridades que envolvem o funcionamento da memória humana e o processo de reconhecimento de um fato.

A partir dessa percepção será mais fácil lidar com as imprecisões de provas que dependem da memória humana, como é o caso da prova testemunhal e do procedimento de reconhecimento de pessoas e coisas.

Além disso, através dessa conscientização acerca da falibilidade de memória, os operadores do direito estarão alertas para a importância de se priorizar outros meios de prova que sejam capazes de reconstruir os fatos que interessam ao processo de forma mais precisa.

Enfim, a superação das crenças que os atores policiais, tais como policiais, juízes e jurados possuem sobre as memórias é de suma importância para evitar que erros judiciais sejam cometidos, sendo necessárias para manter a confiança no sistema jurídico e, ainda, para garantir que os direitos e garantias processuais constitucionalmente tutelados sejam respeitados.

Afinal, apesar de fato constantemente olvidado pelos operadores do Direito, como aponta (Brainerd, 2013): “A ciência da memória é tão central para o Direito quanto a biologia para a medicina.”

## REFERÊNCIAS

BALDASSO, F; ÁVILA, G. N. A. Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP)*, v. 4, p. 317-409, 2018.

BERNARDO, Gustavo. *O livro da metaficção*. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2010, 278 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 219 p.

BRAINERD C. J. Murder must memorize. *Journal of Memory and Language*. 2003; p. 547-555. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3883810/?report=classic>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05 jan. 2019.

BROWN, Michelle; RAFTER, Nicole. *Criminology goes to the movies: Crime theory and popular culture*. Nova Iorque: New York University Press, 2011. 240 p.

CABRERA, Julio. *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2012. 400 p.

CECCAGNO, Douglas. A verdade real do direito e a ficção da literatura. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, RDL, v. 1, n. 2, p. 285-299, jul.-dez. 2015. Doi: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.12.285-299>.

DI GESU, Cristina. O Reflexo da Falsificação da Lembrança no Ato de Reconhecimento. *Boletim Informativo IBRASPP*. Ano 03, nº 04, 2013. Disponível em: [http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Boletim04\\_IBRASPP.pdf](http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Boletim04_IBRASPP.pdf). Acesso em 05 jan. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 201 p.

GLAUBER, Willians. *Os bastidores das séries antológicas e como elas funcionam*. Disponível em: <http://www.saraivaconteudo.com.br/Materias/Post/59657>. Acesso em 23 jul. 2017

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935. 128 p.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L & PM Editores, 2016. 464 p.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. *Teoria crítica e literatura: a distopia como ferramenta de análise radical da modernidade*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/literatura/article/viewFile/21757917.2013v18n2p201/25995>. Acesso em: 10 set. 2017.

JACOBY, Russell. *Imagem imperfeita: pensamento utópico para uma época antiutópica*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, 285 p.

LOFTUS, Elizabeth; PALMER, J.C. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, 1974, p. 585-589.

LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. In: *Revista Scientific American*. Ano 3, n. 277, set. 1997.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 685 p.

LOPES Jr.. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. 1160 p.

LUCENA, Jorge Martínez; BARRAYCOA, Javier. *Black Mirror: Porvenir y tecnología*. Barcelona: Editorial UOC, 2017. 182 p.

MARÍ, Enrique E. *Derecho y literatura, algo de lo que si se puede hablar pero em voz baja*. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142007.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

MARTINEZ, Renato de Oliveira; OLIVO, Luiz Carlos Cancellier. *Direito e Cinema: Repercussões no ensino jurídico*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=54> Acesso em: 01 set. 2018.

MAZZONI, Giuliana. Crimes, Testemunhos e Falsas Recordações. In: *Revista Viver Mente & Cérebro*. São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *O papel do novo juiz no processo penal: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 230 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 312 p.

OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2015. 1047 p.

POMPEU, Ana. Perícia Técnica: Exame de DNA pode ser usado para basear absolvição, decide Supremo. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/exame-dna-usado-basear-absolvicao-decide-stf>. Acesso em 27 dez. 2018.

REIS PINTO, Sandra Mônica. *Ficção Científica, Direito e Ética*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/6500-6499-1-PB.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018

ROSA, Alexandre Moraes da. Limite penal: Para você que acredita em verdade real, um abraço. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>. Acesso em 10 dez. 2018.

SCHWARTZ, Germano. *Direito e Literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico*. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1c77b?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em 12 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013. 248 p.