

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

RAFAEL WOBETO PINTER

PRECISAMOS FALAR SOBRE AS LEADING QUESTIONS, NÃO PRECISAMOS?

Porto Alegre

2016

RAFAEL WOBETO PINTER

PRECISAMOS FALAR SOBRE AS LEADING QUESTIONS, NÃO PRECISAMOS?

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo.

Porto Alegre

2016

RAFAEL WOBETO PINTER

PRECISAMOS FALAR SOBRE AS LEADING QUESTIONS, NÃO PRECISAMOS?

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: Porto Alegre, ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
UFRGS

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin
UFRGS

With a little help from my friends.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Edegar e Dulci, por sua simples mas essencial colaboração para que este trabalho fosse realizado, consistente no sustento e alimentação do graduando. Sem sustento, não há pesquisa, e acabamos não falando sobre *leading questions*. Agradeço, ainda, ao meu irmão, Tiago, pela revisão das traduções e por ter me dito as suas impressões sobre o trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Eduardo Scarparo, pela orientação atenta e pelas várias leituras do trabalho — extenso, diga-se de passagem — que se dispôs a fazer. Além do mais, agradeço imensamente pela liberdade que sempre me oportunizou, confiança que eu espero ter retribuído por meio de uma monografia séria e aprofundada.

Agradeço ao Eduardo Néri por ter me apresentado o tema, sempre realizando importantes apontamentos sobre a pesquisa. Agradeço, nesse compasso, ao Grupo de Pesquisa Processo e Argumento por todos os debates e pelo imenso coleguismo.

Agradeço ao meu amigo e escritor Tiago Martins por ter — através de sua dissertação do mestrado em Letras — me feito pensar e repensar a ideia (genial, acredito) dos interlúdios, trazendo-a para o meu trabalho.

Agradeço, ainda, aos colegas Augusto Sperb Machado e Mártin Gawski por terem me fornecido livros essenciais para a realização do trabalho, ressaltando, inclusive, que o Augusto o fez diretamente das bibliotecas de Paris. Agradeço, por fim, aos amigos e amigas da 5ª Seção, da Revista *Res Severa Verum Gaudium* e do TozziniFreire Advogados por me transmitirem confiança e força de vontade para a realização deste trabalho.

Concluo os agradecimentos com uma pequena frase do Manoel de Barros que ousei adaptar para a ocasião: *o melhor de mim sou vocês!* Muito obrigado.

*“Estou ciente de não ter ciência
— foi um sabiá quem me contou —
e andarilhar ruas de mãos dadas com esta ausência.*

*Sou tão desútil com a minha consciência...
É uma cruz que, se pesa, não salva.
A mim me parece, no fim, uma penitência.”*

(Rafael Pinter, *Ressaca*, p. 62)

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto as *leading questions* no direito estadunidense e a proibição, estabelecida pelo artigo 459 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, de formular perguntas que puderem induzir a resposta. O estudo consiste na análise do tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas às *leading questions* e na comparação entre esse tipo de questionamento e as perguntas indutivas do direito brasileiro, tencionando, sobretudo, compreender a proibição prevista no artigo 459 do Código de Processo Civil por meio da determinação de quais seriam as perguntas que podem induzir a resposta e de que modo induzem o respondente, com base não apenas na experiência norte-americana com as *leading questions* mas também nos estudos da semiótica e da psicologia comportamental. A monografia ainda se propõe a estabelecer determinados parâmetros segundo os quais os operadores do Direito possam observar a proibição de formular perguntas indutivas, contribuindo para diminuir, em alguma medida, o grau de discricção judicial que a proposição normativa do artigo 459 impõe quando de sua aplicação.

Palavras-chave: Processo Civil. Direito brasileiro. Direito estadunidense. *Leading questions*. Perguntas indutivas. Prova testemunhal. Inquirição. Audiência.

ABSTRACT

The object of the present work is the usage of leading questions in American Law and the prohibition of formulating questions that may induce response established by Article 459 of the Brazilian Civil Procedure Code promulgated in 2015. The study consists in the analysis of the treatment given by the jurists and the case law of United States to leading questions and the comparison between this type of questions with the inductive questions of Brazilian Law, intending to, above all, understand the prohibition of the Article 459 of the Civil Procedure Code through the determination of what are the questions that can induce response and how they induce the respondent based in the American experience with leading questions, studies of semiotics and behavioral psychology. The study also aims to establish certain parameters according to which the legal professionals can observe the prohibition to formulate inductive questions, helping to reduce, to some extent, the degree of judicial discretion that the rule of the Article 459 imposes upon its application.

Keywords: Civil Procedure. Brazilian Law. American Law. Leading Questions. Inductive Questions. Testimonial Evidence. Examination. Trial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 AS PERGUNTAS E O PROCESSO	19
2.1 A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL.....	20
2.2 A PRODUÇÃO DA PROVA ORAL NO PROCESSO CIVIL NORTE AMERICANO E BRASILEIRO.....	24
2.2.1 O processo civil norte-americano.....	25
2.2.2 O processo civil brasileiro.....	30
2.3 LINGUAGEM E PROVA ORAL.....	34
2.3.1 Sintática, Semântica e Pragmática das Questões.....	34
2.3.2 Alguns estudos da Psicologia Comportamental.....	43
3 OBJECTION: LEADING! AS LEADING QUESTIONS E O DIREITO ESTADUNIDENSE	51
3.1 COMPREENDENDO AS LEADING QUESTIONS.....	52
3.1.1 O que são Leading Questions?.....	52
3.1.2 Leading on Direct Examination.....	56
3.1.3 Leading on Cross-examination.....	63
3.2 PRA NÃO DIZER QUE NÃO FALEI DAS FLORES: TIPOLOGIAS DE QUESTÕES.....	68
3.2.1 Tipos de Questions e Graus de Sugestividade.....	68
3.2.2 O caráter relativo das Leading Questions.....	77
3.3 O CONTROLE DAS LEADING QUESTIONS.....	82
4 AS PERGUNTAS QUE POSSIVELMENTE INDUZEM A RESPOSTA E O DIREITO BRASILEIRO	87
4.1 O ARTIGO 459 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	88
4.2 A PRÁTICA FORENSE ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO.....	99
4.3 PARA ALÉM DO TESTEMUNHO E DA TESTEMUNHA.....	106
4.4 O CONTROLE DAS PERGUNTAS QUE POSSIVELMENTE INDUZEM A RESPOSTA.....	110
4.4.1 Compreendendo a proibição do caput do artigo 459.....	114
4.4.2 O controle propriamente dito.....	119
5 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

Nós precisamos falar sobre as *leading questions*, não precisamos?

A pergunta pode ser deveras indutiva, contudo, bastante ilustrativa, porquanto o Novo Código de Processo Civil brasileiro alterou as regras relativas ao modo de inquirição das testemunhas, prevendo, em seu artigo 459, que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, sem a intermediação do juiz. Ainda no mesmo artigo, o Novo Código proíbe a formulação de perguntas que puderem induzir a resposta, além de proibir, no § 2º do artigo 459, a formulação de perguntas capciosas.

Nessa senda, ao estabelecer a inquirição direta de testemunhas, bem como proibir a realização de perguntas que puderem induzir a resposta, o processo civil brasileiro adquire traços comuns com as regras sobre prova do direito norte-americano, cujo modelo se caracteriza pela inquirição direta da testemunha (*cross-examination*, *direct examination* e *reexamination*) e, consequentemente, pelo maior contato com as chamadas *leading questions*.

No direito norte-americano, a Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence* determina que as *leading questions* não devem ser empregadas na *direct examination*, exceto quando necessárias para desenvolver a inquirição da testemunha. Ademais, a Regra também estabelece que ordinariamente as *leading questions* podem ser utilizadas na *cross-examination* ou quando a parte convoca, na *direct examination*, uma testemunha hostil, uma parte adversa ou uma testemunha que se identifique com uma parte adversa.

Tendo isso em mente, as proposições normativas relativas às *leading questions*, no direito estadunidense, e às perguntas que puderem induzir a resposta, no direito brasileiro, parecem não comportar maiores problemas, haja vista que seu objetivo é aparentemente claro: proibir ou permitir (no caso da *cross-examination*) o emprego de questões colocadas ou forjadas de uma forma tal que sugerem a resposta procurada pela pessoa que realiza a inquirição.

No entanto, conforme observa a doutrina norte-americana, maiores problemas surgem porque não há consenso nem clareza a respeito de quais tipos de questões podem induzir a resposta nem como o fazem. Dessa forma, dizer tão somente que uma questão é proibida porque sugere a específica resposta não estabelece maiores parâmetros para a aferição de tal sugestividade, tornando-se essencial aprofundar o estudo com a análise das questões geralmente formuladas na prática forense e por meio da relação entre tais tipos de questões.

Considerando, portanto, a ampla experiência norte-americana com as *leading questions* e com a inquirição direta da testemunha, sem a intermediação do juiz, é necessário estabelecer um diálogo com o direito estadunidense para verificar quais abordagens e práticas podem ser introduzidas no direito brasileiro, objetivando essencialmente compreender a proibição estabelecida no artigo 459 do Novo Código de Processo Civil e torná-la aplicável aos operadores do Direito.

Propondo-se a isso, o estudo está estruturado em três partes.

Na primeira, lançarei as bases do trabalho por intermédio da relação entre as perguntas e o processo. Para tanto, abordarei a oralidade e a produção da prova testemunhal no processo civil norte-americano e brasileiro, além de analisar alguns estudos da semiótica e da psicologia comportamental, ramos do conhecimento que indiscutivelmente estão relacionados com a matéria, haja vista que, em se tratando de um fenômeno fático, as *leading questions* precisam ser observadas não apenas à luz da Ciência Jurídica — assumida a sua controversa existência —, como também por meio dos demais ramos do conhecimento.

Na segunda, analisarei de forma aprofundada as *leading questions* no direito estadunidense, bem como as figuras da *cross-examination* e da *direct examination*, com o fito demonstrar as particularidades do sistema processual norte-americano no que diz respeito à prova testemunhal. Na mesma parte, estudarei as chamadas tipologias de *questions*, refletindo, ainda, nesse contexto, sobre a “qualidade relativa” das *leading questions*, conforme proposto por Melilli. Por fim, verificarei como se dá o controle das *leading questions* no direito estadunidense.

Na terceira e última parte, abordarei a mudança introduzida pelo artigo 459 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 na inquirição de testemunhas, destacando alguns aspectos práticos anteriores à nova Lei Processual Civil. Para além do testemunho e da testemunha, analisarei também, de maneira breve, outras situações em que se coloca o debate a respeito das perguntas indutivas, finalizando o trabalho por intermédio do estudo da forma pela qual se deve dar o controle, no direito brasileiro, das perguntas que puderem induzir a resposta, momento no qual pretendo utilizar todos os conhecimentos colhidos ao longo da monografia a fim de compreender a proibição inserta no artigo 459 do Novo Código.

Além de tais partes, o trabalho possui *interlúdios*, que procuram verdadeiramente ilustrar, por meio de obras de arte, o tema que está sendo debatido. De modo semelhante ao que é intentado em uma ópera, os interlúdios visam prender o leitor nos momentos de silêncio que sucedem o fim de um capítulo e antecedem o início de outro. Além disto, a ideia essencial é demonstrar que a matéria estudada na presente monografia é amplamente abordada no meio artístico, de maneira que o tema não possui apenas relação com a psicologia comportamental e a semiótica mas também com as diversas artes.

Desta feita, inicio o trabalho com uma pergunta altamente sugestiva e, após uma incursão pelo direito norte-americano, pela psicologia comportamental e pela semiótica, espero (tenho a esperança de), ao fim dele, conduzir o leitor a uma resposta afirmativa. Afinal, não precisamos?

INTERLÚDIO

I wonder how many times you've been had
And I wonder how many plans have gone bad
I wonder how many times you had sex
I wonder do you know who'll be next?
I wonder, I wonder, wonder I do.

I wonder about the love you can't find
And I wonder about the loneliness that's mine
I wonder how much going have you got
And I wonder about your friends that are not
I wonder, I wonder, wonder I do.

I wonder about the tears in children's eyes
And I wonder about the soldier that dies
I wonder will this hatred ever end?
I wonder and worry, my friend
I wonder, I wonder, wonder don't you?

I wonder how many times you've been had
And I wonder how many dreams have gone bad
I wonder how many times you had sex
And I wonder do you know who'll be next?
I wonder, I wonder, wonder I do.

(Sixto Rodriguez, *I Wonder*)

2 AS PERGUNTAS E O PROCESSO

No presente capítulo, pretendo lançar as bases do trabalho, abordando a relação entre as perguntas e o processo.

Desta forma, estudarei a oralidade no processo civil, tendo em vista que, em sua grande maioria, as perguntas são feitas oralmente, bem como a produção da prova oral no processo civil norte-americano e brasileiro, apontando suas principais características e seus traços comuns ou distintivos.

Por derradeiro, aprofundarei o estudo linguístico das questões por meio da análise bibliográfica sobre a sintática, a semântica e a pragmática das perguntas na língua inglesa e na língua portuguesa, encerrando o capítulo com uma breve análise de estudos realizados pela Psicologia Comportamental acerca da formulação de questões, sugestividade e influência de aspectos externos na autodeterminação do sujeito, com o objetivo de demonstrar o perigo oferecido pelas *leading questions* e pelos mais ínfimos detalhes que sequer são percebidos conscientemente pelo indivíduo.

2.1 A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL

Na linguagem oral estão compreendidos os fenômenos da *fala* e da *língua*. A *fala* apresenta-se como atividade do indivíduo que produz “signos sonoros” ou “imagens auditivas” integrantes do segundo fenômeno, a *língua*, que é considerada um verdadeiro fenômeno social¹. O processo surgiu, em seus primórdios, como feitiço oral e gestual². Dessarte, a oralidade deve ser vista, num primeiro momento, como “forma de realização do ato processual, ou seja, designa o modo verbal da prática dos atos (critério)”³.

A oralidade tinha correspondência total com o procedimento, único modo de realização dos atos no processo, isto é, por meio verbal. No princípio, portanto, era o verbo⁴. Essa característica marcou o estágio primitivo de monopólio da oralidade, compreendida como *verbalidade*. Com o passar do tempo, contudo, os procedimentos puramente orais tornaram-se notícia histórica ou fonte arqueológica de estudo⁵.

Além do mais, destaco que “a oralidade não se confunde com a oratória, ou seja, não indica apenas a prática de atos orais no processo”⁶. Justamente por isso a oralidade não deve ser interpretada como “a ditadura da oratória, do verbo ou da fala, tampouco impede a documentação de determinados atos processuais (como a sentença ou, pelo menos, sua parte dispositiva)”⁷. Com efeito, cumpre observar que não existem mais procedimentos puros, sejam orais ou escritos, sendo todos, atualmente, *mistos*, desequilibrando-se conforme o predomínio de um ou de outro modo de realização dos atos⁸.

Vista como um princípio, a oralidade “é norma informadora de outras regras e (sub)princípios, como a identidade física do juiz, a imediatidade, a concentração dos atos (na

¹ GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 16.

² CARDOSO, Oscar Valente. “A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. Porto Alegre, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. VIII, n. 1, 2013, p. 248.

³ CARDOSO, loc. cit.

⁴ Conforme célebre expressão bíblica de João 1:1.

⁵ GUEDES, op. cit., p. 53.

⁶ CARDOSO, op. cit., p. 275.

⁷ Ibid., pp. 275-276.

⁸ GUEDES, op. cit. p. 53.

audiência em regra) e a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias”⁹. Motiva, pois, “a intervenção do juiz na produção da prova e exige a prática oral dos atos processuais (excepcionalmente à forma escrita)”¹⁰. A oralidade pode ser interpretada como um princípio otimizador da eficiência do processo¹¹.

No mesmo compasso, Guedes defende que a oralidade é princípio gerador de outros princípios ou mesmo subprincípios, por permitir a aproximação do juiz com as partes e com a prova (*imediatidade*); por exigir que o julgamento seja feito pelo mesmo juiz da instrução (*identidade física do juiz*); por realizar maior número de atos em melhor tempo (*concentração de atos processuais*); e por reunir na apelação toda a matéria recursal (*irrecorribilidade em separado das interlocutórias*)¹². Essa concepção de oralidade cindida decorre de Guiseppe Chiovenda e perpassa toda a sua obra¹³.

Dessa forma, imediatidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias seriam princípios correlatos ao princípio da oralidade, ou consecutórios. Para Wach, inclusive, “[a] ‘oralidade’ deve ser entendida como a imediatidade da percepção do material do processo pelo juiz de conhecimento. Ela dispõe que somente pode ser fundamento de uma sentença aquilo que foi percebido pelo juiz de forma imediata”¹⁴.

Guedes também afirma que o princípio da oralidade possui relação com diversos outros princípios do procedimento, tais como o princípio da publicidade, o princípio da livre convicção, o princípio da instância única, o princípio do contraditório e o princípio da preclusão.¹⁵

Nessa senda, concludo, conjuntamente com Cardoso, que “a oralidade tem um significado estrito de característica do processo (prática oral de atos) e um sentido amplo de princípio

⁹ CARDOSO, op. cit., pp. 248-249.

¹⁰ CARDOSO, op. cit., p. 249.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 82-84.

¹² GUEDES, op. cit., p. 56.

¹³ CHIOVENDA, Guiseppe. Procedimento oral, n. 74, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1938, pp. 55-58.

¹⁴ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung* apud KOCHER, Ronaldo Luiz. *O princípio da Oralidade no Processo Civil no Estado Constitucional*. 2013. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, pp. 18-19.

¹⁵ GUEDES, op. cit., p. 57.

informador e otimizador do processo (que abrange outras regras e princípios além da concretização verbal dos atos processuais)”¹⁶.

Nos sistemas de *common law*, o processo, desde as origens, “manteve-se quase impoluto, orientado, predominantemente, à concentração e imediatidade, com prevalência de atos orais realizados em audiência”¹⁷, o que pode ser percebido até hoje na matriz inglesa e no direito processual norte-americano. Ademais, outro ponto fundamental para a preservação do processo oral no modelo da *common law* “foi a existência do jurado civil neste sistema, embora quase desaparecido na Inglaterra, mas preservado ainda nos Estados Unidos”¹⁸.

Conforme ressalta Taruffo, o júri civil está presente no direito norte-americano “em um percentual de casos não desconsiderável, ainda que nitidamente minoritário”¹⁹. As razões que explicam essa sobrevivência seriam duas: o fato de o *trial by jury* constituir garantia pela VII Emenda à Constituição estadunidense; e o fato de os júris populares serem famosos pela generosidade com que estimam ressarcimentos e *punitive damages* que chegam a somas elevadíssimas, de modo que o autor de uma demanda opta pelo júri, em detrimento do chamado *bench trial* (julgamento apenas pelo juiz), na esperança de receber muito dinheiro da loteria judiciária²⁰.

Por sua vez, nos sistemas de *civil law*, “é o século XIX o momento de reascensão do procedimento marcado pela oralidade”²¹, desde o início, na França, “premido pelos ideais liberais revolucionários, até as ordenações alemã e austríaca, fruto já da evolução do processo, da maturidade das experiências anteriores e do caloroso debate que se travava em torno do tema”²². A partir “das fontes germânica e austríaca, o princípios oralistas se propagariam para outros países, espalhando sua influência em todos os continentes e sistemas processuais”²³.

¹⁶ CARDOSO, op. cit., p. 250.

¹⁷ GUEDES, op. cit., p. 26.

¹⁸ GUEDES, op. cit., p. 27.

¹⁹ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 22.

²⁰ *Ibid.*, pp. 22-23.

²¹ GUEDES, op. cit., p. 29.

²² GUEDES, loc. cit.

²³ GUEDES, loc. cit.

Dessa maneira, conforme afirma Taruffo, não se pode estabelecer que a oralidade e a escritura constituam diferenças entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, “diante da ampla presença da escrita nos processos de *common law*, e o amplo espaço que vem reservado à oralidade em vários processos de *civil law*”²⁴.

No processo civil brasileiro, em que pese o Código de Processo Civil de 1973 possuir uma grande quantidade de elementos orais, “os atos praticados oralmente são reduzidos a termo ou são facultativamente praticados na forma oral ou escrita”²⁵. Exatamente por isso, “apesar da intenção de Alfredo Buzaid, e mesmo após as reformas de 1994/2006, o processo do Código de Processo Civil de 1973 era escrito (na denominada – de forma equivocada – ‘oralidade mitigada’)²⁶. E conclui Cardoso que essa orientação segue no projeto do novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010 do Senado Federal), atual Código de Processo Civil de 2015, que estabelece um processo civil escrito, com alguns elementos de oralidade²⁷.

Para Guedes, por seu turno, o direito processual civil brasileiro caracteriza-se pelo “predomínio absoluto de sistemas mistos, que se bifurcam entre o uso da escritura e o uso da oralidade”²⁸, conforme a conveniência e a adequação dos procedimentos ao direito posto em discussão.

Tecidas essas breves considerações acerca da oralidade no processo civil, mormente por meio da comparação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, analisarei como se dá a produção da prova oral no processo civil norte-americano e brasileiro.

²⁴ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 15-16.

²⁵ CARDOSO, op. cit., p. 274.

²⁶ CARDOSO, loc. cit.

²⁷ Ibid., pp. 274-275.

²⁸ GUEDES, op. cit. p. 152.

2.2 A PRODUÇÃO DA PROVA ORAL NO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

Segundo Taruffo, “[n]a categoria das provas orais incluem-se, geralmente, diversos meios de prova”²⁹. Tais meios de prova “têm em comum o fato de consistirem em declarações orais feitas — em geral, ainda que não necessariamente — em resposta a perguntas formuladas no curso de um interrogatório *ad hoc*”³⁰, declarações essas que são feitas por uma pessoa que supostamente tem conhecimento de qualquer informação que possa ser útil para se estabelecer a verdade dos fatos que estão sendo tratados no processo.

No que se refere à prova oral, ainda cabe uma distinção adicional, considerando se as declarações são fornecidas por testemunhas, pelas partes ou por peritos. Tal distinção não possui o mesmo significado em todos os sistemas processuais. As partes, por exemplo, sempre podem ser interrogadas como testemunhas nos sistemas de *common law*, contudo, geralmente isso não ocorre nos sistemas de *civil law*, nos quais as partes podem ser ouvidas de diversas formas que não propriamente como testemunhas.

Por sua vez, os peritos são, via de regra, interrogados oralmente nos sistemas de *common law*, sendo chamados de *expert witness*, pela simples razão de serem ouvidos, no processo, como testemunhas, ao passo que, nos sistemas de *civil law*, os peritos usualmente fornecem ao tribunal um documento escrito ou, quando são ouvidos, não o são propriamente como testemunhas³¹.

Outra diferença entre os sistemas de *common law* e de *civil law* apontada pela doutrina, com manifestação na prova oral, seria a contraposição entre os modelos *adversarial* e *inquisitorial*, haja vista que, no primeiro modelo, o juiz seria meramente um “árbitro” cujo mister seria controlar a produção probatória, ao passo que, no segundo modelo, o juiz teria poderes para instruir o feito, participando ativamente da produção probatória.

²⁹ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 59.

³⁰ TARUFFO, loc. cit.

³¹ Ibid., pp. 59-60.

Destaco, entretanto, acompanhando entendimento de Taruffo, que a contraposição *adversarial-inquisitorial*, se algum dia teve realmente um sentido, “hoje está seguramente superada e é substancialmente inútil como instrumento de análise”³², razão pela qual não a utilizo no presente trabalho. De um lado, é possível observar que os processos de *common law* foram frequentemente *inquisitoriais*, além de serem “numerosos os tipos de procedimento que não se desenvolvem segundo o tradicional modelo *adversarial* e são, pelo contrário, caracterizados pela presença ativa do juiz”³³.

Por outro lado, também com base no que escreveu Taruffo, destaco que os processos civis de *civil law* não são *inquisitoriais* no sentido estrito do termo. Para tanto, basta considerar que atualmente, por força das garantias constitucionais e dos princípios fundamentais, o contraditório é usualmente assegurado em medida mais do que satisfatória. “Se inquisitório significa, segundo a acepção historicamente fundada, que as partes não podem defender-se, então não existem na *civil law* processos que podem ser propriamente qualificados como *inquisitorial*”³⁴. Se, ao invés disso, com o termo *inquisitorial* se quer aludir a modelos de processo em que o juiz desenvolve um papel ativo na direção e na gestão do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa probatória, a contraposição muda de sentido, mas segue infundada.

Fato é que — e concluo acompanhando Taruffo — muitas mudanças ocorreram em diversos ordenamentos. Isso não implica, contudo, qualquer convalidação da contraposição entre os modelos *adversarial* e *inquisitorial*; demonstra, sobretudo, que tais categorias estão envelhecidas e não servem para assinalar os aspectos mais relevantes dos sistemas processuais atuais, conforme demonstrarei a seguir por intermédio da análise da produção da prova oral no processo civil norte-americano e brasileiro.

2.2.1 O processo civil norte-americano

O direito processual estadunidense é regido pelas normas constitucionais e suas emendas, pelo direito federal escrito (*Federal Statutes* ou *US Statutes*) e pelas *Federal Rules of Civil*

³² TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 16.

³³ *Ibid.*, pp. 16-17.

³⁴ *Ibid.*, p. 17.

Procedure, quando se trata de direito de competência federal; e pelas legislações e regras estaduais, quando a competência for estadual³⁵.

No modelo norte-americano de processo civil, de modo semelhante ao sistema processual inglês, é possível a renúncia do julgamento pelo júri, optando a parte pela instrução probatória apenas diante do juiz (*bench trial* ou *nonjury trial*)³⁶, especialmente quando a matéria de fato contém requintes que exijam conhecimento técnico apurado.

A primeira fase do *trial* (*before trial* ou *pre-trial*), regulada, em nível federal, pela Regra 16 das *Federal Rules of Civil Procedure*, realiza-se perante o juiz singular, com longa duração e permeada por discussões técnicas que tem por finalidade separar as questões fáticas que dependam de prova das questões jurídicas, circunscrevendo os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova e o âmbito de deliberação do júri (ou apenas do juiz)³⁷.

O *pre-trial* tem seguimento com a produção dos escritos (*pleading*); contestação (*the answer* ou *plea*), réplica (*replication*), resposta à réplica (*rejoinder*), tréplica (*surrejoinder*) e resposta à tréplica (*rebutter*). Trata-se da fase na qual se delimita o litígio que será levado a julgamento. Conforme escreve Taruffo, desde o início do século XX vem se configurando, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, a fase preliminar (*pre-trial*), com a função essencial de permitir às partes uma preparação adequada para o *trial*, quando serão feitos o debates e o julgamento do caso, essencialmente por intermédio do acesso às provas em posse da parte adversa ou de um terceiro³⁸.

Foi assim que se consolidou a imagem do processo de *common law* “como procedimento dividido em duas fases: uma fase *pre-trial*, com função essencialmente preparatória, e uma fase

³⁵ GUEDES, op. cit. pp. 178-179.

³⁶ Segundo o *Black's Law Dictionary*: *bench trial* significa “[a] trial before a judge without a jury” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009, p. 1644). Portanto, no *bench trial*, o juiz decide as questões de fato e as questões de direito.

³⁷ GUEDES, op. cit. pp. 180-182.

³⁸ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 20.

de *trial*, para a colheita das provas orais em audiência através do mecanismo da *direct* e *cross examination*”³⁹

Nos Estados Unidos, durante o *pre-trial*, “o *discovery* é mais complexo e de maior alcance, incluindo também um interrogatório oral preliminar das possíveis testemunhas”⁴⁰. Além disso, “o *discovery* inclui depoimentos obtidos por meio de perguntas e respostas escritas e interrogatórios escritos das partes”⁴¹, sendo usados normalmente para que se descubram informações rotineiras e confirmem documentos, sem a substituição do interrogatório oral das testemunhas.

Na segunda fase, essa propriamente o *trial*, regulada, em nível federal, pelo Título V das *Federal Rules of Civil Procedure*, os atos desenvolver-se-ão perante o juiz e o júri civil, caso as partes tenham optado por levar o caso ao júri. No *trial*⁴² é produzida a prova testemunhal, repetida a prova documental já existente e são feitos os debates com a consequente decisão da Corte. A inquirição das testemunhas é direta, sem a intermediação do juiz (*direct* e *cross-examination*)⁴³, seguidos de reperguntas (*redirect* e *recross-examination*), começando a inquirição a parte que arrolou a testemunha, cingindo-se a *cross-examination*, nos processos de competência federal, aos temas versados na *direct examination*, conforme determina a Regra 611 (b) das *Federal Rules of Evidence*:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas

³⁹ Ibid., p. 20. Taruffo afirma, contudo, que “o modelo de processo de *common law* não pode mais ser definido segundo o esquema bifásico de *pre-trial* e *trial*, salvo com o custo de provocar graves mal entendidos, pela simples razão que em uma frequência de 90 a 98 por cento dos casos o *trial* não tem lugar” (TARUFFO, op. cit., p. 21). E explica: “um percentual elevadíssimo de causas civis não ultrapassa, de fato, a fase de *pre-trial* e não chega ao debate, na maior parte dos casos porque as partes concordam um com um *settlement* ou porque o juiz determinou uma tentativa de conciliação presidida por um terceiro ou uma arbitragem (*esperimento arbitrale*), ou porque obteve êxito qualquer outro mecanismo de solução precoce da controvérsia” (TARUFFO, loc. cit.).

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 63.

⁴¹ Ibid., pp. 63-64.

⁴² De acordo com o *Black's Law Dictionary*, *trial* constitui “[u]m exame judicial formal de provas e determinação das demandas legais em um procedimento em contraditório”. No original: “A formal judicial examination of evidence and determination of legal claims in an adversary proceeding” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009, p. 1644).

⁴³ Não adentrarei, neste tópico, profundamente no tema das *leading questions* e da Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence* porque a matéria será abordada com larga amplitude em momento posterior do trabalho. Contudo, importa observar no momento que há dois regramentos distintos sobre a inquirição da testemunha no direito estadunidense: um para a *cross-examination* e outro para a *direct examination*.

[...]

(b) Escopo da cross-examination. A *cross-examination* não deve ir além da matéria objeto da *direct examination* e das questões que afetem a credibilidade da testemunha. A corte pode permitir questionamentos sobre temas adicionais, como se estivesse *na direct examination*.⁴⁴

De acordo com Broun et al., os grandes estágios do *trial* são:

- (1) o advogado de acusação apresenta as suas provas;
- (2) o advogado de defesa apresenta as suas provas;
- (3) a réplica da acusação;
- (4) a tréplica do demandado.⁴⁵

Em cada estágio do *trial*, por sua vez, a inquirição da testemunha pode passar pelas seguintes etapas:

- (1) a *direct examination* conduzida pela parte que arrolou a testemunha;
- (2) a *cross-examination* pelo adversário;
- (3) *redirect*
- (4) *recross*; e
- (5) questões do juiz ou dos jurados.⁴⁶

Ainda, o manual *McCormick on Evidence* esclarece que as “*Federal Rules of Evidence* não prescrevem uma ordem a ser seguida para a apresentação das provas no *trial*. No entanto, com base na Regra 611 (a), o juiz do *trial* habitualmente segue a ordem da *common law*”⁴⁷, isto é, inicia cada estágio do *trial* pelo causídico da acusação e finaliza-o pela tréplica do demandado.

O papel do juiz na colheita da prova testemunhal consiste basicamente no controle da regularidade da inquirição, consoante estabelece a Regra 611 (a) das *Federal Rules of Evidence*:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas

⁴⁴ Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence

(...)

(b) Scope of Cross-Examination. Cross-examination should not go beyond the subject matter of the direct examination and matters affecting the witness’s credibility. The court may allow inquiry into additional matters as if on direct examination.

⁴⁵ BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 12.

⁴⁶ BROUN, loc. cit.

⁴⁷ BROUN, loc. cit.

(a) Controle pela Corte; Propósitos. A corte deverá exercer o controle razoável sobre a maneira e a ordem de inquirição da testemunha e sobre a apresentação das provas, de modo a:

- (1) fazer com que esses procedimentos sejam eficazes para a determinação da verdade;
- (2) evitar o desperdício de tempo; e
- (3) proteger a testemunha de distrato ou de constrangimento indevido.⁴⁸

Contudo, as *Federal Rules of Evidence* também atribuem ao juiz do *trial* amplos poderes instrutórios, conforme determina a Regra 614, transcrita abaixo:

Regra 614. Convocação ou inquirição de testemunha pela Corte.

(a) Convocação. A corte pode convocar uma testemunha por conta própria ou a pedido de uma das partes. Cada uma das partes tem o direito de contrainquirir a testemunha.

(b) Inquirição. A corte pode inquirir a testemunha, independentemente de quem a arrole.

(c) Objeções. A parte pode impugnar a convocação ou a inquirição de uma testemunha pela Corte, tanto no momento em que ela ocorra, quanto na primeira oportunidade em que o júri estiver presente.⁴⁹

Consoante explicam Broun et al., de acordo com o sistema processual norte-americano, “os advogados das partes têm responsabilidade primária para encontrar, selecionar e apresentar a prova”.⁵⁰ Entretanto, “segundo a jurisprudência e a Regra Federal sobre Prova 614 (b) o juiz tem poder discricionário para inquirir qualquer testemunha para esclarecer o testemunho ou para elucidar fatos necessários que não tenham sido esclarecidos pelas partes”⁵¹. Por conseguinte, “[o] juiz do *trial* não é um mero árbitro ou moderador passivo”⁵².

⁴⁸ Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence

(a) Control by the Court; Purposes. The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to:

- (1) make those procedures effective for determining the truth;
- (2) avoid wasting time; and
- (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment.

⁴⁹ Rule 614. Court’s Calling or Examining a Witness.

(a) Calling. The court may call a witness on its own or at a party’s request. Each party is entitled to cross-examine the witness.

(b) Examining. The court may examine a witness regardless of who calls the witness.

(c) Objections. A party may object to the court’s calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present.

⁵⁰ No original: “Under the Anglo-American adversary trial system, the parties’ counsel have the primary responsibility for finding, selecting, and presenting the evidence.” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 20).

⁵¹ No original: “Under the case law and Federal Rule of Evidence 614(b), the judge has discretion to examine any witness to clarify testimony or to bring out needed facts omitted by the parties.” (BROUN, op. cit., p. 20).

⁵² No original: “The trial judge is not a mere umpire or passive moderator” (BROUN, loc. cit.).

Desse modo, é possível aqui apontar a figura do chamado *managerial judge*, porquanto não cabe mais ao juiz do *trial* tão somente “um papel de árbitro passivo que se limita a apitar as faltas cometidas pelas partes, mas sim um papel de organização e gestão ativa, e não só de controle, do desenvolvimento do processo”⁵³ e, em especial, da produção da prova oral em juízo. De fato, conclui Taruffo, relevantes poderes instrutórios estão previstos “nas *Federal Rules of Evidence* estadunidenses promulgadas em 1975 e emendadas em 1994, particularmente com referência à prova testemunhal e à *expert evidence*”⁵⁴.

Nos Estados Unidos, segundo explica Taruffo, “é dito que uma testemunha é competente desde que possua ‘uma mínima habilidade de observar, registrar, recordar e recontar, bem como a compreensão do dever de falar a verdade’”⁵⁵. De acordo com a Regra 601 das *Federal Rules of Evidence*, “toda pessoa é competente para ser testemunha a menos que essas regras prevejam o contrário”⁵⁶. Portanto, as partes são interrogadas conforme a regulação acerca da inquirição de testemunhas, bem como o perito, chamado de *expert witness*⁵⁷. No sistema processual norte-americano, a impugnação (*impeach*) de uma testemunha é extremamente relevante, e é regulada, em nível federal, pelas Regras 607 a 610 das *Federal Rules of Evidence*⁵⁸. “Se a impugnação de uma testemunha logra êxito — não importa de que forma — a consequência é que a credibilidade da testemunha fica prejudicada e, portanto, seu valor probatório é reduzido talvez a zero”⁵⁹.

2.2.2 O processo civil brasileiro

O processo civil brasileiro é regulado, em nível nacional, pelo Código de Processo Civil, que constitui a lei civil com maior aplicação no território brasileiro. No sistema processual

⁵³ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 19-20.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 62.

⁵⁶ Rule 601. Competency to Testify in General.

Every person is competent to be a witness unless these rules provide otherwise. But in a civil case, state law governs the witness’s competency regarding a claim or defense for which state law supplies the rule of decision.

⁵⁷ Conforme Broun et al.: “A lay observer is qualified to testify because he has firsthand knowledge of the situation or transaction at issue. The expert has something different to contribute. That something is the ability—the knowledge or skill—to draw inferences from the facts which a jury could not draw at all or as reliably.” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 34).

⁵⁸ Interessante observar que qualquer parte pode impugnar a testemunha, até aquela que a arrolou, conforme a Regra 607 das *Federal Rules of Evidence*: “Rule 607. Who May Impeach a Witness. Any party, including the party that called the witness, may attack the witness’s credibility.”

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 63.

brasileiro, a produção da prova oral diz respeito, sobretudo, à prova testemunhal, mas, diferentemente do sistema norte-americano, em que *toda* pessoa que presta depoimento é chamada de testemunha, no Brasil há exceções. Conforme explicam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, “[a] pessoa é *fonte* de prova. Quando essa pessoa é uma das partes do processo, o meio de prova é o depoimento pessoal [...]; quando se trata de um terceiro, surge a prova testemunhal”⁶⁰.

No processo civil brasileiro, a prova testemunhal é sempre admissível, contudo, nos termos do artigo 442 do Código de Processo Civil de 2015, a lei pode dispor em sentido contrário, não a admitindo em certos casos. Em regra, todas as pessoas podem depor como testemunha, mas há limitações legais, especialmente no artigo 447 do Novo CPC, que estabelece três grupos de pessoas impossibilitados de testemunhar: os *incapazes*, os *impedidos* e os *suspeitos*⁶¹. A lei, contudo, permite, caso haja necessidade, que o juiz colha o depoimento dessas pessoas, geralmente ouvidas como *informantes*⁶², sem prestar o compromisso de dizer a verdade, atribuindo o juiz ao depoimento o valor que possa merecer, conforme determinam os §§ 4º e 5º do artigo 447 do Código de Processo Civil.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2., p. 239.

⁶¹ Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2. p. 244.

No sistema processual civil brasileiro, a prova testemunhal é produzida perante o juiz da causa, durante a audiência de instrução e julgamento, consoante determina o artigo 453 do Novo CPC. Trata-se, pois, de um ato processual interno, realizado na sede do juízo, conforme prevê o artigo 449 da lei processual. Ademais, “é também possível a colheita da prova testemunhal *antes* da audiência de instrução e julgamento”⁶³, ocasião na qual ocorrerá a produção antecipada da prova, regulada pelos artigos 453, I, c/c 381 e seguintes do Novo Código. A testemunha também pode ser ouvida por *outro* juiz, que não o responsável pela causa, se o testemunho for objeto de carta arbitral, precatória, rogatória ou de ordem⁶⁴.

Impõe-se à parte, primeiramente, de maneira semelhante — mas não idêntica — ao sistema norte-americano, o ônus de encontrar e selecionar a testemunha⁶⁵. Ainda, conforme o artigo 459 do Código de Processo Civil, a inquirição da testemunha é feita de forma direta, sem a intermediação do juiz, começando pela parte que arrolou a testemunha, podendo o juiz inadmitir as perguntas “que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou as que importarem repetição de outra já respondida”⁶⁶.

O sistema processual brasileiro, no entanto, não diferencia o regime da inquirição cruzada e o da “inquirição direta” (a primeira inquirição, procedida pela parte que arrolou a testemunha), como faz o direito norte-americano com as figuras da *direct examination* e da *cross-examination*, de maneira que ambas as inquirições possuem, no direito brasileiro, o mesmo regramento, pois a testemunha é considerada sujeito imparcial e, portanto, do juízo. Ademais, o processo civil brasileiro não prevê a reinquirição das testemunhas, permitida, no direito estadunidense, por meio da *recross-examination* e da *redirect examination*, que visam sobretudo complementar o testemunho. Não há, também, no direito brasileiro, a previsão de impugnação, pela parte, de perguntas formuladas pela parte adversa ou pelo juiz, conforme estabelece o sistema processual norte-americano por intermédio das *objections*.

⁶³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 245.

⁶⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit.

⁶⁵ A propósito, nesse sentido, dispõe o Novo Código: Art. 455. “Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.”

⁶⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 245.

O § 1º do artigo 459 Código de Processo Civil brasileiro, por sua vez, estabelece que “[o] juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes”, aproximando-se, novamente, do processo civil norte-americano, que prevê poderes instrutórios, na colheita da prova oral, para o juiz.

O depoimento pessoal da parte — que não configura prova testemunhal — também é considerado prova oral. Justifica-se “como meio de prova que efetiva a técnica da oralidade na colheita das provas, colocando as partes em contato imediato com o juiz que muito possivelmente julgará a causa”⁶⁷. O modelo de inquirição da parte é praticamente o mesmo da inquirição das testemunhas, dispondo o artigo 387 do Código de Processo Civil brasileiro que “[a] parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos”.

Observo, por fim, que o Novo Código de Processo Civil brasileiro permite a figura da *expert witness*, mormente porque, nos casos de *perícia simplificada*, na forma do artigo 464 § 3º, o perito é inquirido judicialmente na audiência de instrução e julgamento sobre a alegação de fato que, para ser elucidada, exija conhecimento especializado. Além do mais, na situação regulada pelo § 3º do artigo 477 do Novo CPC, quando o perito é intimado, nos casos em que houver necessidade, a comparecer à audiência de instrução e julgamento para prestar novos esclarecimentos sobre o laudo pericial, é possível também vislumbrar a figura da *expert witness*, que responderá oralmente as perguntas formuladas pela parte sob a forma de quesitos.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2. p. 149.

2.3 LINGUAGEM E PROVA ORAL

O estudo das *questions* não está limitado ao campo do direito, constituindo objeto de pesquisa nas áreas da psicologia e da semiótica, o que denota a importância do tema e o vasto campo a ser explorado. No Brasil, o tema ainda parece atrair pouco o interesse dos juristas, os quais, na grande maioria das vezes, prendem-se à expressão “perguntas sugestivas” sem aprofundar tal noção por meio da forma, dos detalhes ou do contexto em que a pergunta é formulada para a testemunha.

Nesse ponto do presente trabalho, portanto, pretendo analisar brevemente algumas das contribuições dadas por estas duas áreas do pensamento ao estudo das *questions* (ou até *leading questions*), especificamente nos campos da sintática, semântica e pragmática das perguntas e da psicologia comportamental. A exposição não pretende ser exaustiva, tratando-se de verdadeira *big picture* (isto é, uma visão geral da matéria), intentando sobretudo fornecer algumas pré-compreensões⁶⁸ essenciais para o posterior estudo das questões indutivas.

2.3.1 Sintática, Semântica e Pragmática das Questões

O estudo da *sintática*, *semântica* e *pragmática* das questões começa pela sua distinção.

Na semiótica, a ciência geral dos signos, diferentes autores apontam distintas terminologias para diferir uma categoria da outra. De acordo com Charles Morris, autor da distinção clássica, *sintática* é o estudo da “relação [formal] dos signos uns com os outros na abstração das relações dos signos para com objetos ou intérpretes.”⁶⁹, *semântica*, por sua vez, é o estudo das relações dos signos com os objetos aos quais eles são aplicáveis (ou a relação com “os

⁶⁸ Por pré-compreensões, ou pré-entendimentos, considero aquilo que escreveu Gadamer em seu célebre *Verdade e Método*: “Y lo que afirmamos respecto a las opiniones previas contenidas en el hábito lingüístico vale también para las opiniones de contenido con las que nos acercamos a los textos y que constituyen nuestra comprensión de los mismos” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977, p. 334).

⁶⁹ No original: “the relation of signs to one another in abstraction from the relations of signs to objects or to interpreters” (MORRIS, Charles. *Foundations of the Theory of Signs*. In: *International Encyclopedia of Unified Science*, v.1, n. 2. Chicago: The University of Chicago Press, p. 13).

objetos que eles podem ou não denotar”)⁷⁰ e, por fim, *pragmática*, que faz referência à expressão “pragmatismo”, é o estudo da “relação dos signos com os seus usuários”⁷¹.

Uma maneira simples e objetiva de explicar cada um dos conceitos é dizer a *forma* (sintática) da questão, o *conteúdo* (semântico) da questão e o *ato discursivo* (pragmático) de questionar — ou, inclusive, responder a uma questão⁷².

Nessa mesma linha, escreve Higginbotham que “a noção de pergunta (*question*) pode ser entendida de três maneiras diferentes”⁷³. Na primeira concepção, atrelada à ideia de sintática, uma *question* pode ser vista como “uma instância de um certo tipo de estrutura linguística; isto é, como uma forma interrogativa, que pode ser matriz ou encaixada, ocorrendo como complemento ou sujeito”⁷⁴.

Assim, (1) é uma interrogativa matriz e em (2) o complemento é uma interrogativa encaixada:

(1) Who is Sylvia?
[Quem é Silvia?]

(2) I want to know [who is Sylvia].
[Eu quero saber quem é Silvia.]⁷⁵

Desta forma, “uma interrogativa matriz é uma pergunta *direta*, e uma interrogativa encaixada é uma pergunta *indireta*”⁷⁶. De modo semelhante, para Karttunen⁷⁷, as questões podem ser divididas em *direct* (está chovendo?) e *indirect* (se está chovendo).

⁷⁰ No original: “the relation of signs to their designata and so to the objects which they may or do denote” (MORRIS, op. cit., p. 21).

⁷¹ No original: “the relation of signs to their users” (MORRIS, op. cit., p. 29).

⁷² PARTEE, Barbara H. *Lecture 11* (Week 12): Semantics and Pragmatics of Questions. In: FORMAL SEMANTICS, Moscow: MGU, may 22, 2009, p. 1.

⁷³ No original: “The notion of a question may be understood in three different, but interrelated ways; a major part of the linguistic problem of the semantics of questions lies in relating these ways to one another” (HIGGINBOTHAM, James. The semantics of questions. In *The handbook of contemporary semantic theory*. Oxford: Blackwell, 1996, pp. 361–383. Disponível em:

<http://www.blackwellreference.com/public/tocnode?id=g9780631207498_chunk_g978063120749817>. Acesso em: mai. 2016.

⁷⁴ HIGGINBOTHAM, loc. cit.

⁷⁵ HIGGINBOTHAM, loc. cit.

⁷⁶ HIGGINBOTHAM, loc. cit.

⁷⁷ KARTTUNEN, Lauri. Syntax and semantics of questions. *Linguistics and Philosophy*, v. 1, p. 3. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/~laurik/publications/archive/questions.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

De acordo com Sell, “[a]o lado desta concepção sintática ou formal, existe uma concepção semântica de pergunta”⁷⁸. Na concepção semântica, Higginbotham sustenta que “formas interrogativas possuem significados peculiares a elas, que diferem do significado de formas declarativas”⁷⁹.

A terceira e última concepção de pergunta “diz respeito ao conteúdo de certo tipo de atos de fala”⁸⁰. Relaciona-se, pois, conforme visto acima, com a pragmática das questões. Uma pessoa que pergunta “Quem é Silvia” “está provavelmente expressando o desejo de saber a identidade de Sylvia e questionando o ouvinte neste sentido”⁸¹. Assim, o conteúdo do ato da fala desta pessoa é compreendido como uma pergunta no terceiro sentido do termo.

Há quem entenda diferente, como, por exemplo, Groenendijk, Stokhof e Huddleston, para quem “*interrogativa*” constitui uma classe sintática de formas (‘Quem matou Bill?’ ou ‘Harry ama Sally?’) e “*question*” configura o conteúdo semântico de uma expressão interrogativa⁸². Desta maneira, interrogativa configura um termo no sistema sintático reconhecido como tipo de sentença⁸³, “contrastando com outras categorias como declarativa, imperativa e exclamativa”⁸⁴.

⁷⁸ SELL, Fabíola. S. F. *As Interrogativas do Português Brasileiro: perguntas e respostas*, 2003, 235 f. Tese (Doutorado em Letras)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 6.

⁷⁹ No original: “Second, besides the formal or syntactic conception of a question, there is a semantic conception of a question, as the meaning of an interrogative form. I will uphold here the view that interrogative forms possess meanings peculiar to them, distinct from the meanings of declarative forms” (HIGGINBOTHAM, loc. cit.).

⁸⁰ No original: “Third, apart from the purely formal and the purely semantic notions there is yet another conception of questions, as the contents of certain kinds of acts of speech” (HIGGINBOTHAM, loc. cit.).

⁸¹ No original: “A person who says (1), for instance, is likely to be expressing a desire to know the identity of Sylvia, and in this sense questioning the hearer. The content of that person’s speech act is a question in the third sense of that term” (HIGGINBOTHAM, loc. cit.).

⁸² PARTEE, Barbara H. *Lecture 11 (Week 12): Semantics and Pragmatics of Questions*. In: FORMAL SEMANTICS, Moscow: MGU, may 22, 2009, p. 1.

⁸³ Assim escrevem Groenendijk e Stokhof: “The study of interrogative sentences obviously belong to the syntactic part of linguistics, and the study of interrogative acts to that of pragmatics, in particular to speech act theory. Questions, conceived of as is done here, i. e., as the sense of interrogative sentences, or as the the contents of interrogative acts, would constitute the domain of a semantics, or logic, of questions” (GROENENDIJK, Jeroen; STOKHOF, Martin. Questions. In *Handbook of logic and language*. Amsterdam: Elsevier, 1997, p. 1058).

⁸⁴ Escreve Huddleston: “Initially I take interrogative to be a term in the syntactic system usually called sentence type, contrasting with such other categories as declarative, imperative and exclamative.” (HUDDLESTON, Rodney. The contrast between interrogatives and questions. *Journal of Linguistics*, v. 30, 1994, p. 412).

Nesse contexto, Huddleston considera que existem sintaticamente *dois* tipos de questões, as chamadas “*interrogativas abertas*” e as “*interrogativas fechadas*”⁸⁵. As interrogativas abertas se caracterizam pela presença de uma ou mais palavras interrogativas *who* (quem), *what* (o que), *how* (como), por exemplo. Por outro lado, as interrogativas fechadas são aquelas que expressam um conjunto de respostas fechadas, ou seja, apresentam alternativas (desde “sim” ou “não” até múltiplas e diversas).

Assim exemplifica Huddleston:

Did Kim answer the phone? [Closed interrogative]
 [Kim atendeu ao telefone?]
 Where did she put the jug? [Open interrogative]
 [Onde ela colocou o jarro?]⁸⁶

A respeito das interrogativas fechadas, escreve Sell:

A propriedade distintiva de interrogativas fechadas em línguas como o inglês é que as sentenças matrizes [diretas] são marcadas por inversão auxiliar-sujeito e as subordinadas [indiretas] pela inserção de um ou outro dos subordinativos *whether* e *if*.⁸⁷

Semanticamente, para Huddleston, “a propriedade distintiva de uma pergunta é que ela define um conjunto de respostas”⁸⁸. Destarte, Huddleston isola três tipos diferentes de perguntas de acordo com o modo como elas definem o conjunto de respostas possíveis⁸⁹.

O primeiro tipo de questão são as “*perguntas polares*”, nos termos do autor, que são aquelas que pedem por uma resposta que seja “sim” ou “não” (*yes/no questions*). São exemplos deste tipo de pergunta: “Você está pronto?”; ou “Ela quer saber se você está pronto”. Tais perguntas “definem um conjunto de duas respostas, aquela que tem o conteúdo proposicional expresso na pergunta e outra que é seu oposto polar”⁹⁰.

⁸⁵ HUDDLESTON, op. cit., p. 419.

⁸⁶ HUDDLESTON, op. cit., p. 427.

⁸⁷ SELL, op. cit., p. 10.

⁸⁸ No original: “There are a number of independent dimensions along which one can classify questions, but the one we shall be concerned with first classifies questions according to the way they define the set of possible answers” (HUDDLESTON, op. cit., p. 416).

⁸⁹ HUDDLESTON, op. cit., p. 416.

⁹⁰ HUDDLESTON, op. cit., p. 416.

O segundo tipo de questões constituem as *perguntas alternativas*, “que têm como resposta um conjunto de alternativas dadas na própria pergunta”⁹¹. São exemplos deste tipo de pergunta: “É um menino ou uma menina?”; ou “Você sabe se é um menino ou uma menina[?]”.

O terceiro e último tipo de pergunta, na classificação de Huddleston, são as *variable questions* (ou *wh-questions*), “que têm um conteúdo proposicional contendo uma variável”⁹². A resposta a uma *wh-question* expressa “proposições derivadas da substituição de um valor particular da variável”⁹³. São exemplos deste tipo de pergunta: “De quem é este chapéu?”; ou “Eu quero saber de quem é esse chapéu.”.

O fato de, no nível semântico, haver três tipos de perguntas, enquanto sintaticamente há apenas dois tipos de oração, reforça, segundo Huddleston, a necessidade de distinguir entre pergunta e o tipo de oração interrogativa, embora caracteristicamente uma oração interrogativa expresse uma pergunta e uma pergunta seja expressa por uma oração interrogativa⁹⁴.

Sell resume o pensamento de Huddleston da seguinte maneira:

Resumindo, Huddleston (1994) observa a diferença entre interrogativa, uma categoria de forma sintática, e pergunta, uma categoria de significado. Uma interrogativa é definida de forma sintática, em contraste com outras categorias, como declarativa, imperativa e exclamativa. Já uma pergunta distingue-se por definir um conjunto específico de respostas a que o autor dá o nome de *answer* (resposta) em contraposição a *response* (réplica). Entretanto, a diferença que o autor não menciona é que podemos ter réplica não só para interrogativas, mas também para declarativas e imperativas, enquanto só podemos ter resposta para interrogativas⁹⁵.

Na sintática das questões, geralmente são reconhecidos dois tipos de morfemas. O primeiro, chamado “*morfema Q abstrato*”, é utilizado à guisa de complementizador, o que denota uma frase com a sintática de uma questão (realizada em algumas línguas por intermédio da ordem

⁹¹ HUDDLESTON, op. cit., p. 416.

⁹² HUDDLESTON, op. cit., p. 416.

⁹³ HUDDLESTON, op. cit., p. 416.

⁹⁴ Para Huddleston: “Characteristically, an interrogative clause expresses a question and a question is expressed by an interrogative clause, but it is not invariably so: the correlation between the syntactic and semantic categories is by no means one-to-one” (HUDDLESTON, Rodney. The contrast between interrogatives and questions. *Journal of Linguistics*, v. 30, 1994, p. 425).

⁹⁵ SELL, op. cit., p. 15.

das palavras ou pela entonação). O segundo, por sua vez, chamado “*wh-morpheme*” (ou morfema *wh*), é formado por palavras tais como *what*, *who*, *where*, *when*, *how*, que constituem as chamadas “*wh-questions*” (no português, tal morfema é representado por “*qu-*”). O termo “*wh*” é usado, em diferentes línguas, como um nome abstrato para este morfema⁹⁶.

Para além da noção de sintática, contudo, uma pergunta pode ser pensada “como uma sentença formulada com a intenção de requerer uma informação do ouvinte”. Tal informação pode ser obtida a partir do preenchimento de uma variável, da afirmação ou negação de uma proposição ou, ainda, da escolha entre duas ou mais alternativas.

No terreno da semântica das questões, Karttunen analisa uma questão como denotando, em cada mundo possível (ou situação possível), o conjunto de proposições que nessa situação constituem conjuntamente uma resposta completa e fiel à questão. O questionamento de que ‘*se João anda*’, em uma determinada situação, é um conjunto cuja única resposta ou é a proposição de que João caminha ou a proposição de que João não anda, dependendo de qual delas passa a ser a verdadeira. A essência de seu trabalho pode ser resumida no fato de que para descobrir o significado de alguma expressão, deve-se olhar para todas as maneiras que ela pode ser combinada com outras expressões, e usar isso para descobrir qual deve ser sua contribuição composicional.

Karttunen divide as questões entre as chamadas *alternative questions* (ou *choice questions*) e *wh-questions* (*search questions*)⁹⁷.

As *wh-questions* são aquelas que envolvem uma busca (*search*) por um valor adequado para uma variável ou para um conjunto de variáveis e são *questions* que começam com um pronome interrogativo ou um advérbio, por exemplo, *qual*, *quem*, *como*, *onde* e *por que*. Por sua vez, as *alternative questions* são aquelas que fornecem uma escolha (*choice*) entre as alternativas

⁹⁶ PARTEE, Barbara H. *Lecture 11* (Week 12): Semantics and Pragmatics of Questions. In: FORMAL SEMANTICS, Moscow: MGU, may 22, 2009, pp. 1-2.

⁹⁷ KARTTUNEN, Lauri. “Syntax and semantics of questions”. *Linguistics and Philosophy*, v. 1, pp. 3-4. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/~laurik/publications/archive/questions.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

propostas e cuja forma indireta utiliza a expressão *se*.⁹⁸ Relembra Karttunen que as *yes/no questions* são consideradas sintaticamente “degeneradas” *alternative questions*⁹⁹, possuindo virtualmente a mesma distribuição sintática das questões alternativas, afinal, ‘sim’ ou ‘não’ configura uma escolha, de modo que as *yes/no questions* podem ser consideradas como uma subclasse das questões alternativas.

Higginbotham define uma pergunta, em termos de semântica, como uma sentença que abre um “espaço de possibilidades, cujos elementos são mutuamente exclusivos e conjuntamente exaustivos”,¹⁰⁰ e que está atrelada a outra sentença — a sua resposta — que reduz este espaço por ser incompatível com determinadas possibilidades.

Por fim, no terreno da pragmática das questões, um dos estudos mais notáveis foi o de Van Rooy, que se preocupou com a dependência do contexto na interpretação das *questions*. Para o autor, o “contexto determina qual das alternativas de interpretação é escolhida”¹⁰¹.

Escreve Van Rooy:

De acordo com as análises de questões propostas por Hamblin (1973), Karttunen (1977), Higginbotham & Maio (1981) e Groenendijk e Stokhof (1982, 1984), a questão deve ser representada pelo seu conjunto de “boas” respostas. É normalmente assumido, implicitamente, que uma boa resposta depende do fato de que indivíduos ou objetos satisfaçam certo predicado. Considerando nomes próprios como expressões rigidamente referenciais, é comumente assumido que para responder a uma *wh-question* de forma satisfatória você tem de mencionar, pelo nome, os indivíduos que têm a propriedade relevante, e que existe um domínio fixo de referência de pessoas. Isto significa que saber

⁹⁸ KARTTUNEN, op. cit., p. 4.

⁹⁹ KARTTUNEN, op. cit., p. 5.

¹⁰⁰ No original: “Suppose that with an interrogative we associate, not a single set of propositions, but rather a space of possibilities, having the property that its elements are mutually exclusive (so that no two elements of the space can both be true), and (in the normal case) jointly exhaustive (so that one element must be true). A person who asks a question wanting to know an answer to it wishes relief from ignorance as to which element of the space of possibilities set up by the question actually obtains. Such a person cannot but be satisfied if a response is forthcoming that narrows the space down to a single element; but the degree of information obtained may vary all the way from complete satisfaction through partial relief from ignorance (when the space is not reduced to a single element but as a result of the response anyway diminished) down to no information at all, as when the response does not eliminate even a single possibility. From this point of view, the complete answers to questions will be responses that (whether true or false) limit the space of possibilities most severely; but there is room for partial answers as well, namely responses that eliminate, by being incompatible with, some of the possibilities that were left open in the question” (HIGGINBOTHAM, loc. cit.).

¹⁰¹ ROOY, Robert van. Questioning to Resolve Decision Problems. *Linguistics and Philosophy*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, v. 26, issue 6, p. 741.

se uma resposta a uma pergunta é boa, ou apropriada, independe do contexto. Como ressalta Boer & Lycan (1975), Hintikka (1976, 1978), Grebendorf (1981) e Ginzburg (1995), no entanto, esta suposição de independência do contexto está errada.¹⁰²

Para o autor, talvez a maneira mais óbvia de demonstrar que a adequação de uma resposta depende do contexto em que formulada a pergunta é aquela derivada das chamadas “*identification questions*”. Na pergunta “Quem é Cassius Clay?”, por exemplo, uma resposta adequada pode ser dada por meio da menção a outro nome, a saber, Muhammed Ali¹⁰³.

Nessa senda, explica o autor:

Note que isso já é um pouco estranho. Partindo do pressuposto padrão de que os nomes próprios são designadores rígidos, os nomes ‘Cassius Clay’ e ‘Muhammed Ali’ referem-se à necessidade de um mesmo indivíduo, resultando na previsão de que a resposta não pode expressar uma proposição contingente. Porque Q quer saber a identidade de Cassius Clay, parece que o último nome não pode ser tratado como um designador rígido, mas deve ser interpretado atributivamente. Mas se assumirmos que ‘Muhammed Ali’ ainda é tratado como um designador rígido, surgem novos problemas. O motivo é que embora neste caso a maioria das análises semânticas das perguntas preveem que (2) resolve completamente a questão (1), podemos imaginar que Q continue perguntando:

(3) Ok, mas quem é Muhammed Ali?

Isto pode acontecer, por exemplo, quando Q vê dois homens, sabe que um deles é Cassius Clay, mas não sabe qual deles, e nunca ouviu falar do nome ‘Muhammed Ali’. Nesse caso, uma resposta do tipo (4) parece ser solicitada:

(4) A: O homem ali [apontando para uma pessoa].

Note que, nesta situação, respostas como (5a) ou (5b) parecem ser inadequadas.

- (5) a. O melhor.
b. O campeão dos pesos-pesados de boxe na década de setenta.

Numa situação de um *quiz*, no entanto, uma resposta como (5b) seria a mais adequada à pergunta (3), mesmo se o próprio Ali estivesse presente.¹⁰⁴

Por conseguinte, para Van Rooy, tais exemplos sugerem fortemente que o fato de uma afirmação responder apropriadamente a uma *identification question* depende do contexto exigido pelo método de identificação.

¹⁰² ROOY, op. cit., p. 728.

¹⁰³ ROOY, op. cit., pp. 728-729.

¹⁰⁴ ROOY, op. cit., p. 729.

Para além disto, Van Rooy observa:

Hintikka (1976) mostra que o método de identificação não é apenas crucial para as respostas às perguntas de identificação, mas para outros tipos de *wh-questions* também. Em muitas circunstâncias, a resposta (6b) para a questão (6a) é mais apropriada do que resposta (6c):

- (6) a. Quem nomeia os juízes do Supremo Tribunal?
 b. O presidente.
 c. George W. Bush.¹⁰⁵

Desta forma, Van Rooy assume que “uma sentença interrogativa não só tem um significado semântico pouco específico, mas é também semanticamente ambígua”¹⁰⁶. A proposta do autor, em síntese, é fornecer um sentido uniforme pouco específico para as perguntas, melhorado por um mecanismo para especificar ainda mais o significado no contexto dado, tendo em conta determinados fatores, incluindo os objetivos presumidos do intercâmbio de informações¹⁰⁷.

O autor aceita muitos aspectos do intercâmbio, explícito e implícito, entre pergunta e resposta, mas vai um passo além, argumentando que muito da interpretação do intercâmbio entre pergunta-resposta depende da compreensão dos objetivos dos participantes da conversa¹⁰⁸. Por exemplo, se uma pessoa pergunta onde pode comprar um jornal italiano, pode ser relevante que ela esteja tentando decidir se vai ao museu ou à estação¹⁰⁹. Nesse caso, uma "resposta satisfatória" seria aquela que especifica se há um lugar para comprar um jornal italiano no caminho para o museu ou no caminho para a estação.

Os estudos de Van Rooy são essenciais, desta feita, por atribuir grande importância para o contexto em que são formuladas as *questions*, observando que uma resposta, semanticamente satisfatória, não faz o menor sentido (dentro da noção de intercâmbio semântico entre *question* e *answer*) se a pergunta foi formulada em um determinado contexto e com um objetivo específico.

¹⁰⁵ ROOY, op. cit., p. 729.

¹⁰⁶ ROOY, op. cit., p. 749.

¹⁰⁷ PARTEE. Barbara H. *Lecture 11* (Week 12): Semantics and Pragmatics of Questions. In: FORMAL SEMANTICS, Moscow: MGU, may 22, 2009, p. 10.

¹⁰⁸ PARTEE, loc. cit.

¹⁰⁹ PARTEE, loc. cit.

No Capítulo 3 do presente trabalho, quando estudadas as tipologias de *questions* e a chamada “qualidade relativa” das *leading questions*, ficará evidente a necessidade de trabalhar a sintática, a semântica e a pragmática das questões, viabilizando-se a aplicabilidade jurídica do controle das perguntas indutivas que será defendido no Capítulo 4.

2.3.2 Alguns estudos da Psicologia Comportamental

Na psicologia, estudos apontam a grande influência que desempenha uma pergunta em relação à resposta fornecida. Uma das mais conhecidas pesquisas sobre o tema foi desenvolvida por Elisabeth Loftus na década de 1970. Loftus relacionou a criação de falsas memórias às *leading questions*, apontando que pequenas alterações na formulação de uma questão podem acarretar grandes mudanças na resposta oferecida por uma testemunha¹¹⁰.

Loftus realizou, com um total de 490 pessoas, quatro experimentos, os quais consistiram na visualização de filmes de complexas e rápidas ações, tais como um acidente automobilístico ou perturbações em sala de aula. A proposta desses experimentos era investigar como as palavras das perguntas feitas imediatamente após um evento podem influenciar nas respostas dadas às questões feitas em um período considerável de tempo, ou seja, como podem influenciar a interpretação de uma testemunha e a sua memória sobre o evento.

Os resultados dos experimentos sugerem que questões feitas imediatamente após um evento podem introduzir, na memória de uma testemunha, novas — e não necessariamente corretas — informações sobre aquilo que foi presenciado, as quais são acrescentadas na representação do evento, causando, a partir daí, sua reconstrução ou alteração.

Dois exemplos indicam que as palavras de uma pergunta podem afetar a pessoa que recém testemunhou um evento em sua resposta à questão.

¹¹⁰ LOFTUS, E. F. Leading questions and the eyewitness report. *Cognitive Psychology*, New York, v. 7, 1975, pp. 560-572.

Em um estudo, 100 estudantes visualizaram um vídeo curto sobre um acidente com muitos carros. Imediatamente após isso, eles responderam a um questionário com 22 itens que estavam (ou não) no evento, questionário no qual havia seis perguntas críticas. Três dessas perguntas críticas indagaram acerca de itens que aparecem no vídeo e três questionaram sobre itens que não aparecem nas imagens. Para metade dos estudantes, todas as questões críticas possuíam a estrutura “Você viu uma/um...?”, com o uso de artigo indefinido. A outra metade dos estudantes respondeu questões críticas que faziam uso de artigo definido “Você viu o/a...?”.

Portanto, a única diferença entre as perguntas é o artigo utilizado: “o/a”; “um/uma”.

O que interessa aqui é que uma pessoa utiliza o artigo definido quando assume que o objeto referido é familiar para o ouvinte. Um pesquisador que pergunta: “Você viu o pneu furado?” essencialmente diz: “Havia um pneu furado. Você viu?”. Esse pressuposto influencia a resposta e a compreensão da testemunha. Já o artigo indefinido não transmite a existência de determinado objeto no filme.

O resultado desse experimento demonstrou que quem era questionado com o artigo definido estava inclinado a responder que viu algo (que apareceu ou não apareceu no vídeo) muito mais do que quem respondia à pergunta feita com o artigo indefinido. Portanto, até esta sutil alteração nas palavras influencia a resposta da testemunha.

Em outro estudo, sujeitos assistiram a vídeos de acidentes automobilísticos e, após, responderam questões sobre tais acidentes. Aqui, as palavras de uma pergunta demonstraram afetar determinado número estimado de pessoas. Em particular, a questão “A que velocidade estavam os carros quando se chocaram?” resultou na indicação de uma velocidade maior quando utilizada a expressão “chocaram” (*smashed*) do que quando utilizada a expressão “colidiram” (*hit*).

Loftus concluiu, portanto, que, em uma variedade de situações, as palavras de uma questão sobre determinado evento podem influenciar a resposta que será dada¹¹¹. Esse efeito foi observado quando uma pessoa relata suas próprias experiências, eventos que ela acabou de presenciar, ou, até, perguntas genéricas que não estão baseadas em nenhum incidente (tal como “Quão curto era o filme?”).

Anos antes de Loftus investigar a influência que uma *leading question* exerce relativamente a um testemunho, Harris já havia apontado que o uso de um adjetivo relacionado mas oposto (por exemplo, alto/baixo, longo/curto) em uma questão sobre uma qualidade ou característica (por exemplo, altura ou comprimento) altera a resposta da testemunha.

Harris dividiu um grupo de 46 estudantes e fez uma das duas perguntas: “Quão alto era o jogador de basquete?” e “Quão baixo era o jogador de basquete?”. Em média, as pessoas responderam 79 polegadas para primeira pergunta e 69 polegadas para a segunda pergunta¹¹².

Por sua vez, a questão “Quão longo era o filme?” levou as pessoas a responder, em média, 130 minutos, enquanto a questão “Quão curto era o filme?” conduziu as pessoas a responder, em média, 100 minutos. Desta forma, embora esta não era a principal preocupação de Harris, seus estudos claramente demonstraram que as palavras de uma questão podem influenciar a resposta.

Em 1983, Weinberg, Wadsworth e Baron desenvolveram um estudo que modificou o paradigma desenvolvido por Loftus, apontando que perguntas capciosas (*misleading questions*) apenas terão mais impacto quando as situações de declaração subsequentes contenham pistas que suportam a plausibilidade da pergunta capciosa¹¹³. Desta forma, com base nesse estudo, não se pode dizer se indivíduos “enganados” formam novas memórias do evento anterior ou se eles estão confusos com a informação ardilosa tentando adivinhar o que ocorreu.

¹¹¹ LOFTUS, E. F. Leading questions and the eyewitness report. *Cognitive Psychology*, New York, v. 7, 1975, p. 561.

¹¹² HARRIS, Richard J. Answering questions containing marked and unmarked adjectives. *Journal of Experimental Psychology*, v. 97, pp. 399-401.

¹¹³ WEINBERG, Howard; WADSWORTH, John; BARON, Robert. Demand and the impact of leading questions on eyewitness testimony. *Memory & Cognition*. v. 11, n. 1, 1983, pp. 101-104.

Embora o estudo de Weinberg et al. não forneça nenhuma resolução definitiva para os problemas de causalidade, sugere fortemente que as *misleading questions* criam vieses no relato de determinado evento mesmo quando as características da demanda (*demand characteristics*)¹¹⁴ são mínimas.

“Enquanto Loftus e seus colegas forneceram uma série de manifestações variadas e engenhosas de um suposto viés”¹¹⁵, alegam Weinberg et al., “um cético poderia reivindicar que estes efeitos anteriores foram mediados pela demanda”¹¹⁶. O seu estudo, por conseguinte, “pode ser visto como um teste severo da questão de saber se o tipo de relatos incorretos encontrado por Loftus e seus associados é totalmente redutível a características da demanda [*demand characteristics*]”¹¹⁷. Weinberg e seus colegas concluem que não, embora reconheçam que uma parte do viés encontrado em estudos anteriores pode ser devido a características da demanda.

Os dados do estudo de Weinberg e seus colegas indicam que o tipo de viés que Loftus e seus associados destacam pode ter um nível respeitável de significado até mesmo quando as características da demanda (*demand characteristics*) são mínimas. Na configuração aplicada, a da testemunha perante o júri, os mecanismos precisos pelos quais este viés é induzido são talvez menos importantes do que a demonstração de que as testemunhas podem ser, e presumivelmente são, influenciadas por perguntas capciosas.

¹¹⁴ De acordo com McCambridge et al.: “The concept of ‘demand characteristics’, originating in the work of Martin Orne, is a little over 50 years old. It refers to participants being aware of what the researcher is trying to investigate, or anticipates finding, and what this implies for how participants are expected to behave. The concept is well known and widely used within psychology, but not in other disciplines. Orne was originally particularly struck by how helpful were research participants. He identified that research participants believed in the importance of science and tried to help advance it by playing the role of the ‘good subject’, thereby seeking to satisfy the perceived needs of the researchers. In these original accounts demand characteristics referred to the ways in which study participants responded to researchers, according to perceptions of their implicit preferences rather than their explicit instructions, within the specific context of the laboratory experiment” (MCCAMBRIDGE, Jim; DE BRUIN, Marijn; WITTON, John. The Effects of Demand Characteristics on Research Participant Behaviours in Non-Laboratory Settings: A Systematic Review. *PLoS ONE*, vol. 7, issue 6, 19 jun., 2012. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3378517/>>. Acesso em: jun. 2016).

¹¹⁵ WEINBERG, Howard; WADSWORTH, John; BARON, Robert. Demand and the impact of leading questions on eyewitness testimony. *Memory & Cognition*. v. 11, n. 1, 1983, p. 104.

¹¹⁶ WEINBERG; WADSWORTH; BARON, loc. cit.

¹¹⁷ WEINBERG; WADSWORTH; BARON, loc. cit.

Para além da influência que a pergunta exerce sobre a resposta, no entanto, pesquisas recentes da psicologia comportamental demonstram que mesmo aspectos despercebidos interferem em uma pergunta e em uma resposta.

De acordo com Daniel Kahneman, “[a] moral principal da pesquisa de *priming* é que nossos pensamentos e nosso comportamento são influenciados, muito mais do que sabemos ou queremos, pelo ambiente do momento”¹¹⁸.

E prossigue Kahneman:

Muitas pessoas acham os resultados de *priming* inacreditáveis, pois eles não correspondem à experiência subjetiva. Muitos outros acham os resultados perturbadores, pois ameaçam a percepção subjetiva de agência e autonomia. Se o conteúdo de um irrelevante descanso de tela num computador pode afetar sua disposição de ajudar estranhos sem que você se dê conta disso, até onde vai sua liberdade?¹¹⁹¹²⁰

Vale explicar que “[o]s fenômenos de *priming* surgem no Sistema 1, e você não tem qualquer acesso consciente a eles”¹²¹. Além do mais, a perfeita compreensão do assim chamado, por Kahneman, “Sistema 1”¹²² exige o pré-entendimento de que tal sistema “opera automaticamente e não pode ser desligado a seu bel-prazer”¹²³, de maneira que “erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir. Os vieses nem sempre podem ser evitados, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro”¹²⁴.

¹¹⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 163.

¹¹⁹ KAHNEMAN, op. cit., p. 163.

¹²⁰ A respeito da pesquisa com um descanso de tela, explica Kahneman que “[s]e você foi exposto a um descanso de tela com dólares flutuantes, haverá maior probabilidade de que você tenha apanhado menos lápis para ajudar um estranho desajeitado” (KAHNEMAN, op. cit., p. 75), pois pessoas estimuladas por dinheiro se tornam mais egoístas e “bem menos dispostas a perder tempo ajudando” (KAHNEMAN, op. cit., p. 73).

¹²¹ KAHNEMAN, op. cit., p. 75.

¹²² Explica Kahneman que o “Sistema 1 e o Sistema 2 não são sistemas no sentido clássico das entidades com aspectos ou partes que interagem. E não há nenhuma parte do cérebro que um ou outro sistema chamaria de lar. Você pode muito bem perguntar: Qual a finalidade de introduzir personagens fictícios com nomes horríveis num livro sério? A resposta é que os personagens são úteis devido a determinadas peculiaridades de nossas mentes, a sua e a minha. Uma sentença é compreendida mais facilmente se descreve o que um agente (o Sistema 2) faz do que se descreve o que determinada coisa é, quais propriedades ela tem. Em outras palavras, o ‘Sistema 2’ é um sujeito melhor para uma sentença do que a expressão ‘aritmética mental’”. (KAHNEMAN, op. cit., p. 40). E completa: “Por que chamá-los de Sistema 1 e Sistema 2 em vez de termos mais descritivos como ‘sistema automático’ e ‘sistema oneroso’? O motivo é simples: ‘Sistema automático’ leva mais tempo para ser dito que ‘Sistema 1’ e desse modo toma mais espaço em sua memória de trabalho.” (KAHNEMAN, loc. cit.)

¹²³ KAHNEMAN, op. cit., p. 38.

¹²⁴ KAHNEMAN, loc. cit.

Para Kahneman, “[q]uando o Sistema 1 funciona com dificuldade, ele recorre ao Sistema 2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico que talvez solucione o problema do momento”¹²⁵.

Kahneman conclui seus apontamentos sobre *priming* com aquilo que escreve ser “uma perfeita demonstração”¹²⁶ de seus efeitos, realizada numa cozinha de funcionários em uma universidade inglesa. Conta o pesquisador:

Durante muitos anos os membros desse escritório haviam pago pelo chá ou pelo café de que se serviam sozinhos durante o dia, deixando o dinheiro numa “caixa de honestidade”. Uma lista de preços sugeridos ficava exposta na parede. Um dia, um cartaz foi colocado logo acima da lista de preços, sem nenhum aviso ou explicação. Por um período de dez semanas uma nova imagem era apresentada toda semana, ora de flores, ora de olhos que pareciam fitar diretamente o observador. Ninguém comentou as novas decorações, mas as contribuições na caixa da honestidade mudaram significativamente. [...]

Na primeira semana do experimento [...], dois olhos bem abertos se direcionam para o bebedor de café ou chá, cuja contribuição média era de 70 *pence* por litro de leite (cerca de dois reais). Na semana 2, o cartaz mostra flores e a contribuição média cai para cerca de 15 *pence* (menos de cinquenta centavos). A tendência continua. Em média, os usuários da cozinha contribuíram quase três vezes mais “nas semanas com olhos” do que nas “semanas com flores”. Evidentemente, um lembrete puramente simbólico de estar sendo observado instigou as pessoas a um melhor comportamento. Como esperamos nesse ponto, o efeito ocorre sem qualquer consciência.¹²⁷

Portanto, além de a psicologia comportamental assegurar o perigo das *leading questions* (ou, ainda, das perguntas enganosas, indutivas, sorrateiras) no direcionamento das respostas, aponta a fragilidade da “autonomia” humana. Tais estudos podem conduzir o jurista ou a um ceticismo absoluto, reivindicando que o controle das perguntas sugestivas seja posto de lado, olvidadas as proposições normativas que proibem o seu uso, ou a um total e indiscriminado temor de questionamentos formulados pelo causídico da parte, sem observar que o próprio magistrado pode, com suas perguntas, influenciar a resposta dada pela testemunha.

Com isso em mente, o essencial, ao fim e ao cabo, parece ser, admitidas as limitações no controle das *leading questions*, fornecer conhecimento para o operador do Direito desenvolver

¹²⁵ KAHNEMAN, op. cit., p. 34.

¹²⁶ KAHNEMAN, op. cit., p. 75.

¹²⁷ KAHNEMAN, op. cit., pp. 75-76.

um testemunho em que prevaleça, na medida do possível, a verdade dos fatos¹²⁸, e não, alguma pretensa verdade. A missão é difícil e a estrada é tortuosa, conforme demonstram tanto a psicologia como a semiótica; de todo modo, os juristas não podem fugir de sua responsabilidade.

Que a determinação da verdade dos fatos falhe, no processo judicial, por funcionar melhor em um determinado tempo ou lugar, dependendo de maneiras complexas sobre questões de história, cultura, economia e costumes sociais¹²⁹; e não pelo desconhecimento, por parte do jurista, de pré-compreensões exigidas pelo próprio sistema legal no seu intuito regulador da vida em sociedade e, em especial, do processo civil. Afinal, como escreve Denroche, as *leading questions* são “um problema em qualquer tribunal, mas a carga de trabalho pesada e a inexperiência ou formação incompleta de algumas pessoas que aparecem como advogados [...] provavelmente acentuam o problema”¹³⁰.

¹²⁸ Conforme observarei adiante, os sistemas processuais brasileiro e norte-americano privilegiam a busca da verdade dos fatos quando da produção e do exame das provas em juízo. Trata-se de verdadeiro “norte”, a indicar como devem proceder magistrados e advogados. Sobre isso, escreve Haack: “In 1996, the Supreme Court wrote in *Tehan* that the ‘purpose of a trial is the determination of truth.’. It’s true that a verdict is substantively just only if the determination made is factually correct: only, that is, if the defendant convicted of the crime really was the perpetrator, the defendant found liable for an injury really was responsible for causing it. Nevertheless, a trial is very different from an open-ended scientific or scholarly investigation sifting for as long as it takes through all the evidence that can be had; legal determinations of fact are subject both to limitations of time and to constraints on how evidence may lawfully be obtained and what evidence may lawfully be presented. What the legal finder of fact is asked to do is not, strictly speaking, to determine whether the defendant is guilty, or is liable, but—eschewing guesswork, whim, prejudice, and, as the third circuit puts it, ‘assumption, conjecture, or speculation’—to determine whether the evidence establishes the defendant’s guilt or liability to the required degree” (HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, pp. 54-55).

¹²⁹ HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, pp. 46.

¹³⁰ DENROCHE, G. Stephen. Leading questions. *The Criminal Law Quarterly*, v. 21, 1963-1964, p. 21.

INTERLÚDIO

Where you lead
I will follow
Anywhere that you tell me to
If you need, you need me to be with you
I will follow
Where you lead

(Carole King, *Where you lead*)

3 OBJECTION: LEADING! AS LEADING QUESTIONS E O DIREITO ESTADUNIDENSE

No presente capítulo, analisarei as *leading questions* no direito norte-americano, tratando de defini-las de acordo com o entendimento das Cortes daquele país e da doutrina que aborda o assunto de maneira aprofundada. Além de definir o que são tais *questions*, estudarei o regramento a respeito da formulação destes questionamentos e alguns precedentes norte-americanos que reconheçam ou não questões como *leading*. Ao abordar o regramento das *leading questions*, analisarei, ainda, as figuras da *cross-examination* e da *direct examination*, procurando demonstrar as particularidades do sistema processual americano no que diz respeito à prova testemunhal colhida em juízo, sempre tendo por fundo a matéria das *leading questions*.

Pretendo trazer para o trabalho também a discussão referente às tipologias de *questions*, porquanto constitui tema bastante estudado pela doutrina norte-americana a fim de facilitar o reconhecimento, na prática forense (ou seja, durante o *trial*), de uma *leading question*. Neste momento, partirei das observações procedidas quando da análise bibliográfica sobre a sintática, a semântica e a pragmática das perguntas, haja vista que a abordagem dos juristas norte-americanos está permeada de pesquisas na área da linguística. Ainda neste contexto, estudarei o que Melilli chama de “qualidade relativa” das *leading questions*, a demonstrar que a compreensão das tipologias de questões é essencial para que se atribua a uma pergunta o caráter de *leading question* e, conseqüentemente, faça incidir as regras que dispõem sobre estes questionamentos altamente sugestivos.

Por derradeiro, verificarei como se dá o controle das *leading questions* no direito norte-americano, perpassando o direito jurisprudencial e o regramento a respeito deste controle. O objetivo aqui é analisar a postura dos magistrados de primeira e segunda instâncias, além de pontuar as possibilidades de reversão de uma decisão baseada nas regras sobre as *leading questions*.

3.1 COMPREENDENDO AS LEADING QUESTIONS

Muito mais do que meras “perguntas sugestivas”, as *leading questions* devem ser vistas como instrumentos eficazes nas mãos de um advogado e como antigo objeto de estudo dos juristas norte-americanos. Não bastasse isso, esse tipo de questionamento recebeu grande atenção do legislador estadunidense, que nas *Federal Rules of Evidence* não poupou esforços a fim de regulamentar o uso destas questões tanto na *direct examination* quanto na *cross-examination*.

Assim sendo, no presente trecho deste trabalho, pretendo apresentar a visão que se tem das *leading questions* no cenário do *trial* norte-americano, perpassando, além da legislação federal sobre o assunto — com breves menções às legislações estaduais —, pelos apontamentos da doutrina e da jurisprudência. O trabalho não intenta ser exaustivo, de todo modo, a análise atentar-se-á aos detalhes das *leading questions*.

3.1.1 O que são Leading Questions?

Começo, pois, a abordagem pelo conceito de *leading question*, ou melhor, pela noção que se tem no direito norte-americano a respeito desse tipo de questionamento.

Embora sensivelmente traduzido pela expressão “perguntas sugestivas”, o termo *leading question* quer significar mais do que isso. No direito estadunidense, explica Jack Mazzara¹³¹, as *leading questions* são geralmente reconhecidas como aquelas perguntas que pedem por uma *yes or no answer*, que são impróprias na *direct examination* e as quais um advogado tem o direito de usar na *cross-examination*. No entanto, como adverte Mazzara¹³², nenhuma dessas afirmações se mostra precisa.

¹³¹ MAZZARRA, Jack. Leading Questions on Direct And Cross-Examination. Michigan Bar Journal, march 2013, p. 36. Disponível em: <<http://www.michbar.org/file/journal/pdf/pdf4article2179.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

¹³² MAZZARRA, loc. cit.

O *Black's Law Dictionary*¹³³, por sua vez, define uma *leading question* como “uma questão que sugere a resposta para a pessoa que está sendo interrogada” ou “uma questão que pode ser respondida por um mero ‘sim’ ou ‘não’”.

O *McCormick on Evidence*, um dos mais famosos manuais de direito probatório norte-americano, explica que uma *leading question* é aquela questão que sugere para a testemunha a resposta desejada pelo inquiridor, ressaltando que uma questão pode ser *leading* por causa da sua forma, mas geralmente a mera forma de uma questão não indica se ela é *leading* ou não¹³⁴. O manual completa, nessa senda, asseverando que uma questão que contenha uma frase como “ele não fez?” é óbvia e invariavelmente *leading*, mas quase qualquer outro tipo de questão pode ser *leading* ou não, dependendo do conteúdo e do contexto¹³⁵.

A experiência estadunidense nos mostra que uma questão não se torna *leading* apenas porque é sugestiva ou porque pede por uma resposta que seja “sim” ou “não”¹³⁶. Se assim fosse, toda questão poderia ser considerada *leading* no sentido de que direciona a atenção da testemunha para um evento ou tópico particular. Sobre esse ponto, observo que a Suprema Corte de Maine decidiu da seguinte maneira:

Toda pergunta é sugestiva no sentido de que direciona a atenção da testemunha para um evento particular ou tópico. Uma *leading question* objetável não apenas solicita uma resposta concernente a um tópico específico, mas também sugere a específica resposta desejada no que diz respeito a este tópico. Não é necessariamente inadequado que o advogado pergunte para a sua testemunha uma pergunta detalhada e contundente que possa ser respondida com ‘sim’ ou ‘não’. Uma *leading question* objetável ocorre quando a questão sugere para a testemunha a resposta que é desejada, diminuindo, assim, a probabilidade de que a resposta será a verdade.¹³⁷

¹³³ GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009, pp. 969-970.

¹³⁴ BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 17.

¹³⁵ BROUN et al., loc. cit.

¹³⁶ A propósito, já decidiu a Suprema Corte da Califórnia: “[a] question calling for a 'yes' or 'no' answer is a leading question only if, under the circumstances, it is obvious that the examiner is suggesting that the witness answer the question one way only, whether it be 'yes' or 'no.’” (*People v. Williams*, 16 Cal.4th 635, 66 Cal.Rptr.2d 573, 941 P.2d 752 (1997)).

¹³⁷ “Every question is leading in the sense that it directs the witness's attention to a particular event or topic. An objectionably leading question not only solicits an answer concerning a specific topic but also suggests a desired specific answer in regard to that topic. It is not necessarily improper for counsel to ask his witness a detailed and pointed question that may be answered "yes" or "no." Objectionable leading occurs when the question suggests to the witness the answer that is desired, thereby diminishing the likelihood that the answer will be the truth.” (*State v. Weese*, 424 A.2d 705, 709 (Me. 1981))

Daí se dizer que uma objetável — e verdadeira — *leading question* não apenas solicita uma resposta sobre um tópico específico, mas também sugere a *específica resposta* a respeito daquele tópico. Portanto, não é impróprio que um advogado pergunte para a sua testemunha (na *direct examination*) uma questão detalhada que possa ser respondida com um "sim" ou um "não", até porque o *trial* certamente não chegaria a lugar nenhum se a inquirição não fosse, em alguma medida, *leading* — ou, para ser mais preciso, *sugestiva*.

Além dos casos em que a pergunta sugere a específica resposta, uma questão também pode ser *leading* quando contenha, em sua estrutura, fatos que deveriam ter sido originados no e a partir do testemunho — em suma, quando contenha a verdade sobre fatos controversos. A Suprema Corte de Nova Jersey expôs esta compreensão já em 1961, conforme revela trecho do seguinte julgado:

Em certo sentido toda questão é ‘*leading*’. Se a inquirição não fosse *lead*, o *trial* não chegaria a lugar nenhum. De fato o vício de uma pergunta tal como “Qual sua posição neste caso?” é que ela não sugere suficientemente e, dessa maneira, seria negar à parte contrária a oportunidade de se proteger contra o tipo grosseiro de prova indevida. Uma questão deve convidar a atenção da testemunha para algo. Nenhuma fórmula pode ser estabelecida com confiança de que abarcará todas as situações. Mas pode ser dito que ordinariamente uma questão não é imprópria *leading* até que sugira qual deva ser a resposta ou contenha fatos os quais nas circunstâncias podem e devem se originar com a testemunha¹³⁸.

Dessa maneira, para compreender uma *leading question* é preciso ir muito além da noção de “pergunta sugestiva”, bem como escapar à ideia de que uma pergunta tornar-se-ia *leading* por exigir uma resposta que seja “sim” ou “não”. A resposta apenas encontra sua liberdade em relação à questão que a gerou¹³⁹. Não há, portanto, uma pergunta que não sugira algo; toda

¹³⁸ No original: “In a sense every question is ‘leading’. If interrogation did not lead, a trial would get nowhere. Indeed one vice of a question such as, ‘What is your position in this case?’, is that it does not lead enough, and thus would deny the opposing party an opportunity to guard against the rankest kind of improper proof. A question must invite the witness’s attention to something. No formula can be stated with confidence that it will embrace all situations. But it may be said that ordinarily a question is not improperly leading unless it suggests what the answer should be or contains facts which in the circumstances can and should originate with the witness.” (*New Jersey v. Abbott*, 36 NJ 63, 78–79; 174 A2d 881 (1961))

¹³⁹ Escreve Michel Meyer sobre o *lógos*: “O *lógos* deve poder expressar as perguntas e as respostas preservando sua diferença. É preciso cessar de considerar a proposição e o julgamento como unidade do pensamento e do discurso. Eles nunca passam de *respostas*, e em razão disso remetem às questões que, ao resolverem, aparentemente fazem desaparecer. Alguém que fala ou que escreve sempre tem em mente uma questão, mas não a expressa, forçosamente, porque esse não é o objetivo, sendo este antes resolver ou dizer o que a resolve. De modo semelhante, toda resposta

questão indica um caminho a ser seguido pelo respondente. Ou seja, toda questão é *leading* (a tradução correta, conforme já adverti, seria *sugestiva*) no sentido de que direciona a atenção da testemunha para determinado tópico ou evento particular, contudo, isso não a torna uma *leading question*.

Com efeito, conforme visto, uma questão é *leading* porque (i) sugere a *específica* resposta para determinada pergunta ou (ii) assume a verdade de fatos que ainda estão em disputa. Assim, conquanto simples, a definição da Corte de Apelação de Texarkana parece resumir de forma precisa aquilo que defendo em termos de compreensão das *leading questions*: “Uma *leading question* exprime uma questão de modo que ela ou sugere a resposta desejada, ou assume a verdade de um fato controverso”,¹⁴⁰.

Entender de modo diverso seria alargar sobremaneira a noção de *leading question* e, assim, atribuir efeitos que não os desejados pelo legislador para a pergunta realizada (tal como a proibição de formulá-la na *direct examination*, consoante demonstrarei adiante). Essa noção ampla de *leading question* está muito presente nas decisões mais antigas e na literatura clássica sobre o assunto, sendo interessante recordar o entendimento manifestado pela Suprema Corte do Texas em 1891, quando decidiu que uma *leading question* seria aquela questão que

admite uma resposta simplesmente com uma afirmação ou negação, ou que, incorporando um fato material, sugere a resposta desejada. Uma pergunta que contenha ‘uma série ou grupo de fatos’ e admite uma resposta completa por pura uma afirmação ou negação é claramente *leading*. Uma questão é *leading* se permite que a testemunha ‘ecoe de volta’ a linguagem do inquiridor, e permite que o inquiridor conduza mesmo uma testemunha honesta, de tal forma a dar ao testemunho uma falsa cor, e mesmo grosseiramente distorcê-lo.¹⁴¹

encontra sua liberdade em relação à questão que a gerou, e ela pode portanto remeter a outras questões.” (MEYER, Michel. *A retórica*. São Paulo: Ática, 2007, p. 40).

¹⁴⁰ No original: “A leading question phrases a question so that it either suggests the answer desired or assumes the truth of a disputed fact.” (*Callahan v. State*, 937 S.W. 2d 553, 557 (Tex. App.--Texarkana 1996, no pet.))

¹⁴¹ No original: “In 1891, the Texas Supreme Court laboriously defined a leading question as one that: admits of an answer simply in the affirmative or negative, or which, embodying a material fact, suggests the desired answer. A question which contains “a series or group of facts,” and admits of a complete answer by a bare affirmation or negation, is clearly leading. A question is leading if it enables the witness “to echo back” the language of the examiner, and enables the examiner to lead even an honest witness in such a manner as to give the testimony a false color, and even grossly distort it.” (SIMPSON, Fred; SELDEN, Deborah. *Objection: Leading question!*. *Texas Bar Journal*, State of Texas, v. 61, 1998.). Os autores citam o seguinte precedente: *San Antonio & A.P. Ry. Co.*, 50 S.W. at 124 (citing *Lott v. King*, 79 Tex. 292, 15 S.W. 231 (1891))

Hodiernamente, conforme escreve Kenneth Melilli, existe uma “proposição universalmente aceita de que uma *leading question* é uma questão que sugere a resposta desejada”¹⁴². Para comprovar isso, o autor cita dezenas de autores que assim definem as *leading questions*, assumindo que se trata de um entendimento pacífico na doutrina¹⁴³. Portanto, não adoto tal definição apenas por um critério qualitativo (delimitação mais estrita da expressão), mas também por tal conceito constituir o mais comum e aceito na doutrina norte-americana.

Por fim, encerrando o tópico, advirto que não é apenas a forma e o conteúdo de uma pergunta que a tornam *leading*. O contexto no qual a pergunta foi feita, as palavras usadas, o tom de voz, os gestos realizados pelo advogado, dentre outros fatores podem tornar uma questão *leading*¹⁴⁴. Contudo, tais fatores importam para definir qual pergunta sugere a resposta desejada¹⁴⁵, transcendendo a breve noção de *leading question* aqui apresentada, consistente na ideia de que uma questão é *leading* quando sugere a específica resposta ou quando contenha a verdade sobre fatos controversos. A problemática a respeito do *modo* como uma pergunta sugere a resposta desejada é extremamente complexa e será abordada em outro momento deste estudo.

3.1.2 Leading on Direct Examination

A *direct examination*, também chamada *examination-in-chief*, constitui, segundo o *Black Law's Dictionary*, “[a] primeira inquirição de uma testemunha no *trial* ou em outro

¹⁴² Escreve Melilli: “The task would be appear to be made even more facile by the universally-accepted proposition that a leading question is a question that suggest the desired answer” (MELILLI, Kenneth. “Leading Questions on Direct Examination: A More Pragmatic Approach”. *American Journal Of Trial Advocacy*, v. 27, 2003-2004, p. 155).

¹⁴³ MELILLI, op.cit., p. 155-156, n2. No mesmo sentido concluem Richard Ogle, Allen Parkman e James Porter: “The problem, of course, to which there may not always be an obvious answer, is whether or not a question is leading.” (OGLE, Richard; PARKMAN, Allen; PORTER, James. “Questions: Leading and otherwise: a framework for judicial discretion”. *Judges' Journal*, v. 19, v.3, p. 43)

¹⁴⁴ Nesse sentido, escrevem Richard Ogle, Allen Parkman e James Porter: “The ways in which a desired reply can be suggests include: (1) emphasis on certain words, (2) tone of the questioner, (3) nonverbal conduct of the questioner, (4) the questioner's inclusion of facts still in controversy, and (5) the question's form.” (OGLE, Richard; PARKMAN, Allen; PORTER, James. “Questions: Leading and otherwise: a framework for judicial discretion”. *Judges' Journal*, v. 19, v.3, p. 43)

¹⁴⁵ Conforme pontua Kenneth Melilli, “[o]s problemas surgem, no entanto, porque não há nem consenso nem clareza quanto às questões que sugerem as respostas desejadas”. No original: “Problems arise, however, because there is neither consensus nor clarity as to which questions suggest the desired answers” (MELILLI, Kenneth. “Leading Questions on Direct Examination: A More Pragmatic Approach”. *American Journal Of Trial Advocacy*, v. 27, 2003-2004, p. 156).

procedimento, conduzida pela parte que a chamou para testemunhar”¹⁴⁶. Da mesma forma, Oscar Cardoso escreve que “[o] *direct examination* (exame direto), também denominado *examination-in-chief*, é a oitiva de uma testemunha pela parte que a arrolou para prestar seu depoimento”¹⁴⁷.

Apondo que se trata de “primeira inquirição” porque “o ordenamento jurídico estadunidense, em determinadas hipóteses, permite a chamada *re-examination*, que possibilita às partes justamente a reinquirição da testemunha, mediante os institutos da *re-direct* e da *re-cross examination*”¹⁴⁸. Nessa senda, conclui Kézia:

o objeto da *re-direct*, em regra, limita-se aos novos fatos suscitados na inquirição adversa precedente. Entretanto, o juiz, no exercício da sua discricionariedade, pode ampliar a sua abrangência, permitindo que a parte suscite matérias relevantes que, por descuido, deixou de mencionar durante a inquirição direta.¹⁴⁹

De acordo com o *McCormick on Evidence*, “[a] arte de inquirir diretamente a sua própria testemunha, e de contar uma história complexa pela boca de sua própria testemunha, é muito mais importante, embora talvez menos difícil, do que a arte da inquirição cruzada”¹⁵⁰.

Na *direct examination*, consoante Jack Mazzara, as *leading questions* oferecem essencialmente dois perigos: (i) a criação de falsas memórias na testemunha; e (ii) a utilização de uma testemunha favorável para confirmar a versão dos fatos apresentada pelo advogado¹⁵¹. Diz-se, basicamente, que a razão para restringir o uso de *leading questions* na inquirição direta é o

¹⁴⁶ No original: “The first questioning of a witness in a trial or other proceeding, conducted by the party who called the witness to testify” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009, p. 526).

¹⁴⁷ CARDOSO, Oscar Valente. “Direct examination e cross-examination no processo civil brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, jun. 2009, p. 83.

¹⁴⁸ BORGES, Kézia Borba. *Inquirição de testemunhas no processo civil: um estudo à luz do direito estadunidense*. 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 45.

¹⁴⁹ BORGES, op. cit., p. 46.

¹⁵⁰ No original: “The art of direct examination of your own witness, and of telling a composite story from the mouths of your own witness, is far more important, though perhaps less difficult, than the art of cross-examination.” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 4. ed. St. Paul: West Publishing, 1992, p. 8). Na última edição consultada: “Cross-examination can be more dramatic than direct examination, and skill in cross-examination may be more difficult to develop than the essential skill of direct examination, constructing a coherent, compelling narrative from the mouths of your own witnesses. However, the latter skill is far more important” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 15).

¹⁵¹ MAZZARA, Jack. Leading Questions on Direct And Cross-Examination. *Michigan Bar Journal*, march 2013, p. 37. Disponível em: <<http://www.michbar.org/file/journal/pdf/pdf4article2179.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

fato de ser preferível a versão dos fatos da testemunha do que o testemunho do causídico¹⁵². Afinal, “[s]e a testemunha é simpática à causa do advogado (como é normalmente o caso quando a testemunha é chamada na *direct examination*), o risco é que ela vai ser muito facilmente levada a simplesmente afirmar a declaração fechada do advogado”¹⁵³.

Segundo Melilli, três são as razões para se proibir as *leading questions* na *direct examination*:

Leading questions geralmente não são permitidas na *direct examination* por três razões. Em primeiro lugar, a testemunha poderia voluntariamente aderir à versão sugerida dos eventos. Em segundo lugar, a questão poderia induzir a testemunha a uma falsa memória. Em terceiro lugar, a questão poderia distrair a testemunha de detalhes não incluídos na pergunta.¹⁵⁴

Conforme Melilli, contudo, “[n]enhuma dessas razões é uma justificativa substancial para a proibição de *leading questions*.”¹⁵⁵ E prossegue:

A primeira razão — aquiescência da testemunha para a versão dos eventos de quem realiza a inquirição — presume que a testemunha está disposta a cometer perjúrio. Nos casos pouco frequentes em que uma testemunha está disposta a fazê-lo, é difícil ver como uma *leading question* é necessária, ou mesmo relevante, para o falso testemunho. Na verdade, é improvável que o advogado saiba como formular a *leading question*, a menos que a testemunha já se comprometeu com a falsa versão dos eventos antes do *trial*.

A segunda razão — induzir falsas memórias — pressupõe uma combinação improvável de uma testemunha pouco inteligente com um inquiridor hipnoticamente poderoso. Mesmo no caso improvável de que a memória de uma testemunha sobre o evento possa ser alterada pelas *leading questions*, isso quase sempre é realizado durante a preparação privada e não regulamenta da testemunha antes do *trial* e não pela primeira vez durante o próprio *trial*.

A terceira razão — a exclusão de detalhes não contidos na *leading question* — é facilmente sanada por perguntas adicionais na *direct* ou na *cross-examination*, dependendo da identidade do beneficiário de tais detalhes.¹⁵⁶

¹⁵² MAZZARA, loc. cit.

¹⁵³ No original: “If the witness is sympathetic to the lawyer’s cause (as is ordinarily the case when the witness is called on direct) the risk is that he will be too easily led to simply affirm the closed-ended statement of the lawyer.” (MAZZARA, loc. cit.)

¹⁵⁴ No original: “Leading questions are disallowed generally on direct examination for three reasons. First, the witness might willingly accede to the suggested version of the events. Second, the question might induce a false memory on the part of the witness. Third, the question might distract the witness from details not included in the question.” (MELILLI, op. cit., p. 158).

¹⁵⁵ “None of these rationales is a substantial justification for the prohibition against leading questions.” (MELILLI, loc. cit.).

¹⁵⁶ No original: “The first rationale - acquiescence by the witness to the questioner’s version of the events - presumes that the witness is willing to commit perjury. In the hopefully infrequent instances in which a witness is willing to do

De toda forma, a Regra 611(c) das *Federal Rules of Evidence* estabelece que as *leading questions* não devem ser empregadas na *direct examination*, exceto quando necessárias para desenvolver a inquirição¹⁵⁷. Nesse sentido, dispõe:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas

[...]

(c) **Leading Questions.** *Leading questions* não devem ser empregadas na *direct examination*, exceto quando necessárias para desenvolver a inquirição da testemunha. Ordinariamente, a corte deve permitir essas perguntas:

[...]

(2) quando a parte convoca uma testemunha hostil, uma parte adversa, ou uma testemunha que se identifique com uma parte adversa.¹⁵⁸

Por serem proibidas na *direct examination*, as *leading questions* geralmente são estudadas com maior profundidade quando da abordagem da inquirição direta. No entanto, a respeito da “proibição”, observo que as Cortes federais têm interpretado que a possibilidade de formulação de uma *leading question* deve ser analisada pelo juiz do *trial*, quem vê a testemunha e pode determinar, no interesse da verdade e da justiça, se as circunstâncias justificam o uso deste tipo de questão. Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos:

so, it is hard to see how a leading question is necessary, or even relevant, to the false testimony. In fact, the lawyer is unlikely to know how to phrase the leading question unless the witness has already committed himself to the false version of the events prior to trial.

The second rationale - induced false memory - presupposes some unlikely combination of a weak-minded witness with a hypnotically powerful questioner. Even in the unlikely event that a witness's memory of the event could be altered by leading questions, this would almost always be accomplished during the private and unregulated witness preparation before trial and not for the first time during the trial itself.

The third rationale - the exclusion of details not contained in the leading question - is easily remedied by additional questions on direct or cross-examination, depending upon the identity of the beneficiary of such details.” (MELILLI, op. cit., pp. 158-159).

¹⁵⁷ Sydney A. Beckman analisa, no Apêndice C de seu artigo, todas as Regras sobre Prova dos estados-membros da federação estadunidense. Por meio da análise das *Rules of Evidence*, podemos concluir que todas Regras da federação não se afastam do regramento proposto pelas *Federal Rules of Evidence*. Para maiores detalhes, v. BECKMAN, Sydney A. Witness Response Manipulation Through Strategic “Nonleading” Questions (Or The Art Of Getting The Desired Answer By Asking The Right Question). *Southwestern Law Review*, v. 43, n. 1, 2013.

¹⁵⁸ Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence

[...]

(c) **Leading Questions.** Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness's testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions:

[...]

(2) when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party.

O advogado anunciou que as respostas da testemunha o pegaram de surpresa, e pediu que lhe fosse permitido formular *leading questions* à testemunha. Isso foi permitido, e não podemos dizer que a Corte, ao decidir desse modo, cometeu erro. Em tais matérias, deve-se deixar muito mais a critério da discricção do juiz, quem vê a testemunha e pode, portanto, determinar, no interesse da verdade e da justiça, se as circunstâncias justificam a formulação de *leading questions* para uma testemunha pela parte que a convidou a testemunhar.¹⁵⁹

Tal interpretação atribui um caráter de recomendação¹⁶⁰ à norma inserta na Regra 611(c), não se podendo olvidar, é claro, conforme já mencionado, que as próprias *Federal Rules of Evidence* preveem a utilização das *leading questions*, na inquirição direta, quando estas forem necessárias para desenvolver a inquirição da testemunha. O amplo poder discricionário do juiz do *trial* para permitir ou negar o uso de *leading questions* na *direct examination* é controlado pela Corte de Apelação. Mazzara aponta que “[u]ma corte de apelação pode reverter uma decisão da corte do *trial* quanto a este ponto somente quando haja um claro abuso de discricção e o erro resultou em prejuízo substancial”¹⁶¹.

De acordo com Mazzara, “existem numerosas e crescentes exceções à regra geral contra *leading questions* na *direct examination*”¹⁶². Algumas delas estão previstas na própria Regra 611, a saber, quando a testemunha for hostil, for uma parte adversa, ou possuir uma relação estreita com uma parte adversa. Outras exceções são reconhecidas judicialmente pelas Cortes do *trial*,

¹⁵⁹ No original: “The attorney announced that the answers of the witness had taken him by surprise, and asked that he be permitted to put leading questions to him. This was allowed, and we cannot say that the court in so ruling committed error. In such matters much must be left to the sound discretion of the trial judge who sees the witness, and can, therefore, determine in the interest of truth and justice whether the circumstances justify leading questions to be propounded to a witness by the party producing him.” (*St. Clair v. US*, 154 US 134, 150; 14 S Ct 1002; 38 L Ed 936 (1894)).

¹⁶⁰ Exemplificando tal entendimento: *United States v. De Fiore*, 720 F.2d 757, 764 (2d Cir. 1983), cert. denied, 466 U.S. 906, and cert. denied, 467 U.S. 1241 (1984). Um julgado recente da Corte de Apelações do Segundo Circuito também reconheceu tal caráter, nos seguintes termos: “Plaintiff next declares that even if she is not entitled to judgment as a matter of law, she is at least entitled to a new trial for a number of reasons. The first is that the trial judge allowed defendant's counsel to lead non-hostile witnesses on different occasions. In making this assertion appellant overlooks the fact that the language of Federal Rule of Evidence 611(c) expressing a preference for non-leading questions is only precatory and, that generally trial judges are afforded a large degree of discretion in overseeing the examination of witnesses. See *United States v. DeFiore*, 720 F.2d 757, 764 (2d Cir.1983); Fed.R.Evid. 611 advisory committee's note (1972); Jack B. Weinstein & Margaret A. Berger, Weinstein's Federal Evidence § 611.06[1] (2d ed.1999). In any event, the leading questions in this case can hardly be said to have been prejudicial.” (*Sanders v. NYC Human Resources Admin*, 361 F3d 749, 757 (CA 2, 2004)). Apontando o mesmo entendimento, v. BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 17.

¹⁶¹ MAZZARA, op. cit., p. 37. Para tanto, Mazzara cita dois precedents: *People v. Watson*, 245 Mich App 572, 587; 629 NW2d 411 (2001); *Woods v. Lecureux*, 110 F3d 1215, 1222 (CA 6, 1997).

¹⁶² “There are ‘numerous and growing’ exceptions to the general rule against leading questions on direct.” (MAZZARA, op. cit., p. 38.).

que permitem o uso de *leading questions* quando tais perguntas sejam "necessárias para desenvolver o depoimento da testemunha". As Cortes também lançam mão de seu controle abrangente sobre o modo de inquirição da testemunha em conformidade com a Regra 611 (a) das *Federal Rules of Evidence*:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas

(a) Controle pela Corte; Propósitos. A corte deverá exercer o controle razoável sobre a maneira e a ordem de inquirição da testemunha e sobre a apresentação das provas, de modo a:

- (1) fazer com que esses procedimentos sejam eficazes para a determinação da verdade;
- (2) evitar o desperdício de tempo; e
- (3) proteger a testemunha de distrato ou de constrangimento indevido.¹⁶³

Exercendo o controle razoável sobre a maneira de inquirição da testemunha, as Cortes têm permitido *leading questions* na *direct examination* quando a testemunha for jovem, idosa, tímida, encontrar-se nervosa, confusa, assustada ou enferma, possuir um inglês deficiente, caracterizar-se pela pouca inteligência ou tiver sofrido um lapso de memória¹⁶⁴. Sobre essas exceções, mostra-se precisa a crítica feita por Melilli:

Estas circunstâncias são precisamente aquelas em que os perigos previstos das *leading questions* estariam mais presentes. Ainda assim, nós relaxamos a proibição contra as *leading questions* nestas mesmas situações porque é claramente preferível suportar os

¹⁶³ Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence

(a) Control by the Court; Purposes. The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to:

- (1) make those procedures effective for determining the truth;
- (2) avoid wasting time; and
- (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment.

¹⁶⁴ Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: "The appellant contends that reversible error resulted from the trial court's permitting leading questions to Lulu Faye. As the court pointed out, she was a reluctant witness, only fifteen years of age. The transcript shows that she was nervous and upset. The district court properly exercised discretion in allowing leading questions." (*Rotolo v. United States*, 404 F.2d 316 (5th Cir. 1968)); "The prosecuting witness here was a young, timid Indian girl. She was in strange surroundings. The questions, of necessity, were embarrassing to her. She testified in a timid, halting manner. Under these circumstances, it was necessary to ask her some leading questions to elicit from her the material facts. It is sufficient to say that we have examined the record and conclude that no reversible error was committed in permitting such leading questions as were asked." (*Antelope v. United States*, 185 F.2d 174 (10th Cir. 1950)). Ainda, sobre o tema, v. OGLE, Richard; PARKMAN, Allen; PORTER, James. "Questions: Leading and otherwise: a framework for judicial discretion". *Judges' Journal*, v. 19, v.3, p. 43; MELILLI, Kenneth. "Leading Questions on Direct Examination: A More Pragmatic Approach". *American Journal Of Trial Advocacy*, v. 27, 2003-2004, p. 159; SIMPSON, Fred; SELDEN, Deborah. "Objection: Leading question!". *Texas Bar Journal*, State of Texas, v. 61, 1998; BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 18.

perigos improváveis das *leading questions* para a alternativa acima mencionada de apresentar uma prova relevante.¹⁶⁵

E arremata Melilli:

Afinal, se o princípio [de não perder uma prova relevante] justifica o abandono da proibição de formulação de *leading question* nas situações em que as preocupações sobre *leading questions* são maiores, então por que alguém impõe a restrição de formulação de *leading question* em circunstâncias menos arriscadas?¹⁶⁶

As *leading questions* também são permitidas quando forem feitas de forma preliminar ou sobre informações colaterais, tais como nome, residência, idade, relação para com as partes e demais questões que não estão em disputa no litígio¹⁶⁷. Segundo Mazzara, essas exceções decorrem “da autoridade da corte sob a Regra 611 (a) para controlar o modo de questionamento ‘a fim de evitar o consumo desnecessário de tempo’.”¹⁶⁸

Por fim, observo que as *leading questions* também poderão ser autorizadas para refrescar a memória de uma testemunha sobre uma declaração prévia ou para corrigir e clarificar o testemunho¹⁶⁹.

¹⁶⁵ No original: “These circumstances are precisely those in which the predicted dangers of leading questions would be most present. Yet we relax the proscription against leading questions in these very situations because enduring the improbable dangers of leading questions is plainly preferable to the alternative of foregoing the presentation of relevant evidence.” (MELILLI, op. cit., p. 159).

¹⁶⁶ No original: “After all, if the principle justifies abandoning the leading question ban in the situations in which the concerns about leading questions are greatest, then why would one enforce the leading question restriction in less risky circumstances?” (MELILLI, op.cit., p. 160).

¹⁶⁷ Há precedente a respeito do tema: “Oftimes leading questions are asked on preliminary and collateral matters to expedite the trial. In any event the control of leading questions is a matter left to the discretion of the trial judge. Absent an abuse of this discretion, there can be no prejudicial error and the appellants in this case have not shown that any of the rulings of the experienced trial judge were erroneous, let alone prejudicial.” (*McClard v. United States*, 386 F.2d 495 (8th Cir. 1967)). A exceção é mencionada amplamente pela doutrina norte-americana, v. DENROCHE, G. Stephen. Leading questions. *The Criminal Law Quarterly*, v. 21, 1963-1964, pp. 23-24; OGLE, Richard; PARKMAN, Allen; PORTER, James. loc. cit.; EHRHARDT, Charles; YOUNG, Stephanie. Using leading questions during direct examination. *Florida State University Law Review*, v. 23, fall-1995; MELILLI, Kenneth. loc. cit.

¹⁶⁸ No original: “This flows from the trial court's authority under Rule 611(a) to control the mode of questioning ‘to avoid needless consumption of time’.” (MAZZARA, op. cit., p. 38).

¹⁶⁹ Mazzara (op. cit., n32) menciona os seguintes precedentes a respeito: *Stone v. Standard Life & Acc Ins Co.*, 71 Mich 81, 85; 38 NW 710 (1888); *Gary Harmon Cement Contractor, Inc v. Highland Dairy, LLC*, 2012 Mich App LEXIS 858 (2012).

3.1.3 Leading on Cross-examination

A *cross-examination*, segundo o *Black's Law Dictionary*, constitui a “inquirição de uma testemunha, durante o trial, pela parte oposta àquela que arrolou a testemunha”¹⁷⁰. De acordo com Oscar Cardoso, por sua vez, a inquirição cruzada “consiste na possibilidade de as partes (ou seus advogados) diretamente realizarem perguntas à parte adversa ou às testemunhas por esta arroladas”¹⁷¹.

O que deve ser bem observado, todavia, é que, no modelo *adversarial* clássico norte-americano, a *cross-examination* seria um duelo entre advogado e testemunha, no qual o causídico busca desacreditar o testemunho ou a testemunha geralmente por meio de *leading questions*. Francis Wellman, por exemplo, é enfático a respeito: “Ela [a *cross-examination*] envolve todos os tons e aspectos da moral humana, paixões e inteligência humanas. É um duelo mental entre advogado e testemunha”¹⁷².

Broun et al. escrevem que a *cross-examination* possui três principais funções, a saber: (i) lançar luz sobre a credibilidade do testemunho direto; (ii) trazer fatos adicionais em relação àqueles que foram elucidados na *direct examination*, e; (iii) nos estados que não seguem a regra de que a *cross-examination* está limitada à matéria da *direct*, trazer novos elementos que tendem a esclarecer qualquer questão do caso¹⁷³.

A Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence* estabelece que as *leading questions* devem ser ordinariamente permitidas na *cross-examination*:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas
[...]

¹⁷⁰ No original: “The questioning of a witness at a trial or hearing by the party opposed to the party who called the witness to testify.” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009, p 433).

¹⁷¹ CARDOSO, Oscar Valente. “Direct examination e cross-examination no processo civil brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, jun. 2009, p. 84.

¹⁷² No original: “It involves all shades and complexions of human morals, human passions, and human intelligence. It is a mental duel between counsel and witness.” (WELLMAN, Francis L. *The art of cross-examination*. New York: Touchstone, 1997, p. 25).

¹⁷³ BROUN et al., op. cit., pp. 70-71.

(c) **Leading Questions.** *Leading questions* não devem ser empregadas na *direct examination*, exceto quando necessárias para desenvolver a inquirição da testemunha. Ordinariamente, a corte deve permitir essas perguntas:
(1) na *cross-examination*; e¹⁷⁴

No contexto da *cross-examination*, as *leading questions*¹⁷⁵ são vistas como um direito da parte adversária¹⁷⁶. Nesse sentido, o manual *McCormick on Evidence* explica:

Durante dois séculos, juízes de *common law* e advogados têm considerado a oportunidade da *cross-examination* como salvaguarda essencial da exatidão e completude do testemunho, e eles têm insistido que a oportunidade é um direito, e não um mero privilégio.¹⁷⁷

No entanto, tal direito não é absoluto e encontra-se sujeito à discricção do juiz¹⁷⁸. A Corte do *trial* geralmente não permite *leading questions* na inquirição cruzada quando a testemunha for identificada como amigável para o advogado que realiza a *examination*¹⁷⁹, interpretando a regra sobre a utilização de *leading questions* na *direct examination*, por assim dizer, *a contrario sensu*¹⁸⁰. Aqui, novamente, Broun et al. resumem com propriedade a matéria:

¹⁷⁴ Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence
[...]

(c) **Leading Questions.** Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness's testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions:

(1) on cross-examination; and.

¹⁷⁵ A propósito, Melilli escreve sobre a formulação de uma *leading question* pelo *cross-examiner*: “When the cross-examiner asks a leading question, it is the attorney, and not the witness, who is really testifying. The state of mind of the cross-examiner when articulating leading questions should be that it is she - the cross-examiner - who is representing to the jury that the fact contained in the leading question is true. The role of the witness is simply to agree with the lawyer” (MELILLI, Kenneth. Trial Technique: Risk Management in Cross-Examination. In *American Journal of Trial Advocacy*, v. 38, fall-2014.).

¹⁷⁶ A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, em 2004, que a *cross-examination* é um interesse primário assegurado pela cláusula do contraditório: “The historical record also supports a second proposition: that the Framers would not have allowed admission of testimonial statements of a witness who did not appear at trial unless he was unavailable to testify, and the defendant had had a prior opportunity for cross-examination. The text of the Sixth Amendment does not suggest any open-ended exceptions from the confrontation requirement to be developed by the courts. Rather, the “right ... to be confronted with the witnesses against him,” Amdt. 6, is most naturally read as a reference to the right of confrontation at common law, admitting only those exceptions established at the time of the founding” (*Crawford v. Washington* (02-9410) 541 U.S. 36 (2004) 147 Wash. 2d 424, 54 P.3d 656, reversed and remanded).

¹⁷⁷ No original: “For two centuries, common law judges and lawyers have regarded the opportunity of cross-examination as an essential safeguard of the accuracy and completeness of testimony, and they have insisted that the opportunity is a right, not a mere privilege.” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 59).

¹⁷⁸ MAZZARA, op. cit., p. 38.

¹⁷⁹ Contudo, existem aplicações diversas, conforme pontuam Broun et al.: “There are, on the other hand, a number of somewhat illogical decisions which permit leading questions on cross-examination even though the witness appears biased in favor of the cross-examiner.” (BROUN et al., op. cit., p. 61).

¹⁸⁰ MAZZARA, loc. cit.

O propósito da *cross-examination*, em essência, é enfraquecer o efeito do testemunho direto, e, além disso, a testemunha da parte adversa é geralmente vista como sendo mais ou menos não cooperativa. Consequentemente, o perigo de aquiescência indevida das sugestões do inquiridor não está ordinariamente presente. As cortes permitem leading na *cross-examination* com base na suposição de que geralmente há uma relação hostil entre a testemunha e o *cross-examiner*. Dada a natureza de seu relacionamento, é improvável que a testemunha aceite cegamente as sugestões implícitas das *leading questions*. No entanto, quando parece que a testemunha é tendenciosa em favor do *cross-examiner*, e suscetível a ceder indevidamente às sugestões das *leading questions*, o juiz, em muitas jurisdições, pode restringir a pergunta [...]. Nas jurisdições em que o escopo interrogatório é limitado, se o inquiridor vai além do campo próprio da *cross-examination*, ele pode ser obrigado a abster-se de formular *leading questions* à testemunha sobre o novo assunto.¹⁸¹

Dessa forma, é importante observar que a *cross-examination*, de acordo com a Regra 611 (b) das *Federal Rules of Evidence* — regra seguida pela maioria dos estados da federação norte-americana¹⁸² — é limitada à matéria que foi objeto da *direct examination* e às matérias que afetem a credibilidade da testemunha:

Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição das Testemunhas e de Apresentação das Provas

[...]

(b) Escopo da *cross-examination*. A *cross-examination* não deve ir além da matéria objeto da *direct examination* e das questões que afetem a credibilidade da testemunha. A corte pode permitir questionamentos sobre temas adicionais, como se estivesse na *direct examination*.¹⁸³

Sobre esse ponto, explica Mazzara:

¹⁸¹ No original: “The cross-examiner’s purpose is often to weaken the effect of the direct testimony, and the witness is commonly assumed to be more or less uncooperative. Consequently there is little risk that the witness will acquiesce in the cross-examiner’s suggestions. The courts permit leading on cross-examination on the assumption that there is usually a hostile relationship between the witness and the cross-examiner. Given the nature of their relationship, the witness is unlikely to blindly accept the suggestions implicit in the questions’ leading phrasing. However, in many jurisdictions when it appears that the witness is biased in the cross-examiner’s favor and likely to yield to the suggestions of leading questions, the judge may forbid the cross-examiner from leading. [...] In jurisdictions limiting the scope of cross-examination, if the examiner goes beyond the proper field of cross-examination he may be required to refrain from leading the witness as to the new subject” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 61).

¹⁸² BROUN et al., op. cit., p. 62.

¹⁸³ Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence

(...)

(b) Scope of Cross-Examination. Cross-examination should not go beyond the subject matter of the direct examination and matters affecting the witness’s credibility. The court may allow inquiry into additional matters as if on direct examination.

Assim, quando a inquirição de uma testemunha se estende para além do âmbito da *direct examination* em um tribunal federal (por exemplo, o estabelecimento de uma defesa afirmativa), o exame deve proceder como na *direct examination*, e, conseqüentemente, as *leading questions* geralmente não devem ser permitidas.¹⁸⁴

Broun et al. escrevem, a respeito dos limites da *cross-examination*, que “[n]os estados que adotam ‘o escopo da *direct*’ como teste, cortes do *trial* e advogados tendem a achar que é mais fácil de administrar o teste como uma regra do que como um padrão flexível de discricção.”¹⁸⁵ No entanto, “as cortes de apelação reverteram muitos casos por erro na aplicação do teste, embora haja uma tendência para dar uma maior amplitude ao poder do juiz do *trial*”¹⁸⁶.

Não há dúvidas, de toda forma, de que as *leading questions* são permitidas na *cross-examination* (dentro dos limites da *direct examination* ou até sem limites, a depender da legislação) de uma parte adversária ou de uma testemunha — que não seja amigável — chamada pela parte adversária, constituindo seu uso uma verdadeira tradição, senão uma arte, conforme alguns doutrinadores estadunidenses criativamente costumam dizer, a exemplo de Wellman em seu clássico *The art of cross-examination*:

O método moderno de estudar qualquer assunto, ou adquirir qualquer arte, é o método indutivo. Isto é ilustrado nas nossas faculdades de direito, onde, em grande medida, casos reais são estudados para chegar aos princípios do direito em vez de adquirir esses princípios unicamente através do método a priori do estudo de manuais. Como já indicado, este método também é a única maneira de se tornar um mestre da arte da *cross-examination*, e, além de experiência pessoal real, é importante estudar os métodos de grandes *cross-examiners*, ou aqueles cuja experiência estendida torna-os guias seguros a seguir. Assim, o escritor acredita que seria decididamente útil para os estudantes da arte da *cross-examination* ter colocado diante deles, em uma forma conveniente e um pouco condensada, algumas boas ilustrações dos métodos de *cross-examiners* bem conhecidas como exibido na prática, na inquirição de testemunhas importantes em *trials* famosos¹⁸⁷.

¹⁸⁴ No original: “Accordingly, when the cross-examination of a witness extends beyond the scope of the direct examination in federal court (e.g., establishing an affirmative defense), the examination should proceed as if on direct, and consequently, leading questions generally should not be allowed.” (MAZZARA, op. cit., p. 38.).

¹⁸⁵ No original: “In the states adopting ‘the scope of the direct’ test, trial judges often find it easier to administer the test as a mechanistic rule rather than as a flexible standard of discretion.” (BROUN et al., op. cit., pp. 65).

¹⁸⁶ No original: “In the past, appellate courts reversed many cases for error in applying the test. Fortunately, the modern trend is to accord wider latitude to the trial judge.” (BROUN et al., op. cit., p. 65).

¹⁸⁷ No original: “The modern method of studying any subject, or acquiring any art, is the inductive method. This is illustrated in our law schools, where to a large extent actual cases are studied, to get at the principles of law instead of acquiring those principles solely through the a priori method of the study of text-books. As already indicated, this method is also the only way to become a master of the art of cross-examination, and, in addition to actual personal experience, it is important to study the methods of great cross-examiners, or those whose extended experience makes them safe guides to follow. Hence, the writer believes it would be decidedly helpful to the students of the art of cross-examination to have placed before them, in a convenient and somewhat condensed form, some good illustrations of the methods of well-known cross-examiners as exhibited in actual practice, in the cross-examination

Tratando da arte da *cross-examination* (ou *cross-examiner's art*), Broun et al. enumeram alguns pontos essenciais para uma boa inquirição cruzada ou, conforme o já citado Francis Wellman, para “se tornar um mestre da arte da *cross-examination*”, quais sejam: (i) preparação é a chave para o sucesso; (ii) no *trial*, escute insistentemente à *direct-examination* (iii) não “cross-examine” sem um propósito definido (elucidar fatos, provar a inconsistência e a contraditoriedade do testemunho direto, etc.), afinal, a *cross-examination* deve ter um objetivo específico no caso; (iii) inquiria cruzadamente para o júri, não para o seu cliente; (iv) faça um ou dois grandes pontos e termine a inquirição da forma que mais lhe favoreça; (v) projete sinceridade.¹⁸⁸

of important witnesses in famous trials.” (WELLMAN. op. cit. p. 175). Da mesma forma, escreve Earl Thomas: “Admittedly, cross-examination is an art, and not a science. Though science is knowledge, and a principle of science is a rule in art, art is the application of knowledge to practice, and is the skill in using it. The rules of the art at best can be no more than general, and even then with many qualifications according to varying circumstances.” (THOMAS, Earl. Cross-examination of Witness. *Mississippi Law Journal*, v. 32, 1960-1961, p. 243)

¹⁸⁸ BROUN et al. op. cit., pp. 72-74.

3.2 PRA NÃO DIZER QUE NÃO FALEI DAS FLORES: TIPOLOGIAS DE QUESTÕES

Nesse ponto do trabalho pretendo abordar principalmente a *forma* pela qual as perguntas são formuladas em juízo. Para tanto, investigo a tipologia de questões formuladas por Brenda Danet, bem como a análise feita por Celina Frade a respeito do uso de *leading questions* na *cross-examination*, perpassando por diversas obras da doutrina norte-americana que abordam o tema. As tipologias de questões e o nível de sugestividade dos tipos de questões são frequentemente estudados pelos juristas estadunidenses que se deparam com a temática das *leading questions*, os quais buscam apontar as perguntas que são, via de regra, vedadas, na *direct examination*, com base na proibição inserta na Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence*.

Dessarte, como estou a estudar as *leading questions* no âmbito do direito processual civil estadunidense, não poderia me furtar a uma análise sobre a tipologia e o grau de sugestividade das principais formas pelas quais se pode formular uma questão. A análise da *forma* tão somente pode não indicar, sempre, se uma pergunta é *leading* ou não, isto é, se sugere a *específica* resposta para determinada pergunta ou se assume a verdade de fatos que ainda estão em disputa. Contudo, tal análise fornece uma base consistente para que o jurista possa compreender o fenômeno das perguntas que apresentam alto nível de sugestividade e, por conseguinte, induzem a uma resposta.

Por fim, pretendo analisar aquilo a que chamo, com base nos estudos de Melilli, de “caráter relativo” das *leading questions*, buscando demonstrar que dificilmente uma pergunta é, de forma absoluta, *leading*, dependendo sempre de um julgamento relativo para que se afira o seu grau de sugestividade. Assim sendo, para não dizer que não falei das flores: de que *modo* uma pergunta se torna *leading*?

3.2.1 Tipos de Questions e Graus de Sugestividade

A sugestividade nos tipos de *questions* é largamente abordada na tradição do *trial* estadunidense. Trata-se de um dos grandes temas da *direct examination*, especialmente à luz da

proibição estabelecida pela Regra 611(c) das *Federal Rules of Evidence*¹⁸⁹. No entanto, a preocupação não é exclusiva quando do estudo da inquirição direta, porquanto, relembra Celina Frade em interessante estudo, “as regras da *cross-examination* têm como consequência o empoderamento linguístico do advogado sobre a testemunha inquirida por meio de perguntas condutivas declarativas e *yes/no questions* coercitivas”¹⁹⁰. É neste contexto, então, como conclui Brenda Danet, que “o advogado usa ao máximo o poder linguístico que lhe é outorgado”¹⁹¹.

Os tipos de *questions* analisam as diferentes formas estruturais pelas quais uma pergunta pode ser formulada pelo causídico. É claro, e cabe desde já a advertência, que a análise das questões não engloba, via de regra, o contexto como um todo — isto é, aquilo que não pode ser reduzido a termo —, incluídos aí o tom de voz, os gestos realizados pelo advogado, expressões faciais, dentre outros pontos daquilo a que chamamos comunicação e parece ter muito de retórica quando é apresentada em juízo¹⁹².

No transcorrer deste trabalho, já abordei a distinção existente entre as chamadas *wh-questions* (*search questions*) e as *alternative questions*, consoante defendido por Karttunen¹⁹³. Rememoro, outrossim, que, de acordo com Karttunen, as *yes/no questions* são consideradas sintaticamente “degeneradas” *alternative questions*¹⁹⁴, possuindo virtualmente a mesma distribuição sintática das questões alternativas, afinal, responder “sim” ou “não” a uma indagação constitui uma escolha.

Recordo ainda que, para Huddleston, semanticamente existem três tipos diferentes de perguntas de acordo com o modo como elas definem o conjunto de respostas possíveis. O

¹⁸⁹ Caso a testemunha da outra parte seja amigável, também haverá controle das *leading questions* na *cross-examination*. Sobre isso, v. MAZZARA. op. cit., p. 38.

¹⁹⁰ FRADE, Celina. *Cross-examination: aspectos genérico-discursivos*. *Caderno de Letras (UFRJ)*, n. 26, jun. 2010, p. 26.

¹⁹¹ DANET, Brenda. *Language in the Legal Process*. *Law & Society Review* 4/3, 1980, pp. 521-522.

¹⁹² Sobre a retórica na produção da prova testemunhal, escreve Carlos Edinger: “O espaço para a retórica na produção da prova testemunhal é anterior e concomitante ao testemunho que é produzido. Ainda que o testemunho produzido possua um viés muito mais demonstrativo, para se chegar a ele temos de utilizar da retórica e da argumentação. Afinal, 'entre a demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, há todo um domínio da argumentação'” (EDINGER, Carlos. *Perguntas sugestivas, verdade e contraditório*. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014, p. 15).

¹⁹³ KARTTUNEN, Lauri. *Syntax and semantics of questions*. *Linguistics and Philosophy*, v. 1, pp. 3-4. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/~laurik/publications/archive/questions.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

¹⁹⁴ KARTTUNEN, op. cit., p. 5.

primeiro tipo de questão são as “perguntas polares”, nos termos do autor, aquelas que pedem por uma resposta que seja “sim” ou “não” (*yes or no questions*). O segundo tipo de questões constituem as perguntas alternativas, “que têm como resposta um conjunto de alternativas dadas na própria pergunta”. O terceiro e último tipo de pergunta, na classificação de Huddleston, são as *wh-questions*, que têm um conteúdo proposicional contendo uma variável.

A rememoração desses pontos se faz essencial justamente porque para compreender uma tipologia de questões são necessários pré-entendimentos a respeito da classificação sintática, semântica e pragmática das perguntas. Dessa forma, como defendido desde o início do trabalho, uma abordagem interdisciplinar, caracterizada, nesse ponto, pelo estudo da semiótica, mostra-se basilar para a compreensão das *leading questions*. Partindo dessas classificações é que Brenda Danet desenvolve uma tipologia de questões fundada no grau de restrição de respostas e intenta apontar algumas soluções para a problemática das perguntas altamente sugestivas.

Ao classificar as *questions* de acordo com os graus em que elas constroem a resposta, Brenda Danet aponta que as chamadas *declarative questions* são perguntas idênticas em forma a uma declaração, exceto pela sua entonação final crescente. Tais questões caracterizam-se pela grande coerção que exercem no respondente, pois dizem mais do que perguntam. A adição de uma pergunta posterior (“Você fez a cama, não fez?”) torna a questão declarativa uma *tag question* e a deixa ainda mais coercitiva.

Após as questões declarativas vêm as *yes/no questions*, que não constroem tanto o respondente quanto as declarativas. As *yes/no questions*, por sua vez, são seguidas pelas *wh-questions*, aquelas questões, como estudado anteriormente, que permitem uma ampla gama de respostas, pois buscam um valor adequado para uma variável ou para um conjunto de variáveis e são *questions* que começam com um pronome interrogativo ou um advérbio, por exemplo, *qual, quem, como, onde* e *por que*.

Menos coercitivas e mais indiretas e polidas que as *wh-questions* são as *requestions*, perguntas que questionam superficialmente o desejo ou a habilidade da testemunha de responder,

parece simples se for considerado que as *leading questions* são apenas questões colocadas ou forjadas de uma forma tal que sugerem a resposta procurada pela pessoa que realiza a inquirição. O problema surge, no entanto, porque não há consenso nem clareza a respeito de quais tipos de questões sugerem a resposta, ou seja, aclarando um pouco a ideia, a partir de quais níveis (ou graus) de sugestividade uma pergunta induz a testemunha ou, como dizem os norte-americanos, *lead* o respondente.

Para alguns doutrinadores norte-americanos, em especial os mais antigos, toda a questão cuja resposta requeira tão somente “sim” ou “não” seria *leading*, ou algo próximo a isso¹⁹⁶. A virtude desse critério é sua clareza e fácil aplicação. Já outros doutrinadores estadunidenses rejeitam a ideia de que o mero fato de uma questão requerer uma resposta que seja “sim” ou “não” torna esse questionamento *leading*¹⁹⁷. A solução para este problema, dizem, é muito mais complexa, e depende de alguns fatores tais como contexto, tom de voz, expressões faciais, gestos, inteligência da testemunha e importância do testemunho para o processo.

O segundo entendimento, reflete Melilli, é preferido na medida em que, ao contrário do critério rígido, evita que se produzam resultados insatisfatórios por meio de uma presunção algemada realizada *a priori*. Contudo, os múltiplos fatores estipulados pelo segundo entendimento para identificar as *leading questions*, ao fim e ao cabo, não constituem nenhum critério. De fato, conforme conclui Melilli, “é de se admitir a impossibilidade de estabelecer um *standard test* para a identificação das *leading questions*, o que torna as regras sobre as *leading questions* objeto de inteira discricção judicial, talvez em um grau inigualável em qualquer outra regra do direito probatório”¹⁹⁸.

A experiência norte-americana (jurisprudencial e doutrinária) ensina que toda pergunta é, e deve ser, em alguma medida, *sugestiva* para desenvolver efetivamente o testemunho desejado. Com efeito, a resposta apenas encontra sua liberdade em relação à questão que a gerou. Não há, portanto, uma pergunta *totalmente* neutra; toda questão indica possíveis caminhos.

¹⁹⁶ MELILLI, op. cit., p. 156.

¹⁹⁷ MELILLI, loc. cit.

¹⁹⁸ MELILLI, op.cit., p. 157.

As perguntas não são cartões em branco encontrados por acaso no chão. Da mesma maneira que um farol para o navegador, uma pergunta situa o respondente, sem necessariamente conduzi-lo em determinado sentido. O leitor mais atento poderia objetar que uma *requestion* (“Você pode nos contar o que aconteceu?”) não situa o respondente. À objeção eu responderia que uma *requestion* indica com facilidade que quem formulou a pergunta está querendo saber o desejo ou a habilidade de uma pessoa para responder a questão. Isso, ao fim e ao cabo, é situar o respondente. Assim como uma *investigation question* (“Quem é ele?”) indica que quem fez a pergunta quer saber a identidade de determinada pessoa; e indica, ainda, que eu deverei atentar ao contexto (entendido aqui como um gesto ou um olhar) para responder a pergunta.

Um farol não indica uma rota a ser seguida pelo navegador incauto; deve ele traçar seu caminho. Ou seja, toda questão é *leading* (a tradução correta, conforme já adverti, seria sugestiva) no sentido de que direciona a atenção da testemunha para determinado tópico, contudo, isso não a torna uma *leading question*, assim compreendida uma categoria mais estrita e vedada em determinadas circunstâncias no direito americano.

Dessarte, partindo dos estudos de Danet já analisados, pretendo propor um modelo de tipologia de *questões*, baseando-me na observação de que toda pergunta possui algum grau de sugestividade e isso não a torna necessariamente *leading*. Para tanto, reanaliso as *questions* e esboço um quadro mais completo de questões, levando em conta as pré-compreensões acerca da semântica, sintática e pragmática das perguntas.

As chamadas *search questions*, embora possuam algum grau de sugestividade, geralmente não são consideradas *leading questions*. As objeções a alguma *wh-question*, caso tenham êxito, geralmente são sustentadas porque a pergunta presumiu a existência de fatos que não estavam em evidência¹⁹⁹. Desta maneira, a forma de uma questão, necessária e tão somente, não determina quão sugestiva ela é. As questões podem ser *leading* em qualquer forma ou substância²⁰⁰, conquanto haja algumas formas que sejam pouco sugestivas.

¹⁹⁹ OGLE; PARKMAN; PORTER, op. cit., p. 44.

²⁰⁰ DANET, op. cit., p. 520.

Como exemplo de *search question* altamente sugestiva, cito a seguinte *wh-question*: “Qual obrigação contratual você não adimpliu?”. Caso o inadimplemento de alguma obrigação seja controverso, esta pergunta pressupõe a existência de fatos que não surgiram a partir do testemunho, constituindo uma *leading question*, nada obstante configure uma *search question* que admita uma ampla gama de respostas. No entanto, repito, via de regra, as *wh-questions* não são consideradas *leading questions*, sendo admitidas na *direct examination* e na *cross-examination* de uma testemunha amigável.

Após as *requestions* (“Você pode nos contar o que aconteceu?”), as *search questions* são aquelas perguntas que possuem, em relação aos demais tipos de questões, menor grau de sugestividade. As *choice questions*, por sua vez, apresentam maior grau de sugestividade em relação às *search questions* (*wh-questions*) e podem ser subdivididas em vários outros tipos de questões, tais como *alternative* e *yes or no questions*. As *alternative questions* (“O carro era azul, amarelo ou vermelho?”) que apresentem três opções de resposta são menos sugestivas do que as *standard yes/no questions* (“O carro era vermelho?”), as quais apresentam apenas duas opções de respostas, “sim” ou “não”, e, portanto, restringem mais.

Atento, contudo, que embora contendo duas opções (“O carro era azul ou amarelo?”), uma *alternative question* ainda permite que o inquirido negue as duas alternativas sugeridas, o que acaba por tornar esse tipo de questão menos sugestiva do que uma *standard yes/no questions* inclusive quando formulada com apenas duas opções de resposta na sua estrutura. Para possuir um grau de sugestividade semelhante ao de uma *standard yes/no question*, a *alternative question* deve poder ser respondida apenas com um ‘sim’ ou um ‘não’, como, por exemplo, a seguinte questão: “O carro era vermelho ou não?”.

Uma *standard yes/no question* torna-se *leading* caso seja formulada de maneira detalhada (“O carro que desrespeitou o semáforo era vermelho, da marca ‘X’, com detalhes em preto e rodas de liga leve?”), tendo em vista que a testemunha é levada a pensar que o advogado não elaboraria uma questão deveras detalhada se não possuísse elementos que lhe dão suporte.

Da mesma forma, se a resposta “não” encadear uma série de novas perguntas, ao passo que a resposta “sim” fizer cessar as perguntas, a testemunha será levada a minimizar o número de questões, apelando para um desejado “sim”²⁰¹. Em outras palavras, a testemunha será induzida a responder “sim” para dar fim à série de questões que não terminaria com uma resposta negativa que discorda da versão dos fatos elaborada pelo causídico, o que torna a série de questões, dentro deste contexto, altamente sugestiva e, portanto, *leading*.

As *negative yes/no questions* (“O carro não era vermelho?”) são mais sugestivas do que as *standard yes/no questions* porque a inversão da polaridade indica que o autor da pergunta formulou uma proposição que ele acredita ser verdadeira, o que aumenta a probabilidade de a testemunha concordar em função da sinceridade daquele que realizou a pergunta²⁰².

As *declarative questions* (“O carro era vermelho[?].”), já estudadas acima, são mais sugestivas em relação a qualquer tipo de *yes/no question* porque o autor da pergunta praticamente formula uma proposição, e não uma pergunta²⁰³. Acrescentando uma pergunta confirmadora à primeira declaração, aumenta-se o grau de sugestividade e tem-se uma *tag question* (“O carro era vermelho, não era?”), tipo mais sugestivo de questão, representando coerção máxima²⁰⁴.

Observo, por fim, que qualquer *question*, caso formulada de forma não neutra — de maneira que as palavras da questão ou o comportamento do advogado, em conexão com a pergunta, sugiram a resposta particular desejada —, torna-se uma *leading question*²⁰⁵. Essa constatação adentra no terreno da pragmática das questões, a demonstrar a importância dos *atos de fala*, que não se cingem, por isso mesmo, à forma da pergunta ou à substância da pergunta por si sós.

Aprofundado o estudo sobre o grau de sugestividade de cada tipo de *question*, represento graficamente uma tipologia de formas de perguntas em termos do grau de coerção e restrição das respostas da seguinte maneira:

²⁰¹ OGLE; PARKMAN; PORTER, op. cit., p. 45.

²⁰² OGLE; PARKMAN; PORTER, loc. cit.

²⁰³ DANET, op. cit., p. 521.

²⁰⁴ FRADE, op. cit., p. 30.

²⁰⁵ MELILLI, op. cit., pp. 166-167.

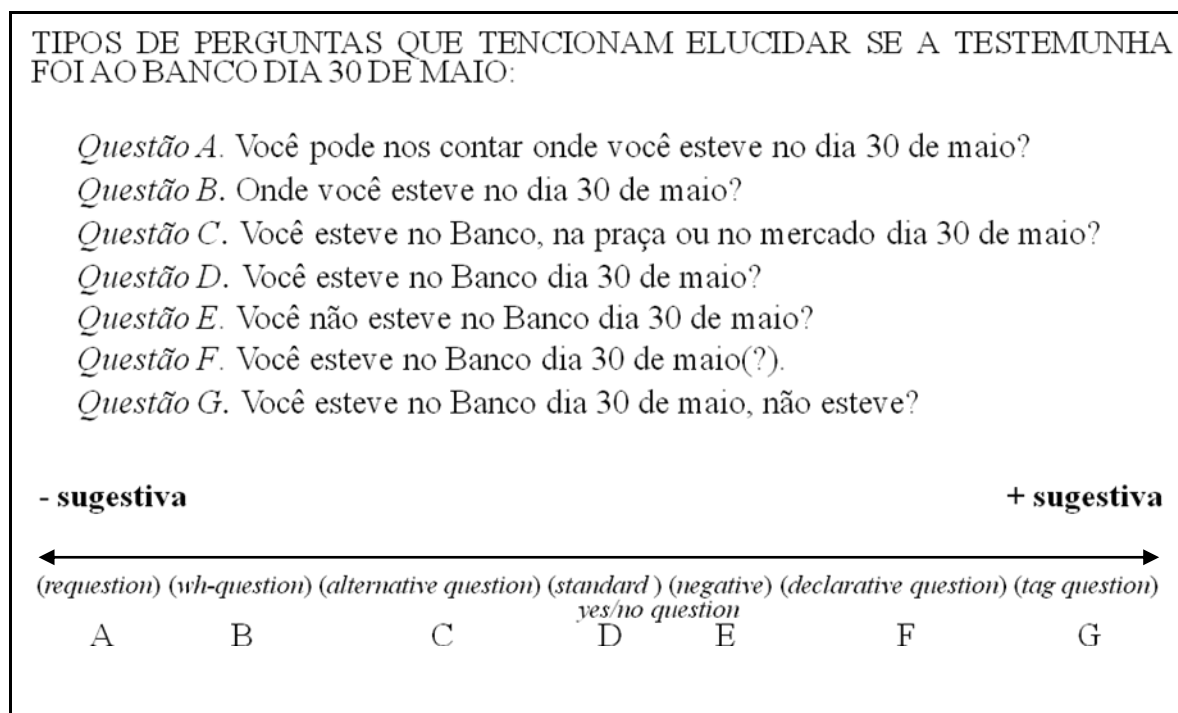


Figura 2 – Proposição de tipologia de formas de perguntas em termos de graus de sugestividade

A ideia essencial dos graus de sugestividade é que cada tipo de questão deve ser analisado *em relação* aos demais. Para saber se uma questão possui alto grau de sugestividade, é preciso analisá-la à luz dos outros tipos de *questions* existentes.

Essa abordagem apresenta grande importância na determinação de uma *choice question* como *leading* ou não. *Choice questions* tais como as *standard yes/no questions* e as *alternative questions* são qualificadas numa tal *zona gris* na qual não se sabe, com algum nível de certeza, se as questões constituem *leading questions* ou não. Nestes casos, não é possível sequer falar em uma generalidade, porquanto não é possível determinar se estas questões são, via de regra, *leading questions*. O que se deve fazer, portanto, é analisar estas questões relativamente aos outros tipos, a fim de determinar a possibilidade de formulação da pergunta pelo *causídico*.

Assim sendo, adentro no chamado “caráter relativo” das *leading questions*, aproveitando-me dos excelentes estudos de Kenneth Melilli.

3.2.2 O caráter relativo das Leading Questions

O jurista norte-americano Kenneth Melilli, naquilo a que chama de “uma abordagem mais pragmática”, explica que embora o juiz considere a questão *leading* ou possivelmente *leading*, para saber se esta pergunta é uma *leading question* ele deve avaliar se existe uma pergunta *relativamente* menos sugestiva que irá desenvolver efetivamente o testemunho desejado²⁰⁶. Ou seja, o magistrado, no indeferimento de uma pergunta realizada na inquirição de uma testemunha, deve se indagar: existe uma questão menos sugestiva e tão efetiva quanto essa? Se a resposta para tal indagação for “não”, conclui Melilli, a pergunta não deve ser indeferida.

Partindo do princípio de que uma objeção a uma *leading question* jamais deve excluir uma prova relevante, Melilli defende essencialmente que não nos interessa saber se uma *question* é, de forma absoluta, *leading*, mas, sim, se uma determinada pergunta é mais sugestiva em relação à outra forma desta mesma pergunta, e se esta outra forma, conquanto menos sugestiva, desenvolve efetivamente o testemunho desejado²⁰⁷. Não haveria, de acordo com essa visão, uma *leading question* de maneira absoluta, porquanto uma questão seria *leading* apenas comparativamente. Ser ou não uma *leading question*, pois, constitui uma qualidade relativa de determinado questionamento.

Se o fato de uma pergunta ser *leading* configura uma qualidade relativa que admite diversos níveis de restrição de respostas, o indeferimento de uma questão ou uma objeção jamais serão formas de excluir uma prova relevante. Isso porque o indeferimento e a objeção com base na sugestividade da pergunta atacam, segundo Melilli, a *forma* como foi feita a pergunta, de modo que se existir uma forma efetiva e menos sugestiva de a questão ser realizada, não haverá risco de não produzir uma prova relevante.

Por conseguinte, a objeção ou o indeferimento de uma pergunta pelo juiz podem ser manejados para que a questão seja refeita de forma menos sugestiva mas ainda efetiva no sentido de desenvolver o testemunho desejado sem a perda de uma prova relevante. Dentro desse

²⁰⁶ MELILLI, op. cit., p. 158.

²⁰⁷ MELILLI, op. cit., p. 157 et seq.

compasso, a primeira proposta de Melilli — e mais relevante para o presente estudo — é a de que uma objeção deve sempre ser negada se não houver outra pergunta relativamente menos sugestiva que desenvolva de maneira efetiva o testemunho desejado.

Para Melilli, ainda, as *standard yes/no questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio?”) são permitidas desde que formuladas de forma neutra, sem maiores detalhes e em não havendo uma pergunta menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado.

A respeito dessa formulação, algumas considerações precisam ser feitas. Por perguntas formuladas de forma neutra, Melilli entende aquelas que são apresentadas de maneira que as palavras da questão ou o comportamento do advogado, em conexão com a pergunta, *não* sugiram a resposta particular desejada. Já por perguntas formuladas sem maiores detalhes²⁰⁸, Melilli compreende aquelas questões que *não* contenham informações — ainda não oferecidas pelo testemunho — demasiado específicas, tal como no seguinte exemplo: “A pessoa era ruiva, media em torno de 1,80 m e possuía olhos azuis?”.

Desenvolver efetivamente o testemunho desejado, para Melilli, não significa nada mais do que permitir à testemunha, por meio da questão formulada, que forneça as informações relevantes sobre as quais detém conhecimento.

Um exemplo parece-me bastante elucidativo. A pergunta “Como era a vida de vocês lá na roça?” (*wh-question*) feita a uma testemunha, no contexto de uma audiência em uma vara de direito previdenciário, pode ocasionar grande perda de tempo, justamente em função da parca

²⁰⁸ A respeito do maior detalhamento dos eventos, cumpre atentar para a chamada *falácia da conjunção*. Segundo Kahneman, “[q]uando você especifica um possível evento em maiores detalhes, você só pode reduzir a sua probabilidade” (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 199). Dessa forma, há um “conflito entre a intuição da representatividade e a lógica da probabilidade” (KAHNEMAN, loc. cit.). E prossegue: “As histórias mais coerentes não necessariamente são as mais prováveis, mas elas são *plausíveis*, e as noções de coerência, plausibilidade e probabilidade são facilmente confundidas pelos incautos. A substituição acrítica de probabilidade por plausibilidade apresenta efeitos perniciosos nos julgamentos [tomada de decisões em geral] quando os cenários são usados como ferramentas para fazer previsões” (KAHNEMAN, op. cit., p. 202). Kahneman baseia suas conclusões em experimento sobre Linda, que era descrita como “solteira, franca e muito inteligente”, “formada em filosofia” e, quando estudante, “preocupava-se profundamente com questões de discriminação e justiça social”. Mais de 80% das pessoas acreditavam que Linda era, dentre as opções, “caixa de banco e feminista”, e não apenas “caixa de banco”, decidindo contra lógica básica da probabilidade.

delimitação fornecida pela pessoa que realizou a pergunta. A testemunha pode fornecer todo tipo de informação, incluindo a rotina da família, sem sequer mencionar aquilo que é revelante para a causa. Neste caso, uma *standard yes/no question* desenvolve a inquirição de maneira muito mais efetiva. A questão “Todos os membros da família trabalhavam na roça?” apresenta-se como possível solução, inquirindo a testemunha por meio de uma *standard yes/no question* formulada de forma neutra e sem maiores detalhes, na ausência de uma pergunta menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado.

Broun et al. parecem se aproximar, em certa medida, do entendimento de Melilli, fazendo as seguintes considerações:

A questão de fundo é [saber] se uma testemunha ordinária poderia ter a impressão de que o inquiridor deseja uma resposta em vez de outra. A forma de uma questão, ou questionamento prévio, pode indicar o desejo, mas a mais importante circunstância a considerar é a extensão da particularidade da questão em si. Se a questão descreve um incidente em detalhes e pergunta se o incidente aconteceu, a inferência natural é que o inquiridor espera uma resposta afirmativa. Ou se uma alternativa separada de uma pergunta é concreta e detalhada e a outra vaga (“O som era como o grito de uma mulher com medo ou era diferente?”), a impressão é de que a primeira alternativa é sugerida. Por outro lado, se a questão é apresentada de forma neutra (“Em que momento isso ocorreu?”) ou equilibrada (“A água estava quente ou fria?”), não é leading.²⁰⁹

É certo que a proposta de Melilli não está a salvo de críticas, especialmente quando analisado o grau de sugestividade de uma *tag question* ou de uma *declarative question*, tipos de perguntas altamente sugestivas e que poderiam ser consideradas *leading questions* absolutas.

Contudo, conforme observa Brenda Danet, uma questão declarativa referente a fatos que não estão em controvérsia é menos coercitiva do que uma *wh-question* que presume fatos não alegados pela testemunha²¹⁰. Ademais, uma pergunta *eco*²¹¹ (“Você disse que viu o indivíduo

²⁰⁹ No original: “The bottom line issue is whether an ordinary witness would get the impression that the question desired one answer rather than another. The form of a question, or previous questioning, may signal that desire, but the most important consideration can be the extent of the particularity of the question itself. When the question describes an incident in detail and asks if the incident happened, the natural inference is that the questioner expects an affirmative answer. Similarly, if one alternative branch of a question is concrete and detailed but the other vague (“Was the sound like the loud scream of a woman in great fear or soft?”), the wording sends the message that the first alternative is preferred. In contrast, when the phrasing of a question is neutral (“At what time did this occur?”) or balanced (“Was the water hot or cold?”), it is not leading.” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, pp. 17-18).

²¹⁰ DANET, op. cit., p. 522.

correndo por volta das 20h[?].”), que repete totalmente ou em parte o que havia sido dito por outro falante, tendo por suas funções a recapitulação ou a explicação²¹², conquanto possua um alto grau de sugestividade, desempenha um papel essencial para a apreensão do testemunho, especialmente para fins de registro dos seus termos.

Danet observa, ainda, que as *wh-questions* são raramente utilizadas nas Cortes e, quando são, levam a um diálogo mais genuíno na determinação dos fatos do que as *standard yes/no questions*²¹³. No entanto, é importante atentar que muitas vezes interessa mais ao advogado o controle dos limites do testemunho e a prevalência de sua versão do que a determinação dos fatos, de maneira que a formulação de uma questão mais sugestiva faz completo sentido na medida em que “questões coercitivas resultam numa alta proporção de respostas curtas em relação às questões não coercitivas”²¹⁴. Essa constatação reforça, sobretudo, a importância da proposta de Kenneth Melilli, tendo em vista que uma questão se torna — e, portanto, não é — *leading* porque há outra pergunta menos sugestiva que desenvolve efetivamente o testemunho, a exemplo de uma *wh-question* em relação a uma *yes/no question*.

Phillips sugere que o grau de sugestividade de uma pergunta é uma função social, bem como que os processos linguísticos e sua coerção no tribunal podem derivar mais do *status* superior daquele que realiza a pergunta (juiz ou advogado) do que da forma da questão propriamente dita²¹⁵. Há alguns experimentos, inclusive, a evidenciar que advogados superestimam a habilidade da testemunha de resistir ao controle do causídico ainda em inquirições amigáveis²¹⁶.

²¹¹ A propósito, vale observar que, partindo da noção de Higginbotham, uma pergunta eco não pode ser considerada uma interrogativa, haja vista que este tipo de sentença não abre um espaço de possibilidades a ser restringido pela resposta. Levado ao extremo, o entendimento de Higginbotham implicaria que as próprias *leading questions* não constituiriam interrogativas. Huddleston, por sua vez, observa que perguntas eco são normalmente *yes or no questions* (polares, nos termos do autor), ou *wh-questions* (variáveis). Para mais informações, v. HUDDLESTON, Rodney. The contrast between interrogatives and questions. *Journal of Linguistics*, v. 30, 1994, pp. 431-434; e HIGGINBOTHAM, James. The semantics of questions. In *The handbook of contemporary semantic theory*. Oxford: Blackwell, 1996, pp. 361-383.

²¹² FRADE, op. cit., p. 31.

²¹³ DANET, loc. cit.

²¹⁴ DANET, op. cit., p. 523.

²¹⁵ PHILIPS, Susan U. “Syntactic Variation in Judges” Use of Language in the Courtroom. *International Conference on Language and Social Psychology*, University of Bristol, 1979, July, pp. 16-20.

²¹⁶ DANET, loc. cit.

Observações à parte, escusado dizer, por fim, que o contexto em que se formula uma pergunta é, e sempre será, essencial para a determinação do nível de coerção exercido pela questão. Até por isso mesmo Melilli — em sua “abordagem mais pragmática” — não tangencia esse fator, atribuindo-lhe grande peso. Afinal, conforme já estudado, a pragmática das questões, aqui especialmente recordada na figura de Van Rooy, ensina que muitas vezes se a pergunta foi formulada em um determinado contexto e com um objetivo específico, uma série de respostas não farão sentido.

3.3 O CONTROLE DAS LEADING QUESTIONS

Conforme já mencionado no presente trabalho, com base em precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, a sindicância sobre o (não) uso de *leading questions* é feita, via de regra, pelo juiz do *trial*, quem vê a testemunha e pode determinar, no interesse da verdade e da justiça, se as circunstâncias justificam o uso deste tipo de questão²¹⁷. Permite-se essa discricionariedade porque a própria Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence* prevê a utilização das *leading questions*, na *direct examination*, quando estas forem necessárias para desenvolver a inquirição da testemunha.

Nesse compasso, a Suprema Corte dos Estados Unidos também já decidiu que deve ser permitido às Cortes do *trial* o exercício de um amplo poder discricionário sobre a matéria das *leading questions*. Da mesma forma, e no mesmo precedente, a Suprema Corte entendeu que a permissão de uma *leading question* está dentro da discricionariedade da Corte, e não é terreno para a reversão do julgado²¹⁸.

Também no julgamento de *Northern Pacific R. Co. v. Umlin* — precedente antigo, é certo —, a Suprema Corte asseverou que não tinha conhecimento de qualquer caso em que foi garantido um novo julgamento em razão da permissão, pelo juiz do *trial*, de formulação de *leading questions* para uma testemunha, mesmo que a parte adversária tenha objetado²¹⁹.

²¹⁷ Apenas para rememorar: “[...] In such matters much must be left to the sound discretion of the trial judge who sees the witness, and can, therefore, determine in the interest of truth and justice whether the circumstances justify leading questions to be propounded to a witness by the party producing him.” (*St. Clair v. US*, 154 US 134, 150; 14 S Ct 1002; 38 L Ed 936 (1894)).

²¹⁸ No original: “The allowance of a leading question is within the discretion of the court, and is not ground for reversal.” *Insurance Co. v. Groff*, 87 Pa. St. 124. ‘Circuit courts must be allowed the exercise of a large discretion on the subject of leading questions.’ *Parmelee v. Austin*, 20 Ill.” (*N. Pac. R. Co. v. Umlin*, 158 U.S. 271, 273, 15 S. Ct. 840, 841, 39 L. Ed. 977 (1895)).

²¹⁹ No original: “We are not aware of any case in which a new trial has ever been granted for the reason that leading questions, though objected to, have been allowed to be put to a witness.” (*N. Pac. R. Co. v. Umlin*, 158 U.S. 271, 273, 15 S. Ct. 840, 841, 39 L. Ed. 977 (1895)).

A Suprema Corte de Montana, por exemplo, possui entendimento no mesmo sentido, assegurando que “permitir *leading questions* de maneira imprópria é um erro técnico e só raramente será motivo para um novo julgamento”²²⁰.

O direito à *cross-examination* não é considerado absoluto e também está sujeito à discricção do juiz do *trial*. A formulação de *leading questions* na inquirição cruzada deve ser analisada pelo juiz, pois caso a testemunha da parte adversária seja amigável ao causídico da outra parte, não pode esse fazer o uso ordinariamente permitido das *leading questions*. Contudo, quando o juiz do *trial* suprime ou limita severamente a *cross-examination*, “está flertando com uma reversão em grau de recurso”²²¹.

A palavra "ordinariamente" na segunda frase da Regra 611 (c) se destina justamente a permitir que a Corte do *trial* negue o uso de *leading questions* quando a inquirição for cruzada apenas na forma, tal como na inquirição de uma testemunha amigável. Para Cynthia Ford, quando você está fazendo a inquirição cruzada, “ordinariamente” não convidou a testemunha porque o seu testemunho não é útil e talvez seja prejudicial, na pior das hipóteses, para a sua tese²²². A testemunha irá, naturalmente, ser cautelosa com qualquer sugestão que você, seu “inimigo”, faça. Se as informações na sua *leading question* não forem rigorosamente verdadeiras, a testemunha não estará, pois, inclinada a concordar²²³.

É o juiz do *trial* também quem deve, de acordo com a Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence*, delimitar, discricionariamente, a matéria que será objeto da *cross-examination* e, portanto, determinar sobre o que podem ser formuladas *leading questions*, tendo em vista que quando a inquirição de uma testemunha se estende para além do âmbito da *direct examination* em

²²⁰ No original: “The cases have also indicated that allowing leading questions where improper is a technical error and will only rarely be grounds for a new trial” (*Hefferlin v. Karlman*, supra; *State v. Kanakaris*, 54 Mont. 180, 183, 169 P 482 (1917))

²²¹ BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 61.

²²² FORD, Cynthia. Rule 611(c): Where You Lead, I Will Follow. *Montana Law*, v. 39, oct-2013, p. 20. Disponível em: <http://scholarship.law.umt.edu/faculty_barjournals/68>. Acesso em: mai.. 2016.

²²³ FORD, loc. cit.

um tribunal federal, o exame deve proceder como na *direct examination*, e, conseqüentemente, as *leading questions* geralmente não devem ser permitidas.²²⁴

No entanto, consoante já escrito, em outro tópico, a respeito dos limites da *cross-examination*, “[n]os estados que adotam ‘o escopo da *direct*’ como teste, cortes do *trial* e advogados tendem a achar que é mais fácil de administrar o teste como uma regra do que como um padrão flexível de discricção.”²²⁵

O amplo poder discricionário do juiz do *trial* para permitir ou negar o uso de *leading questions* na *direct examination* é controlado pela Corte de Apelação. Mazzara aponta que “[u]ma corte de apelação pode reverter uma decisão da corte do *trial* quanto a este ponto somente quando haja um claro abuso de discricção e o erro resultou em prejuízo substancial”²²⁶. Por conseguinte, sendo permitida a formulação de *leading questions* pelo juiz do *trial* por meio de seu poder discricionário, uma Corte de Apelação apenas pode reverter tal decisão caso fique demonstrado *claramente* o abuso cometido pelo juiz dentro de seu âmbito de discricção²²⁷.

No mesmo sentido, Fred Simpson e Deborah Selden escrevem:

Por causa do amplo poder exercido pelo tribunal do *trial* pelas regras modernas de procedimento, uso de e informações solicitadas pelas *leading questions*, hoje raramente elas são motivo para reversão do julgamento. A parte que buscar a reversão do julgado deve mostrar que (1) o tribunal abusou da sua discricção; e (2) o erro resultante foi razoavelmente calculado para causar e provavelmente causou uma decisão imprópria.²²⁸

²²⁴ No original: “Accordingly, when the cross-examination of a witness extends beyond the scope of the direct examination in federal court (e.g., establishing an affirmative defense), the examination should proceed as if on direct, and consequently, leading questions generally should not be allowed.” (MAZZARA, op. cit., p. 38.).

²²⁵ No original: “In the states adopting ‘the scope of the direct’ test, trial judges often find it easier to administer the test as a mechanistic rule rather than as a flexible standard of discretion.” (BROUN et al., op. cit., pp. 65).

²²⁶ MAZZARA, op. cit., p. 37. Para tanto, Mazzara cita dois precedents: *People v. Watson*, 245 Mich App 572, 587; 629 NW2d 411 (2001); *Woods v. Lecureux*, 110 F3d 1215, 1222 (CA 6, 1997).

²²⁷ No original: “Leading questions are ordinarily not permissible on direct examination. However, whether to permit the use of leading questions on direct examination is a matter within the sound discretion of the trial court, whose decision will not be disturbed absent a clear demonstration of an abuse of discretion” (*People v. Cuttler*, 705 N.Y.S.2d 416, 417 (N.Y. App. Div. 2000)).

²²⁸ No original: “Because of the broad discretion vested in the trial court under the modern rules of procedure, use of and information elicited by leading questions today is seldom grounds for reversal. The party seeking reversal must show (1) the trial court abused its discretion; and (2) the resulting error was reasonably calculated to cause and probably did cause the rendition of an improper judgment.” (SIMPSON, Fred; SELDEN, Deborah. *Objection: Leading question!*. *Texas Bar Journal*, State of Texas, v. 61, 1998.)

Justamente por isso Melilli aponta que as chances de uma Corte de Apelação reverter uma decisão baseada nas regras sobre as *leading questions* são extremamente remotas, senão inexistentes; e o que é *leading* ou altamente sugestivo perante um juiz pode ser rotineiramente aceito na sala ao lado²²⁹.

Por sua vez, no controle da delimitação da matéria objeto da *cross-examination* e, conseqüentemente, da permissão ou não de formulação de *leading questions* na inquirição cruzada, escrevem Broun et. al. que “as cortes de apelação reverteram muitos casos por erro na aplicação do teste [do escopo da direct examination], embora haja uma tendência para dar uma maior amplitude ao poder do juiz do trial”²³⁰.

Dessarte, devo concluir, acompanhando a totalidade da doutrina a respeito do tema, que, na prática estadunidense, o controle das *leading questions* é matéria de discricção do juiz do *trial*, que está mais próximo dos fatos e das pessoas, cabendo à Corte de Apelação apenas reverter a decisão quando houver manifesto abuso de discricção (em suma, abuso de poder) conjugado com prejuízo substancial que influenciou na decisão final. A formulação de *leading questions*, pois, ainda que de forma imprópria, não garante à parte a realização de um novo julgamento, o que, segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos em decisão de 1895, nunca ocorreu, inexistindo tal precedente.

²²⁹ Assim escreve Melilli: “The virtually unfettered trial court discretion, combined with a rule that is either impractical, uncertain or both, has produced a good deal of inconsistency about such a seemingly straightforward matter. What is blatantly leading before one judge may well be routinely acceptable in the courtroom next door. Indeed, it is often impossible to discern a consistent principle underlying the “leading question” rulings made by a single judge in a single trial.” (MELILLI, op. cit., p. 157).

²³⁰ No original: “In the past, appellate courts reversed many cases for error in applying the test. Fortunately, the modern trend is to accord wider latitude to the trial judge.” (BROUN et al., op. cit., p. 65).

INTERLÚDIO



In November 1979, Auburn’s mute mascot was (kind of) called as a witness in the City of Auburn vs. The Old Man, aka Jimmy Smothers. Smothers, an Auburn student, made the up-to-one-year-in-prison mistake of wearing an “old man mask” for Halloween the day before Halloween. He drove down College Street. A cop saw him. The cop arrested him. The charge? “Concealment of identity.”

The Plainsman’s story on the case (“Aubie plays star witness at trial”), which Davis, who still practices law in Auburn, has framed and hanging in her office, featured a comic drawn by Plainsman cartoonist extraordinaire Bill Hollbrook that suggests Mask was actually in costume on the witness stand. He wasn’t.

“(Davis) thought better of me going into court (as Aubie) because the judge wasn’t much for theatrics,” Mask says. “She asked me if I had ever been arrested for wearing the Aubie mask. I said ‘no.’” Mask even testified that once while driving and dressed as Aubie he pulled up next to a police car at a stoplight. The policeman smiled and waved. “End of case,” Mask says. “The guy walked.”

According The Plainsman, the judge said that while Smothers was “technically guilty,” the arresting officer should have used better judgment under the celebratory circumstances.

(Jeremy Henderson, *Aubie called as star witness in 1979 trial*)

4 AS PERGUNTAS QUE POSSIVELMENTE INDUZEM A RESPOSTA E O DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, abordarei a mudança introduzida pelo artigo 459 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 na inquirição de testemunhas, correlacionando-a com a alteração ocorrida em 2008 no Código de Processo Penal, por meio da Lei n.º 11.690, que modificou, dentre outros artigos, o artigo 212, relativo à inquirição da testemunha. Para além de ressaltar a mudança, destacarei que, na prática, muitos juízes permitiam que os advogados inquirissem diretamente as testemunhas, constituindo uma postura, até certo ponto, recorrente na rotina do foro. Neste contexto pragmático, analisarei a utilização, por advogados e juízes, dos tipos de questões apontados no Capítulo 1 deste trabalho, a fim de comprovar que as tipologias de questões não constituem assunto tão somente do direito norte-americano.

Estudarei também, brevemente, as perguntas indutivas, no direito brasileiro, em situações diversas, que transcendem o testemunho e a testemunha. Serão destacados o depoimento do informante, o depoimento pessoal da parte, os quesitos submetidos ao perito e, ainda, o depoimento do perito. Essas situações podem dar azo à formulação de perguntas altamente sugestivas, tornando-se necessária uma posição da doutrina a respeito da possibilidade destes questionamentos.

Por fim, encerrando a monografia, estudarei o controle das perguntas que puderem induzir a resposta no direito brasileiro, a fim de verificar se há algum entendimento consolidado na doutrina a respeito de tal controle e apontar, tendo por base a experiência estadunidense com as *leading questions*, como os magistrados brasileiros podem se portar diante da possibilidade de uma inquirição direta altamente sugestiva. Assim, para além da mera análise das *leading questions* e do artigo 459 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, o trabalho, em seu final, buscará contribuir efetivamente no controle de perguntas sugestivas no processo civil brasileiro, lançando mão de toda a plêiade de conceitos e estudos reunidos ao longo da pesquisa.

4.1 O ARTIGO 459 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 459, alterou o regramento do modo de inquirição de testemunhas, determinando que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, sem a intermediação do juiz. Ao assim proceder, o Novo Código introduz a inquirição direta no processo civil brasileiro, a qual consiste na possibilidade de as partes (ou seus advogados) diretamente realizarem perguntas à parte adversa ou às testemunhas arroladas no processo.

Ainda no artigo 459, o Novo Código estabelece que, na inquirição de testemunhas, não serão admitidas perguntas que puderem induzir a resposta, além de proibir, no § 2º do referido artigo, a formulação de perguntas capciosas (perguntas ardilosas, sorrateiras, que enganam). Por capciosas, a doutrina processualista brasileira²³¹ já entendia, na vigência do Código de 1973, justamente como aquelas perguntas que puderem induzir a resposta, constituindo, em tese, as *leading questions* do direito estadunidense exemplo desta categoria.

A propósito, assim está redigido o artigo 459 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes.

§ 2º As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

A inquirição direta da testemunha, contudo, não é novidade no sistema processual brasileiro. A Lei 11.690/2008, de 9 de junho de 2008, alterou várias regras probatórias do Código

²³¹ Consoante Didier Jr., Braga e Oliveira, as *leading questions* seriam exemplos de perguntas capciosas. Nesse sentido, escrevem: “Reputam-se capciosas, por exemplo, as chamadas *leading questions*: as perguntas que sugerem uma resposta ou trazem consigo a resposta que o inquiridor procura obter (p. ex.: perguntas que partem de um pressuposto de fato havido como ocorrido, induzindo a testemunha a também considerá-lo ocorrido em sua resposta, embora esse fato seja exatamente o fato controvertido)” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2. pp. 219-220).

de Processo Penal, dentre elas o artigo 212, que passou a prever a inquirição direta da testemunha nos seguintes termos:

Art. 212. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Como se vê, a redação do artigo 212 é bastante semelhante à redação do artigo 459 do Novo Código de Processo Civil brasileiro, inclusive no que diz respeito à vedação de perguntas que puderem induzir a resposta. Para Eduardo Cambi, ainda,

[a] Lei 11.690/2008 introduz, no direito brasileiro, o mecanismo da *cross examination*, surgido, na Inglaterra, pelo *Supreme Court of Judicature Act* de 1873 e, nos Estados Unidos, como decorrência da garantia fundamental da *confrontation*, assegurada pela emenda VI da Constituição norte-americana, e, a partir do precedente firmado no caso *Pointer v. Texas*, onde a Suprema Corte passou a entender que se trata de um direito fundamental, abrangido pela cláusula do devido processo legal.²³²

Nesse contexto, o jurista defendia à época que “não tem sentido adotar a *cross examination* no processo penal e não estendê-lo ao processo civil”²³³²³⁴, pois a “Constituição Federal, quando assegura as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não faz nenhuma diferenciação entre os processos penal e civil”²³⁵. Fredie Didier Jr. também adotou posicionamento semelhante no que diz respeito à aplicação da norma processual penal ao processo civil em Editorial publicado em seu *site*, escrevendo que “se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permite-se a inquirição direta pelas partes, nada justifica que se mantenha essa formalidade obsoleta no processo civil”²³⁶.

²³² CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009, p. 30.

²³³ CAMBI, op. cit., p. 31.

²³⁴ Parece-me importante ressaltar posicionamento próprio a respeito do tema. Ao que tudo indica, o direito brasileiro não adotou a *cross-examination*, até porque tal “inquirição cruzada” envolve um procedimento específico calcado em uma experiência de século. A *cross-examination* busca desacreditar o depoimento da testemunha por meio de *leading questions*, o que está longe de ocorrer nos sistemas processuais brasileiros, tanto Penal quanto Civil.

²³⁵ CAMBI, loc. cit.

²³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Editorial* 38, Salvador, 11 jun., 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-38/>>. Acesso em: jan. 2016.

Fato é que com a adoção, pelo Novo Código de Processo Civil, da inquirição direta da testemunha pelas partes, tal debate não possui mais utilidade. O que parece ter, sim, bom proveito para este trabalho é a experiência do processo penal com a inquirição direta. Ou seja, importa saber como as Cortes têm compreendido o artigo 212 do Código de Processo Penal, especificamente no que tange ao objeto do presente trabalho: as perguntas indutivas. Uma rápida pesquisa pelo sistema do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se mostra interessante.

Pesquisando pela expressão “*leading questions*” no site do TJ-RS, encontrei 15 (quinze) acórdãos que utilizam o termo inglês para adotar a proibição inserta no artigo 212²³⁷. Curiosamente, todos os acórdãos são oriundos das Turmas Recursais Criminais e possuem o mesmo relator, o juiz Edson Jorge Cechet. O magistrado adota decisão modelar sobre as *leading questions*, de maneira que a análise de apenas uma das decisões parece englobar todas as demais — no que diz respeito à aplicação da proposição normativa, é claro, tendo em vista que o contexto fático não é o mesmo. Assim sendo, analiso, brevemente, o acórdão mais recente, datado de 26 de dezembro de 2015, ementado da seguinte forma:

APELAÇÃO-CRIME. DESACATO. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS INDUTIVAS. "LEADING QUESTIONS". INCORREÇÃO QUE ATINGE O MÉRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. A formulação de perguntas que nitidamente induzem às respostas, na forma de "leading questions", é vedada pela parte final do art. 212 do CPP, porque interfere na isenção da coleta da prova. No caso, a indução destacou justamente as expressões que teriam sido utilizadas para a prática do crime de desacato, que comporiam o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Depoimentos contraditórios de ambos os policiais envolvidos, sendo um deles vítima secundária, impossibilitando sua utilização de base a ensejar juízo condenatório. Como resultado, a prova colhida não se apresenta isenta de dúvidas, impondo-se prover o apelo defensivo para absolver o apelante por falta de provas, frente ao princípio "in dubio pro reo". RECURSO PROVIDO.²³⁸

Em seu voto, consignou o juiz no que tange à prova produzida nos autos:

²³⁷ Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris)>. Pesquisa realizada em: 14 mai. 2016. A propósito, advirto que não foi encontrado nenhum resultado para o mesmo critério de pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça. Do mesmo modo, realizei pesquisas na jurisprudência de outros tribunais, contudo, sem êxito.

²³⁸ TJ-RS, Recurso Crime n.º 71005112529, Turma Recursal Criminal, Relator: Edson Jorge Cechet, julgado em 26/01/2015.

Na análise da prova instrumentalizada, observa-se prejuízo à efetiva análise do fato. Observando-se que a Lei n. 11.690/08, que alterou dispositivos referentes à prova do processo penal brasileiro, também adotou, na coleta da prova, as orientações do sistema anglo-americano, pelo qual as perguntas são feitas pelas partes sob a supervisão do Juiz, o legislador instituiu, na parte final do art. 212 do Código de Processo Penal, a vedação a perguntas indutivas.

Desse modo, a coleta da prova deve apresentar-se completamente isenta, a fim de permitir que, produzida mediante contraditório judicial, se busque a verdade real e substancial.

Todavia, na especialidade da situação versada, o princípio foi relegado pelo agente ministerial, na audiência de instrução, ao formular questionamentos indutivos, permitindo, na essência do que interessava ao princípio da correlação, meras respostas afirmativas.

Nesse sentido, o policial militar Giovane da Costa, disse que abordaram o acusado por estar guiando motocicleta sem capacete, momento em que começou a xingar seu colega Dapper. Mas somente confirmou a expressão descrita na denúncia ao ser perguntado diretamente pelo Promotor, ao dizer “isso” (fl. 32).

Vê-se, naturalmente, que há uma indução à resposta, o que leva à negativa de vigência ao que dispõe a parte final do artigo 212 do Código de Processo Penal, que determina que o Juiz não admita questionamentos que puderem induzir a resposta, devendo cingir-se, tanto quanto possível, “às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases”, conforme rege o art. 215 do mesmo diploma.

Essa forma de questionamento, conforme referem Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, são chamadas *leading questions*: “as perguntas que sugerem uma resposta ou trazem consigo a resposta que o inquirido procura obter (p. ex.: perguntas que partem de um pressuposto de fato havido como ocorrido, induzindo a testemunha a também considerá-lo ocorrido em sua resposta, embora esse fato seja exatamente o fato controvertido)”³

O procedimento também é recusado por modernos ordenamentos jurídicos comparados, como é o caso do *Codice de Procedura Penale* italiano, que prevê, em seu art. 499.3: “*Nell’esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte*”.

Assim não fosse, o depoimento do seu colega de farda, Claudir Marciano Dapper, vítima secundária, além de não corroborar os dados informados pelo outro policial, pois disse que foi desacatado na delegacia, e não no momento da abordagem, como afirmado por Giovane; ainda não confirmou os elementos informativos da peça preambular, ao referir que a ofensa teria se restringido aos dizeres “que lugar da brigada era atrás dos vagabundos, não cuidando pessoas de bem e que nós tinha que pega e cuida mais da cidade, ele falou que a brigada de Campo Novo não servia para esse tipo de policiamento, que o trânsito tinha que ser dos azulzinho no caso.” (sic) (fl. 51).

Nas circunstâncias, portanto, não se verifica a ocorrência de situação que levasse à conclusão de desacato, por humilhação, menosprezo ou descrédito da função. Dos elementos informativos colhidos, a vítima secundária sequer mencionou as palavras proferidas pelo acusado.

Por tais razões, a prova não se mostra segura para manter a condenação imposta. Veja-se, além disso, que o delito em questão pede, como elemento subjetivo, a intenção de menosprezar ou de diminuir o funcionário público no exercício de suas funções e, no caso, as palavras que o réu teria dito ao policial não têm carga dolosa específica de ultraje e desprestígio, já que mera enunciação de palavras, como as ditas, em desabafo ou revolta momentânea, não configuram as elementares do tipo.

Aliás, a verbalização de palavras grosseiras, por si só, se efetivamente proferidas, não tem o efeito de compor o delito de desacato, que requer vontade livre e consciente de menosprezar a função pública⁵.

Havendo dúvida sobre a intenção ou o dolo de efetivamente ofender a honra do funcionário público, elementar necessária para a concretização do delito, a absolvição se impõe.

Nesse sentido, colaciona-se:

Não se configura o desacato, por falta de intenção desrespeitosa, se a ofensa à autoridade não ultrapassou de mero desabafo momentâneo. (RT 531/312).

Voto, portanto, por dar provimento ao recurso defensivo, a fim de absolver o réu, na forma do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A decisão parece salutar, não apenas pela aplicação da proibição inserta no artigo 212 do Código de Processo Penal, mas também pelas conclusões do magistrado.

O primeiro ponto de relevo que destaco da decisão é a utilização da doutrina processual civil na fundamentação, como se percebe da citação (já feita no presente estudo) do Curso de Processo Civil de Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga. O magistrado retira das lições da doutrina de processo civil a expressão “*leading questions*”, a qual é utilizada na ementa do julgado. Ao contrário dos doutrinadores de processo civil, contudo, o magistrado entende que as *leading questions* decorrem da proibição de formulação de perguntas que puderem induzir a resposta, enquanto os doutrinadores entendem, em seu livro, que a proibição de formular *leading questions* decorreria da vedação do uso de “perguntas capciosas”. Conquanto aparente ser um mero detalhe, tal interpretação pode nortear a doutrina de processo civil, a partir do artigo 459 do Novo Código, a compreender tais proibições. Esmiuçarei, entretanto, esse possível entendimento posteriormente.

O segundo ponto a ser destacado é aquele que diz respeito ao contexto fático do caso. Em que pese a inquirição não conste na íntegra, decorrendo a situação delineada da interpretação do juiz componente da Turma Recursal, ao que parece o membro do Ministério Público induziu sobremaneira a resposta da testemunha (policia militar), a ponto de a testemunha responder a pergunta tão somente com a expressão “isso”. O que parece ter ocorrido é que a pergunta pressupôs como verdadeiros fatos controversos, além de a questão configurar uma *yes/no question* bastante detalhada, de modo que a testemunha respondeu ao questionamento com referência àquilo que fora induzido pela acusação, endossando os seus termos, a saber, que o acusado havia “xingado” o seu colega, também policia militar.

Como dito, há mais decisões aplicando a vedação do artigo 212 do Código de Processo Penal, contudo, não analisarei todas detidamente, pois acabaria sobrecarregando demasiado o leitor e também a mim mesmo, tangenciando, ainda, o verdadeiro ponto de relevo: as *leading questions* e sua aproximação com as perguntas que possivelmente induzem a resposta, vedadas pelo artigo 459 do Novo Código de Processo Civil brasileiro. O que deve ser ressaltado, em suma, é que já há aplicação da proibição de formular *leading questions* no processo penal, inclusive com peso para reformar julgados. A análise, ao fim e ao cabo, serve para nortear a doutrina de processo civil, indicando possíveis caminhos a serem seguidos.

Por falar nisso, mostra-se essencial estudar como os doutrinadores de processo civil estão interpretando o artigo 459 do Código de Processo Civil de 2015.

Para Marinoni e Arenhart, “[f]eita a qualificação, iniciam-se as perguntas feitas à testemunha. No regime do CPC de 2015, as perguntas podem ser feitas diretamente pelos advogados presentes à audiência às testemunhas, sem a intermediação do juiz (art. 459 do CPC/15)²³⁹. Ainda, segundo os referidos doutrinadores, “a precedência no interrogatório deve-se dar a partir daquele sujeito que indicou a oitiva da testemunha. Tratando-se de parte, se ambas tiverem arrolado a testemunha, tem precedência o autor”²⁴⁰.

Marinoni e Arenhart reiteram a literalidade do artigo, escrevendo que “[c]abe ao juiz indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com as questões controvertidas de fato ou que importem repetição de outras já formuladas (art. 459, parte final)”²⁴¹.

E prosseguem:

Como o juiz tem o poder de indeferir as perguntas formuladas pelos advogados e pelo membro do Ministério Público, o interessado, reputando-se prejudicado, pode requerer a sua transcrição no termo. Com isso resta possível demonstrar eventual ilegalidade no indeferimento de pergunta e, assim, violação do contraditório.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 835.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 835.

²⁴¹ MARINONI; ARENHART, loc. cit.

Não é preciso dizer que o juiz não pode se negar a atender ao requerimento da parte para a pergunta indeferida constar no termo.²⁴²

Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga também escrevem a respeito do artigo 459 do Código de Processo Civil de 2015:

O magistrado pode formular perguntas à testemunha, assim como as partes, por seus advogados, também podem fazê-lo. O art. 459 admite que as partes — melhor: seus advogados — formulem perguntas *diretamente* à testemunha, mas o juízo tem o poder de inadmitir aquelas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou as que importarem repetição de outra já respondida.²⁴³

Didier Jr. et al. atentam que a transcrição das perguntas indeferidas pelo magistrado no termo constitui direito da parte, conforme o Enunciado n. 158 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁴⁴. E mais adiante pontuam a aproximação promovida pelo legislador brasileiro entre o Novo Código e o direito norte-americano:

O artigo 459 do CPC torna o sistema de produção da prova testemunhal no ordenamento processual brasileiro mais próximo daquele existente no direito anglo-americano. Esse modo de produção da prova é manifestação da ideologia liberal que orienta o processo de *common law*, principalmente o processo estadunidense, de caráter marcadamente *adversarial* (dispositivo), em que deve prevalecer a habilidade das partes sem a interferência do magistrado.²⁴⁵

Os referidos doutrinadores também defendem a aplicação do artigo 213 à inquirição nos processos civis:

Também é aplicável, à míngua de previsão no CPC, o disposto no art. 213 do Código de Processo Penal: “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Obviamente, todo relato humano traz consigo as impressões do observador: esse conselho não autoriza o “jugador a impedir a testemunha de expressar opinião para a qual tenha suficiente experiência ou habilitação”, tampouco permite “supor que a narração da testemunha seja absolutamente isenta de ‘apreciações’” pessoais e juízos de valor.²⁴⁶

²⁴² MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 836.

²⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2. p. 251.

²⁴⁴ “Constitui direito da parte a transcrição de perguntas indeferidas pelo juiz” (DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis* (3.: 2015: Curitiba, PR) Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: de 01, 02 e 03 de maio de 2015. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 42).

²⁴⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 252.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 253.

No entanto, ao contrário das edições anteriores, que abordavam o Código Buzaid, a edição do Curso de Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga já na vigência do Novo Código não menciona nada a respeito das *leading questions*. De fato, a ausência causa curiosidade, haja vista que, conforme defendem os próprios doutrinadores, o Código de 2015 se aproxima do direito norte-americano.

Já Paulo Osternack menciona expressamente as *leading questions* do direito norte-americano. Para o autor:

A proibição à formulação de *leading questions* no processo pode ser extraída do art. 459, § 2º, do CPC, que assim dispõe: “As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.”²⁴⁷

Dessa forma, Osternack se aproxima do entendimento de Didier Jr. et al. quando da vigência do antigo Código de Processo Civil, para quem seriam capciosas as *leading questions*²⁴⁸. Contudo, a despeito das opiniões doutrinárias em contrário, entendo que a proibição de formulação de *leading questions* não está prevista no § 2º do artigo 459, na vedação das perguntas capciosas, mas, sim, no próprio *caput* do artigo, quando proíbe a formulação de perguntas que puderem induzir a resposta.

Capcioso é aquilo que induz a erro, é sorrateiro, ardiloso²⁴⁹. Uma *leading question* pode ser considerada sorrateira, induzindo a testemunha a erro; no entanto, mais do que isso, uma *leading question* é aquela questão que sugere a *específica* resposta para determinada pergunta ou assume a verdade de fatos controversos. Daí que ambos os “tipos” de *leading question*, por assim dizer, induzem a resposta para a testemunha, sendo vedados com base no *caput* do artigo 459. É certo que poderia ser defendido que aquela pergunta que assume a verdade de fatos que ainda

²⁴⁷ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

²⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2. pp. 219-220.

²⁴⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, 1. ed., p. 392.

estão em disputa, mais do que induzir a uma resposta, configura-se essencialmente sorrateira e, portanto, capciosa, enquadrando-se na proibição inserta no § 2º do artigo 459.

Contudo, parece-me que a discussão resulta infrutífera. Como está a demonstrar a própria jurisprudência criminal, a vedação de perguntas que puderem induzir a resposta abrange, sim, as perguntas que contenham a verdade sobre fatos controvertidos. Dessa forma, até por uma questão de desenvolvimento conjunto e compartilhado da matéria referente às pergunta indutivas, apresenta-se mais interessante o enfoque na proibição de formulação de perguntas que puderem induzir a resposta.

Ademais, tudo bem visto, as perguntas capciosas englobam gênero mais amplo de perguntas (não seriam *leading*, mas *misleading questions*), não se cingindo àquelas perguntas que induzem a resposta. Uma pergunta pode ser sorrateira por diversos fatores, não apenas por induzir a testemunha. O próprio dispositivo do § 2º também é mais abrangente, ao proibir, igualmente, *considerações* capciosas.

Observo, ainda, que a interpretação da proposição normativa do § 2º deve ser cautelosa, pois não se deve vedar uma manifestação, seja ela uma pergunta ou uma afirmação, apenas porque se mostra retórica. Afinal, o processo judicial é um campo retórico, em que as partes argumentam e contra-argumentam a fim de defender os seus interesses. Processo judicial sem retórica é, pois, processo, em boa parte, esvaziado.

A proibição de realização de considerações ou perguntas capciosas parece estar muito mais relacionada à Regra 611 (a) das *Federal Rules of Evidence*, que protege a testemunha de distrato ou de constrangimento indevido. Com efeito, já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, baseando-se no § 1º do artigo 416 do Código de Processo Civil de 1973²⁵⁰, praticamente idêntico ao § 2º do artigo 459 do Novo Código, que não é permitido que a parte

²⁵⁰ Dispõe o referido artigo:

Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento.

§ 1º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer.

realize indagações capciosas para a testemunha na forma de “teste de memória”. O julgado restou ementado da seguinte maneira:

TESTEMUNHA. PERGUNTA IRRELEVANTE OU IMPERTINENTE. TESTE DE MEMÓRIA. INDEFERIMENTO. Devem ser indeferidas perguntas às testemunhas que não guardem pertinência ou relevância para a solução da lide. Com efeito, não é direito da parte testar a qualidade da memória da testemunha com indagações capciosas, de corte subjetivo ou impertinentes em face do contraditório. As provas se destinam ao convencimento do Juízo, e a este, por ocasião da sentença, incumbe valorar as declarações no contexto em que se trava a controvérsia, levando em consideração, se for o caso, aspectos circunstanciais que possam desacreditar ou não o testemunho. Impertinente a indagação, não houve, in casu, qualquer cerceamento de defesa no indeferimento, salientando-se que a recorrente sequer argüiu qualquer nulidade, resulta inócua a alegação recursal.²⁵¹

Em seu voto, consignou o Desembargador:

A pergunta do patrono da ré, indeferida pelo Juízo primário (por qual razão a depoente desconhece o número de vendedores, lembrando-se de fatos relacionados) não guarda relevância à solução da lide, porquanto tem cunho subjetivo. Com efeito, não cabe testar a qualidade da memória da testemunha com indagações capciosas, de corte subjetivo ou impertinentes em face do contraditório. A prova se destina ao convencimento do Juízo e a este incumbe, por ocasião da sentença, valorar as declarações no contexto em que se trava a controvérsia, levando em consideração, se for o caso, aspectos circunstanciais que possam desacreditar ou não o testemunho. Não houve, portanto, qualquer cerceamento de defesa no indeferimento, salientando-se que a recorrente não requereu qualquer declaração de nulidade, de modo que a alegação é inócua.

O que acaba sendo mais curioso é que justamente no processo penal, terreno em que, *em tese*, devem ser asseguradas maiores garantias às testemunhas a fim de ser alcançada a verdade real (ou material) e, também, em que as garantias do acusado são observadas com ainda mais atenção, o legislador não previu que “as testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias”, como prevê o § 2º do artigo 459 do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, encerrando essa primeira abordagem do artigo 459 do Código de Processo Civil de 2015, imperioso observar que o legislador acertou ao vedar, à semelhança do artigo 212 do Código de Processo Penal, as “perguntas indutivas”, e não as perguntas sugestivas. Como já estudado, toda pergunta é sugestiva no sentido de que direciona a atenção da testemunha para um

²⁵¹ TRT-2, Recurso Ordinário n. 00518-2007-056-02-00-1, Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julgamento 17/06/2008, 4ª Turma, Data de Publicação: 27/06/2008.

evento particular ou tópico. Daí que a utilização da expressão “pergunta sugestiva” resultaria extremamente problemática. O que se deve vedar, pois, são as perguntas *altamente* sugestivas, que traçam um caminho para o respondente. E foi justamente isso que fez o legislador.

4.2 A PRÁTICA FORENSE ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO

O artigo 459 do Novo Código de Processo Civil introduziu a inquirição direta no sistema processual civil brasileiro. Em tese, é certo. Na prática, contudo, a teoria é um pouco diferente. Escrevem Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga que

[n]o CPC-1973, a inquirição era tarefa do magistrado. Em razão disso, afirmava-se que não podiam as partes fazer as perguntas diretamente à testemunha: era indispensável a intervenção do magistrado, embora, na prática, juízes mais liberais acabassem tolerando o questionamento direto, desde que formulado corretamente.²⁵²

E prosseguem, defendendo essa prática, conforme já apontado no presente trabalho:

Este *Curso* já defendia a correção desse posicionamento mais liberal. Corroborando a lição, as Leis n. 11.689/2008 e 11.690/2008 alteraram o Código de Processo Penal para permitir expressamente a arguição direta das testemunhas pelas partes (arts. 212 e 473, CPP). Ora, se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permitia-se, ainda na vigência do CPC-1973, a inquirição direta pelas partes, nada justificava a manutenção dessa formalidade obsoleta no processo civil.²⁵³

Marinoni e Arenhart também manifestavam entendimento semelhante, ao escrever que “o ideal seria que os advogados e o representante do Ministério Público pudessem formular as suas perguntas diretamente à testemunha, evitando-se o risco de o juiz formular outra pergunta, *no sentido de pergunta diversa*, à testemunha”^{254,255}.

²⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2. p. 251.

²⁵³ Ibid., p. 252.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 559.

²⁵⁵ A título de curiosidade, observo que em 1969, quando ainda se estava discutindo o Anteprojeto do Código Buzaid, Flair Carlos Armani afirmou que “o aludido dispositivo [artigo 452 do Anteprojeto], ao contrário do atual Código, permite que as partes formulem perguntas diretamente à testemunha. Sem entrar na discussão sobre o acerto da inovação, devemos, todavia, concluir que esta faculdade atribuída às partes agrava o problema [das perguntas sugestivas] (ARMANI, Flair Carlos de Oliveira. Liberdade subjetiva da prova testemunhal e reperguntas. *Revista Justitia: A Revista do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, 1969, p. 50. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/3x0wad.pdf>>. Acesso em: jun. 2016).

O entendimento não era pacífico, contudo. Inclusive, há julgado do Tribunal de Justiça de Goiás defendendo exatamente o contrário, com base na doutrina de Humberto Theodoro Júnior, conforme trecho do voto do Desembargador Relator do caso:

No que tange a impugnação da assertiva de não permissão de perguntas indutivas, razão também não lhe assiste.

O modelo atual de perguntas a serem formuladas pelo advogado à testemunha é o modelo em que o juiz, condutor do interrogatório, é quem interroga a testemunha, não sendo possível aos causídicos das partes formularem perguntas diretamente à testemunha.

Assim, cabe ao juiz formular as indagações de forma com que a parte entenda o sentido do questionamento bem como expurgar toda forma de induzimento ou confusão ao depoente.

Sobre o tema em comento, colho a proficiente lição do insigne processualista civil Humberto Theodoro Júnior: “As perguntas não são formuladas diretamente à testemunha, mas sim submetidas à consideração do juiz, que é o único que interroga o depoente.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 432).²⁵⁶

De todo modo, grande parcela dos juízes permitiam a inquirição direta da testemunha, sem qualquer intermediação, tornando a audiência mais célere e poupando-se do trabalho repetitivo que deveria fazer o magistrado num tipo de “telefone sem fio”. Dessa forma, em que pese a inovação legislativa, é mister observar que o Novo Código de Processo Civil não inova tanto na prática, haja vista que a inquirição direta já era praticada por muitos juízes na vigência do Código Buzaid.

A título *meramente exemplificativo*, para demonstrar a ocorrência dessa prática na rotina forense, cito duas audiências em que foi adotada a inquirição direta da testemunha pelos advogados das partes. Trata-se de processos que tramitaram na Comarca de Porto Alegre, especificamente no Foro Central. A pesquisa foi feita *aleatoriamente* com base no calendário de audiências da Comarca no sítio²⁵⁷ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, buscando-se o termo da audiência realizada. Tendo em vista a preferência por termos que estavam redigidos, optei por datações mais antigas, com base no fato de que nos últimos anos o recurso da gravação do ato por meio audiovisual tornou-se comum na Justiça Estadual. Sem muita dificuldade, foram

²⁵⁶ TJ-GO, Apelação Cível n.º 53856-21.2007.8.09.0093, Rel. Des. Geraldo Gonçalves da Costa, 5º Câmara Cível, julgado em 20/10/2011, DJe 963 de 19/12/2011.

²⁵⁷ Por meio de pesquisa disponibilizada pela Corte Estadual no seguinte link: http://www.tjrs.jus.br/site/processos/sessoes_e_audiencias/.

sendo encontradas audiências em que o juiz dava espaço aos procuradores das partes para que inquirissem diretamente a testemunha.

Na primeira audiência, ocorrida na 6ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre em 15/08/2012, sob a égide do antigo Código e da inquirição intermediada, portanto, verifica-se de forma cristalina a inquirição direta da testemunha pelos procuradores das partes, conforme pode ser constatado no seguinte trecho do termo de audiência:

J: Dada a palavra ao Procurador do Autor. **PA:** Era fácil marcar consultas com ele ou difícil? **T:** Não. Era assim, ele sempre tinha lista de espera. Eu, que tinha tratamento e ia todos os meses, eu saía de uma consulta e já marcava para outra porque se eu deixasse para marcar depois não tinha mesmo. Ele era muito concorrido. Como ele atendia todo o Rio Grande do Sul era muito concorrido mesmo.

PA: E palestras eram quantas no mês mais ou menos? **T:** Aqui em Porto Alegre, que ele fazia no mínimo umas três por mês. Ele faz vivências não é, por vivência é quase que um curso e sempre sábado e domingo ou sexta-feira e sábado, ele sempre pega o final de semana para fazer isso.

PA: Sabe quanto era cobrado por palestra ou quanto seria cobrado hoje em dia? **T:** Os valores dos cursos dele variavam, era de duzentos e trinta e hoje trezentos e cinquenta por participante não é.

J: Dada a palavra ao Procurador da Ré. **PR:** Se a testemunha tem conhecimento de qual seja o nível de escolaridade do autor? **T:** Não.

PR: E até quando a testemunha se tratou com o autor?

J: Até o acidente. **T:** Sim.

PR: Se a testemunha poderia nos contar como é a atividade do atendimento dele e a dinâmica da consulta? **T:** Sim, ele é terapeuta holístico e eu, em especial, eu fazia técnica de aplicação de Reiki, tratava de problemas de saúde com ele e como ele é um terapeuta de várias técnicas, no meu caso, eu usava muito Reiki, cosmoterapia, floral. A dinâmica, tu senta para uma consulta e tu senta numa cadeira e ele começa a fazer as aplicações normalmente por imposição de mãos, essa é a técnica de trabalho dele.

PR: A testemunha referiu que o autor dá duas palestras por mês em Porto Alegre. Tem conhecimento se ele dá palestra em outro local? **T:** Sim. Hoje, não. Hoje, ele reside só em Porto Alegre, não sai de Porto Alegre e só duas por mês aqui. Antes, sim.

J: Nada mais.²⁵⁸

Do termo de audiência, além da inquirição direta da testemunha, pode ser notada a formulação de certos tipos perguntas já estudados no presente trabalho, tais como *yes or no*

²⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Processo n.º 001/1.11.0202061-2 (Audiência). 6ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre. Juiz de Direito: Murilo Magalhães Castro Filho, 15 ago., 2012.

questions, alternative questions, wh-questions e requestions. Uma *standard yes/no question* precedida de uma afirmação — o que a torna ainda mais sugestiva — foi utilizada no seguinte trecho: “A testemunha referiu que o autor dá duas palestras por mês em Porto Alegre. Tem conhecimento se ele dá palestra em outro local?”. Por sua vez, uma *alternative question* pode ser vislumbrada no início da inquirição do causídico da parte autora: “Era fácil marcar consultas com ele ou difícil?”. Também foi formulada na inquirição uma *wh-question*: “E palestras eram quantas no mês mais ou menos?”. Por fim, observo que o causídico da parte ré formulou uma *requestion* à testemunha, questionando superficialmente o desejo ou a habilidade da testemunha de responder, embora indiretamente, à informação solicitada: “Se a testemunha poderia nos contar como é a atividade do atendimento dele e a dinâmica da consulta?”

A segunda audiência, realizada em 13/11/2012 na 19ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, também, pois, sob a égide do Código Buzaid, apresenta, da mesma forma, a inquirição direta da testemunha pelos procuradores das partes, conforme trecho de depoimento da testemunha citado a seguir:

J: Dada à palavra aos Procuradores da Ré. **PR:** O depoente tem conhecimento se houve algum pedido realizado diretamente pelo autor ou por algum familiar seu de que houvesse retificação nessa reportagem, a retificação na verdade do nome de uma das vítimas? **T:** De que estava errado?

J: É, alguém pediu a retificação? **T:** Não, não houve. Nós ficamos sabendo que a pessoa morta era uma outra pessoa, quando a gente foi comunicado pela Justiça do processo.

J: Nem a polícia informou? **T:** Nada, ninguém nos informou. Nos informaram que a pessoa estava morta, e passado algum tempo, uns quatro ou cinco meses que a gente recebeu uma intimação dizendo, há um processo correndo, vocês estão sendo acusados de matar uma pessoa, mas que história é essa, aí a gente vai olhar. Então, em nenhum momento nos procuraram para nos dizer, isso está errado, por favor corrija.

PR: Nada mais.

J: Dada à palavra ao Procurador do Autor. **PA:** O depoente disse que é checado, mas o checado é só através das fontes oficiais? **T:** É, porque se não der para confiar nas fontes oficiais nós vamos confiar em quem. É checado sempre com as fontes oficiais, com o delegado que está investigando, com as autoridades que estão naquele momento na cena do crime, porque um crime ele começa num lugar e depois ele vai para dentro de uma delegacia, em diversos momentos se conversa com diversas autoridades da esfera judiciária, vamos desde o brigadiano até o juiz, que passa tudo isso pela mão. Então é checado com essas pessoas. Porque se não forem essas pessoas, quem é que vai te garantir a formalidade jurídica que necessita o assunto, o que está acontecendo? Com quem tu vai checar essa informação se não for com uma autoridade policial ou jurídica.

PA: Se não há uma procura pelos familiares para confirmação? **T:** Se procura pelos familiares para conversar em alguns momentos se a gente quer fazer alguma coisa no sentido de ver quem é a pessoa morta, contar a história dela, enfim, se há tempo hábil, porque às vezes tu não consegue a localização e às vezes o familiares não querem falar, o que é muito comum, está todo mundo muito abalado com a perda do ente, então a gente tem que esperar uns dois, três dias para até conseguir conversar com alguém.

J: Mas não com a finalidade de checagem da informação então? **T:** Se há dúvida sobre algum fato, tu até pode ir atrás de algum familiar para checar. Mas é que nesse caso específico não havia dúvida. A fonte do nome havia sido passado inclusive com a carteira do morto, a pessoa que estava morta, com o nome e com a foto. Tanto é que a foto que saiu no jornal é a foto errada, a pessoa errada, porque quem nos passou tinha inclusive o documento.

J: É a foto do documento de identidade possivelmente? **T:** É, é. Quer dizer, a pessoa que estava morta carregava esses documentos ali. A própria autoridade policial deve ter durante bom tempo tratado como morto uma pessoa que estava viva. Porque quem estava ali caído no chão era um corpo com os documentos de uma outra pessoa. Aí não sei como se deu, como isso aconteceu. Mas o fato era esse. É provável que a polícia tenha feito os primeiros quatro, cinco dias de investigação achando que se tratava de uma pessoa e era outra pessoa.

PA: Essa informação ela é sempre dada via oral ou o repórter tem acesso a documentação? **T:** Não, oral.

PA: Mas como é que obteve a fotografia? **T:** Não, a fotografia tu pega o documento ali, eles te permitem às vezes fotografar, às vezes a polícia te libera. Agora informações assim do inquérito, da investigação, do depoimento, essas coisas, é tudo oral, não é franqueado o inquérito para o jornalista para que ele possa pegar e xerocar uma declaração e levar para casa. Eles podem até te mostrar o documento para que tu copie o nome corretamente, copie a data para que não haja erro, agora eles não te permitem levar para a redação o documento.

PA: Mas era a identidade ou era um documento?

J: O senhor lembra desse caso específico? **T:** Não sei. Mas era algum documento com foto.

PA: É que assim do fatos à notícia são horas, é isso geralmente, como nesse caso me parece que foram dois dias depois dessa publicação.

J: Foi o que o advogado da parte falou, também não chequei.

PA: Se não há nenhuma outra recomendação da empresa nos cuidados em relações a informação, ou seja, a fonte oficial? **T:** Senhor se checa sempre, mas se o senhor pensar e imaginar a seguinte cena, se foi colocado dentro do sistema da polícia de que Fulano está morto, em qualquer lugar que tu checares o Fulano vai estar morto no sistema da polícia, não tem como essa fonte não ser oficial, ela passa ser a fonte oficial durante algum tempo.

PA: Nada mais.

J: Nada mais.²⁵⁹

²⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Processo n.º 001/1.10.0075488-0 (Audiência). 19ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre. Juíza de Direito: Cláudia Maria Hardt, 13 nov., 2012.

Da mesma forma que a inquirição anterior, observo a utilização de *yes or no questions*, *alternative questions*, *wh-questions* e *requestions* pelos causídicos das partes. Uma *standard yes/no question* precedida de uma afirmação pode ser notada no seguinte trecho: “O depoente disse que é checado, mas o checado é só através das fontes oficiais?”. Por seu turno, uma *alternative question* foi utilizada pelo procurador da parte autora da seguinte maneira: “Essa informação ela é sempre dada via oral ou o repórter tem acesso a documentação?”. Uma *wh-question* pode ser constatada no trecho: “Mas como é que obtive a fotografia?”. Por fim, o procurador da parte ré formulou uma *requestion* extensa e detalhada à testemunha, questionando superficialmente o desejo ou a habilidade da testemunha de responder, embora indiretamente, à informação solicitada: “O depoente tem conhecimento se houve algum pedido realizado diretamente pelo autor ou por algum familiar seu de que houvesse retificação nessa reportagem, a retificação na verdade do nome de uma das vítimas?”.

No trecho citado, a inquirição realizada pelo magistrado se mostra mais indutiva que aquela formulada pelos advogados, o que pode ser constatado a partir das seguintes perguntas: “É a foto do documento de identidade possivelmente?”; “Mas não com a finalidade de checagem da informação então?”. Ambas as questões formuladas pelo magistrado apresentam alto grau de sugestividade, podendo a segunda ser classificada como uma *tag question*, porquanto se trata de uma afirmação (“Mas não com a finalidade de checagem da informação”) sucedida de uma expressão confirmatória: “então?”. O primeiro questionamento supracitado, formulado pelo magistrado, pode ser qualificado como uma *declarative question*, haja vista que, mais do que perguntar, o magistrado declara uma opinião pessoal a respeito do fato que está sendo debatido no processo.

A breve análise dos referidos termos de audiência anteriores ao Novo Código de Processo Civil revela a prática da inquirição direta das testemunhas que a doutrina processual admitia ainda quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973. Mais do que isso, os trechos mencionados demonstram também a utilização das tipologias de perguntas já investigadas no presente trabalho, a confirmar a relevância do estudo dos tipos de *questions* para aprimorar a prática jurídica e o controle das perguntas que puderem induzir a resposta, consoante proposto

pelo artigo 459 do Novo CPC. Dessarte, o estudo das *questions* não se trata de mera teorização ou abordagem apenas aplicável ao direito estadunidense, constituindo tema com aspectos práticos e relevantes para o direito brasileiro, mormente na rotina de audiências do foro.

4.3 PARA ALÉM DO TESTEMUNHO E DA TESTEMUNHA

Ainda que o artigo 459 do Novo CPC esteja inserido na parte do Código que disciplina a prova testemunhal, é possível defender a aplicação das proibições insertas naquele artigo, especialmente a de formulação de perguntas que puderem induzir a resposta, aos demais tipos de provas. Nesse sentido, defende Paulo Osternack:

A proibição à formulação de *leading questions* no processo pode ser extraída do art. 459, § 2º, do CPC, que assim dispõe: “As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.”. Tal dispositivo disciplina especificamente o procedimento de inquirição de testemunhas. Contudo, nada impede que a orientação nele consagrada norteie toda a atividade probatória, na medida em que define regra de conduta de espectro geral.²⁶⁰

Dessa forma, a vedação de formulação de perguntas que possivelmente induzem a resposta pode ser aplicada em diversos outros tipos de ramificações do direito probatório, desde os quesitos apresentados ao perito²⁶¹ ou à própria inquirição do *expert*²⁶², até a colheita do depoimento de testemunha de fato por meio de ata notarial, conforme previsto pelo artigo 384 do Novo Código de Processo Civil²⁶³.

²⁶⁰ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

²⁶¹ A aplicação das proibições insertas no artigo 459 pode ser defendida com base no que preceitua § 2º do artigo 473 do Novo Código:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

[...]

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

²⁶² A propósito, o Novo Código prevê essa possibilidade, nos termos do § 3º dos artigos 464 e 477:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

[...]

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico;

[...]

Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

[...]

§ 3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.

²⁶³ Destaco que as análises ora procedidas são *meramente* preliminares, de modo que sofrem as limitações de um *exame pontual*, tendo em vista os limites objetivos do presente trabalho.

Em relação à extensão da aplicação da proposição normativa do *caput* do artigo 459 ao depoimento pessoal e ao depoimento de informante, parece-me, contudo, que a experiência norte-americana com as *leading questions* pode trazer interessantes reflexões para o direito brasileiro.

No sistema norte-americano, a testemunha é das partes, e, portanto, não do juízo, como no direito brasileiro. Justamente com base no fato de a testemunha ser das partes que algumas das regras sobre prova no direito estadunidense são estabelecidas. Conforme demonstrei, a Regra 611(c) das *Federal Rules of Evidence* prevê a utilização das *leading questions* na inquirição cruzada de uma testemunha convocada pela parte adversária (exceto quando a testemunha for amigável para a parte que realiza a *cross-examination*). Por sua vez, na *direct examination*, podem ser formuladas *leading questions* quando a testemunha for identificada como hostil, possuir uma relação estreita com a parte adversária ou for identificada como uma parte adversária.

Assim sendo, a despeito da existência de certo distanciamento entre os ordenamentos brasileiro e estadunidense no que diz respeito a esse ponto da prova testemunhal, no Brasil existe a figura do informante, pessoa que depõe sem prestar “o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”, não sendo realizado o procedimento determinado pelo artigo 458 do Código de Processo Civil de 2015²⁶⁴. Em algumas situações, considera-se que o depoente, ouvido como informante, possui relação estreita com alguma das partes, de maneira a inviabilizar a sua qualificação como testemunha.

Por conseguinte, de forma semelhante a uma testemunha convocada pela parte no sistema norte-americano, o informante (especificamente aquele impedido ou suspeito para depor como testemunha por possuir relação com alguma das partes)²⁶⁵ não pertence ao juízo, mas, sim, à

²⁶⁴ Art. 458. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.

²⁶⁵ Nesse sentido, estabelece o artigo 447, § 2º e 3º do CPC-15:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

[...]

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito;

parte. É, pois, sujeito parcial que participa do processo. Neste contexto, parece-me que pode ser incorporado analogicamente no sistema brasileiro, relativamente ao informante acima mencionado, com base nos §§ 2º e 3º do artigo 447, do Novo Código de Processo Civil, o trecho da Regra 611(c) das *Federal Rules of Evidence* que permite, na *direct examination*, a formulação de *leading questions* quando a testemunha for identificada como hostil. Em outras palavras, poderia a parte adversa direcionar, para o informante impedido ou suspeito que possua fortes indicativos de parcialidade, perguntas que puderem induzir a resposta em razão da hostilidade ou da identificação do informante com a parte que o arrolou.

Essa possibilidade não se restringe, todavia, ao informante. A parte adversa é, da mesma forma que o informante, sujeito parcial que participa do processo, não havendo por que protegê-la, em depoimento pessoal, de perguntas que puderem induzir a resposta. Desta forma, é possível transpor para o sistema brasileiro, relativamente à parte adversária, o trecho da Regra 611(c) das *Federal Rules of Evidence* que permite, na *direct examination*, a formulação de *leading questions* quando a testemunha for identificada com uma parte adversária. A bem dizer, haveria, em tais situações, um tipo de *cross-examination* livre (não limitado ao objeto da *direct-examination*), porquanto a parte manifestamente defenderá, em seu depoimento, as suas versões de fato. Nesta inquirição prevalece a adversariedade, descabendo proteger a parte da mesma forma que uma testemunha, a qual desempenha um “serviço público”, nos termos do artigo 463 do Novo Código de Processo Civil.

É certo que a parte tem “preservado o direito de não produzir prova contra si própria”, conforme o artigo 379 do Novo Código, entretanto, tal direito não implica que ela não poderá proceder de tal forma, até porque, se assim fosse, o instituto da confissão (artigos 389 e ss., do Novo CPC) perderia toda a sua razão de ser. Além do mais, justamente por ter a parte assegurado o direito de não produzir prova contra si própria, justifica-se uma inquirição mais permissiva, em que são formuladas perguntas que puderem induzir a resposta.

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

Por derradeiro, atento que a possibilidade de formulação de questões altamente sugestivas para o informante e para a parte adversária não constituem ofensa ao artigo 459 do Novo Código de Processo Civil, haja vista que a referida proposição normativa proíbe a realização de perguntas que puderem induzir a resposta relativamente à testemunha (sujeito, em tese, imparcial que participa do processo e presta o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado). Não é, pois, proibido direcionar questionamentos indutivos para a parte ou o informante, descabendo a extensão da aplicação do artigo 459 especialmente porque não se está falando de um sujeito parcial, como uma testemunha ou um perito.

De todo modo, o tema permite uma série de novas reflexões que devem ser feitas pela doutrina processualista brasileira, sendo que as conclusões e observações tecidas acima são meramente introdutórias, a fim de defender o debate de quais seriam os limites de aplicação da proibição estabelecida no *caput* do artigo 459 do Novo Código de Processo Civil. O presente trabalho, por conseguinte, não tenciona exaurir essa discussão, tratando-se de assunto correlato, mas não constituinte, da proibição de formulação de perguntas que puderem induzir a resposta na inquirição de testemunha.

4.4 O CONTROLE DAS PERGUNTAS QUE POSSIVELMENTE INDUZEM A RESPOSTA

Estudadas brevemente a linguística e a psicologia comportamental, bem como, de forma mais detida, a experiência norte-americana com as *leading questions* a partir da Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence*, cabe questionar, enfim, como interpretar a proibição estabelecida pelo artigo 459 do Novo Código e, por conseguinte, como controlar a formulação de perguntas que puderem induzir a resposta.

Diferentemente da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, no Brasil não há grande debate a fim de delimitar o que seriam perguntas capciosas — espécie reconhecidamente mais ampla de perguntas que, em tese, englobaria as perguntas indutivas — ou, com o Novo Código, perguntas que puderem induzir a resposta. Geralmente a doutrina brasileira se refere a esse tipo de questionamento tão somente pela indicação de que seriam perguntas que sugerem para a testemunha a resposta desejada, sem analisar, contudo, o modo como o fazem e sem delimitar, de forma minimamente satisfatória, a abrangência dessas perguntas. De toda forma, há exceções.

A respeito da matéria, Edinger cita um “magistrado paulista”, chamado Affonso José de Carvalho, que já havia escrito sobre as “perguntas sugestivas” em 1924:

Segundo ele, “tais sugestões se manifestam às vezes por meio de englobamento dos fatos, de modo que a testemunha não sabe separar o joio do trigo, [ou ainda] por meio de uma pergunta emitida com mostras de tal segurança, em tom de tamanha certeza, que ilude a testemunha, a qual, por timidez ou embaraço, imaginando que o inquirido está perfeitamente ciente do que se passou e de que não seria capaz de fazer-lhe perguntas tão precisas, se o fato fosse desconhecido, responde pela afirmativa, sem pesar a própria resposta”.²⁶⁶

Quando da elaboração da nova Lei Processual Civil — conhecida como Código Buzaid —, em 1969, Flair Carlos Armani, promotor público, afirmava que à época estava “profundamente arraigado o vício de se introduzir na indagação o inteiro teor da resposta”²⁶⁷,

²⁶⁶ CARVALHO, A. J. *Inquirição Cível* apud EDINGER, Carlos. Perguntas sugestivas, verdade e contraditório. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014, p. 17.

²⁶⁷ ARMANI, Flair Carlos de Oliveira. Liberdade subjetiva da prova testemunhal e reperguntas. *Revista Justitia: A Revista do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, 1969, p. 49. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/3x0wad.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

tratando-se de prática “tão freqüente que quase já [fazia] parte dos usos e costumes forenses”²⁶⁸. Criticava o promotor que “[p]ara tanto contribui decisivamente o nosso atual Código de Processo Civil, que é completamente omissos neste particular”²⁶⁹, tendo em vista que, de acordo com a Lei Processual Civil de 1939, em seu artigo 246, “o juiz apenas tem poderes para indeferir as perguntas impertinentes”²⁷⁰, sendo que os juízes tentavam sanar a falha do legislador “advertindo a parte ou mesmo indeferindo perguntas mal formuladas”²⁷¹, contudo, sem êxito, conforme escreve Flair Armani:

Malgrado o esforço, os resultados têm sido nulos, eis que, em seguida, a parte requer, com outras palavras, a mesma pergunta, o juiz agora defere, e, a essa altura, a testemunha, inclusive por força da impugnação anterior, já sabe qual a resposta pretendida. É interessante que muitas vezes a parte prejudicada, sentindo-se desarmada, prefere silenciar, para não chamar ainda mais a atenção do depoente.²⁷²

Sendo assim, é com prazer que Flair Armani constatava as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil do Professor Alfredo Buzaid, pois, “pelo Anteprojeto, o juiz [poderia] indeferir tanto as perguntas impertinentes, quanto as sugestivas e capciosas, além das vexatórias”²⁷³. Contudo, já à época Flair Armani afirmava que o Anteprojeto de Código de Alfredo Buzaid — ainda sequer sancionado — não teria de modo completo e seguro resolvido o problema das perguntas sugestivas ou capciosas. Segundo o autor, com o passar do tempo, com o “afrouxamento ético das relações entre as partes” no “calor das disputas forenses”, “a parte só arrola uma testemunha depois de ter conversado com esta, trocando idéias, depois de cientificar-se de que a testemunha, no mínimo, procurará ajudá-la”²⁷⁴²⁷⁵. Dessarte, “êste industriamento, que começa antes da audiência, se completa com as perguntas sugestivas”²⁷⁶.

²⁶⁸ ARMANI, Flair Carlos de Oliveira. Liberdade subjetiva da prova testemunhal e reperguntas. *Revista Justitia: A Revista do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, 1969, p. 49. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/3x0wad.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

²⁶⁹ ARMANI, loc. cit.

²⁷⁰ ARMANI, loc. cit.

²⁷¹ ARMANI, loc. cit.

²⁷² ARMANI, loc. cit.

²⁷³ ARMANI, loc. cit.

²⁷⁴ ARMANI, loc. cit.

²⁷⁵ De modo contrário, escrevem Broun et al.: “As we have seen, before trial diligent lawyers normally informally interview all the witness whom they expect to call for direct examination. This practice is perfectly ethical” (BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 18).

²⁷⁶ ARMANI, op. cit., p. 50.

Diante de tal situação fática, Flair Armani entendia “que o legislador [deveria] tomar rígida posição”, de modo que o autor sugere “ao invés de simples indeferimento da pergunta mal formulada [...], seja atribuída ao juiz a faculdade de considerar prejudicada a indagação sugestiva ou capciosa, não podendo a parte formular outra visando a obtenção de idêntica resposta”²⁷⁷. Para o autor, “[a]nte a ameaça de sanção, as partes se absteriam de formular perguntas sugestivas, com o que se alcançaria o autodisciplinamento na formulação das perguntas”²⁷⁸.

A proposta de Flair Armani é criticável, entretanto, denota seu interesse para com a disciplina das “perguntas sugestivas”. O autor fundava todas as suas conclusões com base nas premissas do magistério de Malatesta, que ensinava que “a liberdade subjetiva da prova testemunhal pode ser violada, alterando-se moralmente a pessoa probante”²⁷⁹.

Malatesta dividia as sugestões *ilícitas* em três tipos, a saber, violenta, fraudulenta e culposa, importando para o presente trabalho os dois últimos tipos, que consistiriam nas “perguntas insidiosas” e nas “perguntas capciosas”, respectivamente, sendo que ambas prejudicariam a busca pela verdade dos fatos. As lições de Malatesta, formuladas ainda em 1920, são demasiado interessantes, de maneira que as transcrevo abaixo:

A sugestão ilícita pode ser de três espécies: violenta, fraudulenta e culposa. A sugestão violenta sugere as respostas por meio do temor, a fraudulenta por meio do engano originado pelo dolo do intêrrogante, a culposa por meio do êrro originado pela negligência do intêrrogante.

[...]

Na segunda espécie de sugestão, no caso de sugestão fraudulenta, por meio de um artificioso rodeio de palavras, ou com uma artificiosa apresentação de coisas, o juiz produz no espírito do interrogado uma determinada convicção, para obter daí uma resposta análoga; ou então, por meio do equívoco, arrasta-o a uma resposta, dada num sentido, e tomada e registrada em outro.

Nestas duas primeiras espécies de sugestão ilícita, o juiz não faz mais do que tomar o lugar dos delinqüentes, a quem rouba as armas: a violência e a fraude.

Mas a pergunta sugestiva enganadora pode derivar também, além do dolo, da negligência do inquiridor: tem-se assim a terceira espécie de sugestão: a sugestão culposa. Sob o ponto de vista de quem interroga, as perguntas sugestivas dolosas podem chamar-se pròpriamente insidiosas, como as perguntas culposas podem chamar-se simplesmente capciosas; mas sob o ponto de vista do interrogado as perguntas insidiosas não se distinguem das simplesmente capciosas, produzindo idêntico efeito. O juiz incluindo na sua pergunta uma dada resposta, quer o faça por imperícia, quer por dolo,

²⁷⁷ ARMANI, op. cit., p. 50.

²⁷⁸ ARMANI, op. cit., p. 50.

²⁷⁹ ARMANI, op. cit., p. 48.

prejudica do mesmo modo a causa da verdade: relativamente ao espírito do interrogado, a resposta é sempre igualmente inspirada pelo interrogante; e a imperícia dêste, produz o mesmo efeito do dolo, prejudicando igualmente à verdade.

Nós consideramos em geral a sugestão como violação da liberdade sugestiva do interrogado; mas a sugestão contrária à verdade mesmo quando pode prestar eventualmente ao interrogado armas para mentir, dando-lhe um conhecimento dos factos que podem facilitar e tornar mais verosímeis as suas mentiras. Sob êste aspecto, ainda mais perigosa é a sugestão culposa.

E basta quanto a sugestão.²⁸⁰

A despeito de eventuais exceções, algumas delas acima mencionadas, a totalidade da doutrina brasileira (principalmente a contemporânea) não adentra muito no tema das perguntas sugestivas ou indutivas, limitando-se a repetir as previsões legais, ainda que por outras palavras²⁸¹²⁸². Tal abordagem, contudo, não facilita em nada a aplicação da proibição de formular perguntas que puderem induzir a resposta para a testemunha, mantendo a vagueza da expressão e tornando a sua interpretação uma miríade de insegurança jurídica. É preciso, pois, fornecer instrumentos ao operador do Direito para que ele saiba verificar, com algum grau de segurança, se, de fato, foi formulada uma pergunta indutiva. Afinal, de nada vale o conhecimento sem uma aplicação prática.

A propósito do tema, já advertia Moacyr Amaral Santos que “são inegáveis os perigos e inconvenientes da prova testemunhal”²⁸³. E prossegue:

Mas como esta é indispensável, como o testemunho oral é a maior força da vida jurídica em milhares de casos, cumpre ao jurista, ao cientista, ao legislador, num esforço comum, procurar, indicar e estabelecer os remédios capazes de remover, corrigir ou suavizar aquêles perigos e inconvenientes.²⁸⁴

Assim sendo, não me eximirei do papel que cumpre à doutrina processualista.

²⁸⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C^a. (Filhos), 1927, pp. 103-105.

²⁸¹ Com exceção de Didier Jr. et al., que escrevem brevemente sobre a matéria: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2. pp. 219-220.

²⁸² É certo que essa opção era fruto da existência da inquirição intermediada pelo juiz no Código Buzaid, contudo, dada a prática recorrente de adoção da inquirição direta pelos advogados, o silêncio da doutrina causa certa curiosidade.

²⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964, v. III, p. 101.

²⁸⁴ SANTOS, op. cit., p. 101.

4.4.1 Compreendendo a proibição do caput do artigo 459

A primeira observação que faço sobre o artigo 459 do Novo CPC é que o texto legal prevê a proibição de formulação de perguntas que induzem “a resposta”. Conquanto possa passar despercebida, a utilização do singular indica um caminho a ser seguido pelo intérprete. Induzir a uma resposta é diferente de formular uma questão com alternativas ou uma questão que possa ser respondida com um “sim” ou um “não”. Assim, a experiência norte-americana com as *leading questions* parece-me extremamente enriquecedora no que tange à interpretação da expressão “perguntas que puderem induzir a resposta”.

Conforme estudado, no direito estadunidense uma *leading question* não apenas solicita uma resposta sobre um tópico específico, mas também sugere a específica resposta a respeito daquele tópico. Ademais, uma questão pode ser *leading* quando contenha, em sua estrutura, fatos que deveriam ter sido originados no e a partir do testemunho. Ora, transpondo para o direito brasileiro, o que seria uma pergunta que potencialmente induz a resposta senão uma questão que sugere a sua específica resposta ou que contenha a verdade sobre fatos controversos?

O leitor mais atento poderia redarguir que o texto legal utiliza a expressão “puderem” e, portanto, proíbe não somente as perguntas que induzem a uma específica resposta, como também aquelas que “possivelmente” induzam, ou seja, que apresentem algum risco para o testemunho. A observação é extremamente válida, contudo, não parece prosperar.

Já demonstrei, com base na doutrina e na jurisprudência norte-americanas, que toda questão poderia ser considerada *leading* (isto é, sugestiva) no sentido de que direciona a atenção da testemunha para um evento ou tópico particular. Além do mais, a produção da prova testemunhal certamente não chegaria a lugar nenhum se a inquirição não fosse, em alguma medida, sugestiva. Toda pergunta carrega consigo algum grau de sugestividade, negar isso seria desconsiderar que a resposta encontra sua liberdade em relação à pergunta que a gerou.

Por conseguinte, toda pergunta *possivelmente* induz a resposta. Com isso quero dizer que toda questão *tem potencial* para sugerir a resposta desejada. E é possível que o faça. Uma *wh-*

question pode ser *leading* por conter a verdade sobre fatos controversos, em que pese sua fórmula apresente baixo grau de sugestividade e esteja longe de sugerir possíveis respostas. O oposto serve para uma *declarative question* que apenas recapitula, com alto grau de sugestividade e praticamente indicando a resposta, fatos já fornecidos pela testemunha.

Levar à risca a expressão “possivelmente” parece dificultar a interpretação da proibição estabelecida pelo artigo 459 do Novo CPC. Bem visto, o “possivelmente” mostra-se um artifício do legislador para acentuar o cuidado que se deve manter em relação às perguntas indutivas.

O controle das perguntas que puderem induzir a resposta da testemunha também deve passar pelo estudo dos tipos de questões, consoante aponta a experiência norte-americana com as *leading questions*. Mais do que aspecto abordado pela doutrina, tipologias de questões de acordo com o seu grau de sugestividade foram utilizadas pela jurisprudência estadunidense para determinar que nem toda *yes or no question* configura uma *leading question*.²⁸⁵

Dessa forma, conquanto pareçam cristalinas as contribuições que a abordagem de uma tipologia de questões pode trazer em termos de segurança jurídica para a interpretação do artigo 459 do Novo CPC, justamente por constituir-se em uma forma relativamente fácil e prática de tratar as perguntas indutivas, também é possível desenvolver algumas regras gerais de aceitação ou não de cada tipo de questão durante a inquirição de uma testemunha.

Como regra geral, *tag questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio, não esteve?”), *declarative questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio[?].”) e *negative yes/no questions* (“Você não esteve no Banco dia 30 de maio?”) são proibidas pelo Novo Código de Processo Civil, em função de seu alto grau de sugestividade. Por sua vez, também como regra geral, *requestions* (“Você pode nos contar onde você esteve no dia 30 de maio?”) e *wh-questions* (“Onde você esteve no dia 30 de maio?”) são permitidas pelo artigo 459 do Novo Código, levando-se em consideração o seu baixo grau de sugestividade. Repito, como regra geral, admitidas exceções, algumas das quais já foram analisadas no presente estudo, a exemplo das perguntas eco, que repetem totalmente ou em parte o que havia sido dito por outro falante, tendo por suas funções a

²⁸⁵ Conforme decidiu a Suprema Corte de Maine em *State v. Weese*, 424 A.2d 705, 709 (Me. 1981).

recapitulação ou a explicação, e das *wh-questions* que contenham a verdade sobre fatos ainda controversos no processo.

As *standard yes/no questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio?”) e as *alternative questions* (“Você esteve no Banco, na praça ou no mercado dia 30 de maio?”) — questões que se encontram numa tal *zona gris* — são permitidas desde que formuladas de forma neutra, sem maiores detalhes e em não havendo uma pergunta menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado.

A respeito desta formulação, algumas considerações precisam ser feitas, com base nos estudos de Kenneth Melilli já analisados na presente monografia. Por perguntas formuladas de forma neutra, entendo como aquelas que são apresentadas de maneira que as palavras da questão ou o comportamento do advogado, em conexão com a pergunta, *não* sugiram a resposta particular desejada. Já por perguntas formuladas sem maiores detalhes, entendo como aquelas questões que *não* contenham informações — ainda não oferecidas pelo testemunho — demasiado específicas, tal como no seguinte exemplo: “A pessoa era ruiva, media em torno de 1,80 m e possuía olhos azuis?”.

Desenvolver efetivamente o testemunho desejado, por seu turno, não significa nada mais do que permitir à testemunha, por meio da questão formulada, que forneça as informações relevantes sobre as quais detém conhecimento.

Neste ponto, vale mencionar exemplo já citado no trabalho quando da análise da qualidade relativa das *leading questions*. A pergunta “Como era a vida de vocês lá na roça?” (*wh-question*) feita a uma testemunha, no contexto de uma audiência em uma vara de direito previdenciário, pode ocasionar grande perda de tempo, justamente em função da parca delimitação fornecida pela pessoa que realizou a pergunta. A testemunha pode fornecer todo tipo de informação, incluindo a rotina da família, sem sequer mencionar aquilo que é revelante para a causa.

No exemplo analisado, uma *standard yes/no question* desenvolve a inquirição de maneira muito mais efetiva. A questão “Todos os membros da família trabalhavam na roça?” apresentase, pois, como possível solução, inquirindo a testemunha por meio de uma *standard yes/no question* formulada de forma neutra e sem maiores detalhes, na ausência de uma pergunta menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado.

Esses parâmetros de permissão ou proibição de questões que foram apresentadas mesclam certa qualidade *relativa* das *leading questions*, conforme os estudos de Kenneth Melilli, com a qualificação praticamente absoluta de determinadas questões como *leading* ou não. Deste modo, mais uma vez, a experiência norte-americana contribui para a interpretação do artigo 459 do Novo Código de Processo Civil.

Resta analisar, ainda, se algumas das exceções jurisprudenciais ao uso de *leading questions* na *direct examination* podem ser incorporadas, de alguma forma, ao controle das perguntas que puderem induzir a resposta no direito processual civil brasileiro.

Conforme já estudado, as *leading questions* são permitidas na *direct examination* quando a testemunha for jovem, idosa, tímida, encontrar-se nervosa, confusa, assustada ou enferma, possuir um inglês deficiente, caracterizar-se pela pouca inteligência ou tiver sofrido um lapso de memória. Melilli realiza duras críticas a estas exceções, afirmando, basicamente, que tais circunstâncias são justamente aquelas em que os preditos perigos das *leading questions* se fazem mais presentes. Em tais situações, os juízes norte-americanos costumam esquecer os perigos das *leading questions* como uma forma de não deixar escapar uma prova relevante.

Nesses casos, Melilli reitera a sua formulação, defendendo que uma pergunta mais sugestiva — e não necessariamente *leading* — só pode ser feita se não houver uma questão menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado. Não haveria, pois, motivos para liberar o uso de *leading questions*. Trata-se aqui de encontrar o nível de sugestividade capaz de permitir a realização da inquirição, dadas as peculiaridades da testemunha. Acredito, seguindo o que foi preceituado pelo doutrinador norte-americano, que essa parece a melhor opção, para o

direito brasileiro, diante da fragilidade da testemunha e da possibilidade de deixar escapar uma prova relevante²⁸⁶.

A respeito do tema, inclusive, Moacyr Amaral Santos, antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, escreve:

Nada impede antes de tudo aconselha perguntas capazes de agir como processo mnemônico, que ative ou auxiliem a memória. Uma vez, porém, que não tenham o caráter de perguntas de sugestão. Perguntas que façam a testemunha associar idéias, para que por êsse meio recorde fatos ou circunstâncias, produzem bons resultados.²⁸⁷

Ainda, consoante analisado no presente trabalho, as *leading questions* também são permitidas na *direct examination* quando forem feitas de forma preliminar ou sobre informações colaterais, tais como nome, residência, idade, relação para com as partes e demais questões que não estão em disputa no litígio. Tal exceção é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, porquanto privilegia a economia processual e a duração razoável da audiência de instrução.

Ademais, tal exceção não encontra qualquer óbice, seja em relação à proteção da testemunha ou à busca pela verdade dos fatos. Perguntar à testemunha se o seu nome é João da Silva e se ela reside em São Paulo, na Avenida X ou Y, não prejudica em nada o processo — pelo contrário —, independentemente se a pergunta sugere a específica resposta desejada por aquele que realizou a questão. É possível, portanto, a realização de perguntas que possivelmente induzem a resposta de forma preliminar ou sobre informações colaterais. Respeitados e bem observados, é claro, os requisitos da preliminaridade e da colateralidade.

²⁸⁶ A propósito, corroborando um entendimento de certa forma mais permissivo, Malatesta escreve que nem toda sugestão é ilícita, nos seguintes termos: “Há pois uma sugestão que não é contrária aos fins da justiça, uma sugestão lícita, que é determinada pelo duplo fim do auxílio da memória e do auxílio da inteligência da testemunha, uma sugestão lícita que, dirigindo-se a despertar as recordações adormecidas, ou a afastar divagações inúteis, serve para o triunfo da verdade. Mas para que a sugestão tendente a êstes dois fins sirva ao triunfo da verdade, é necessário que se apresente quer com a forma realmente e *substancialmente dubitativa*, quer com a forma *afirmativa directa e explícita*” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C^a. (Filhos), 1927, p. 103).

²⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964, v. III, p. 118.

4.4.2 O controle propriamente dito

O Novo Código de Processo Civil está em vigor há pouco tempo, contudo, parece-me que alguns apontamentos sobre o controle propriamente dito das perguntas que puderem induzir a resposta podem ser feitos. Para Flávio Lima:

No começo, haverá embate entre juízes e advogados. Certamente, haverá um número maior de perguntas indeferidas, algumas com razão, outras não. A alteração de regras tão utilizadas no dia a dia fará com que, no início, juízes rejeitem o modo de inquirir dos advogados. Da mesma forma, os advogados deverão controlar o ímpeto de induzir a testemunha em uma resposta, ou de repetir perguntas disfarçadas em novas perguntas, para obter resposta diferente da anterior.²⁸⁸

Tendo em vista que a inquirição já era realizada, por muitos juízes, de forma direta, sem qualquer intermediação, talvez a diferença não seja deveras absurda, conquanto sensível. De todo modo, previsões à parte, via de regra, seguindo uma forte tendência já estabelecida pelas Cortes de Apelação norte-americanas, deve prevalecer a sindicância do juiz de primeiro grau sobre a formulação de perguntas indutivas. No Brasil, inclusive, há jurisprudência consolidada indicando que o Juízo de primeiro grau está mais próximo dos fatos e, portanto, melhor aparelhado para a tomada de medidas adequadas para a condução do processo e para melhor perceber as nuances fáticas do caso²⁸⁹.

Além do mais, no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, a análise de aspectos relativos à aplicação do artigo 459 do Novo CPC *aparentemente* cairia, ainda que o acervo fático-probatório tenha sido analisado pelo Tribunal *a quo* e pelo juiz de primeiro grau, no óbice imposto pela Súmula 7 da Corte, que determina: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Importa atentar, no entanto, que “[o] juízo de admissibilidade de uma

²⁸⁸ LIMA, Flávio Pereira. Artigo 459 do novo Código de Processo Civil acaba com o telefone sem fio. *Revista Consultor Jurídico*, 20 mar., 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/flavio-lima-artigo-459-cpc-acaba-telefone-fio>>. Acesso em: jan. 2016.

²⁸⁹ Cito, de forma exemplificativa, os seguintes julgados: TJ-RS, Agravo n.º 70060016359, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/06/2014; STJ, AgRg no REsp 1323470/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012; TJ-RS, Agravo de Instrumento n.º 70067902890, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/03/2016; TJ-MG, Agravo de Instrumento n.º 10079120412519001, 13ª Câmara Cível, Relator: Alberto Henrique, Data de Julgamento: 18/04/2013, Data de Publicação: 26/04/2013; TJ-SC, Apelação Cível n.º 2009.033839-1, Câmara Especial Regional de Chapecó, Relator: Guilherme Nunes Born, Data de Julgamento: 12/07/2011, Data de Publicação: 12/08/2011.

determinada prova é questão de direito, e é preliminar à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento”²⁹⁰. Não se deve confundir, pois, admissibilidade com valoração da prova.²⁹¹ Tratado-se de matéria de direito, é possível o reexame, em sede Recurso Especial interposto para o Superior Tribunal de Justiça, da admissibilidade probatória²⁹².

Assim sendo, é perfeitamente possível — e inclusive desejável — que as Cortes (*a quo* e *ad quem*) estejam atentas à formulação de perguntas que puderem induzir a resposta nas situações nas quais resultar prejuízo para uma das partes e influenciar na decisão do caso. Conforme relembra Edinger, “uma pergunta sugestiva é um meio ilícito de se obter uma prova”²⁹³, e “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, nos termos do artigo 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, Malatesta escreve:

A sugestão ilícita auxilia sem mostrar auxiliar: nisto está principalmente a sua natureza insidiosa. É bom que se saiba se a testemunha fez uma afirmação por iniciativa sua e por sua lembrança espontânea, ou se por um incitamento, que a chamou ao assunto, ou lhe despertou as recordações adormecidas; é bom saber-se tudo isto, para o levar em devida conta.

[...]

Mas ordinariamente a sugestão apresenta-se como uma violação da liberdade subjectiva da testemunha, e é por isso *ilícita*.²⁹⁴²⁹⁵

Não se pode permitir, pois, que o magistrado firme sua convicção de fato num testemunho produzido à baila das disposições relativas à prova testemunhal, mormente aquela do artigo 459 do Novo Código de Processo Civil. Dessa forma, a formulação de perguntas indutivas pode levar

²⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21. A respeito do tema, escreve Taruffo: “Em todos os sistemas processuais, a seleção preliminar das provas é realizada de acordo com dois critérios básicos: a relevância dos elementos de prova e as normas que determinam quais provas são juridicamente admissíveis” (TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 35).

²⁹¹ A propósito, escreve Fenoll que a valoração da prova é “*la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza em um proceso*” (FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 34).

²⁹² KNIJNIK, op. cit., p. 23.

²⁹³ EDINGER, Carlos. “Perguntas sugestivas, verdade e contraditório”. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014, p. 19. Ressalto, é claro, entendimento no sentido de que as perguntas proibidas pelo artigo 459 são as *indutivas*, e não *sugestivas*, conforme menciona o autor.

²⁹⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & Cª. (Filhos), 1927, p. 103.

²⁹⁵ Vale recordar que, para o autor, nem toda sugestão é ilícita (MALATESTA, op. cit., p. 103).

tanto à invalidade do julgamento que se baseou nas respostas da testemunha a tais perguntas, como à ineficácia da prova, que deve ser apenas desconsiderada caso não prejudique a decisão como um todo.

Relativamente à sindicância, pelos Tribunais, das perguntas indutivas, destaco que a gravação das audiências por meio audiovisual permite que o Tribunal tenha acesso não apenas às palavras proferidas por quem realiza a inquirição e pela testemunha, mas também ouça o tom de voz das pessoas e visualize — geralmente apenas a imagem da testemunha — o que se passou na sala de audiência, configurando importante *meio* para o controle da inquirição da testemunha. A propósito, Moacyr Amaral Santos há longa data ressaltava a importância da averiguação da pergunta formulada:

As perguntas, é sabido, exercem influência significativa nas respostas. Aquelas e estas devem ser consideradas como um todo indivisível, segundo princípio assente em psicologia experimental [...] Aconselhável, assim, que as perguntas constem do interrogatório.²⁹⁶

Atento, ainda, que a impugnação — ou objeção — à pergunta pode ser feita pela parte na própria audiência, conquanto o Novo Código não preveja nada a respeito, requerendo a parte que a objeção conste em ata ou na gravação, da mesma forma quando houver o indeferimento de uma pergunta, pois “[c]om isso resta possível demonstrar eventual ilegalidade no indeferimento de pergunta e, assim, violação do contraditório”²⁹⁷.

No entanto, em se tratando de nulidade que o juiz deva decretar de ofício, por se tratar de prova ilícita, não se aplica a preclusão prevista no artigo 278 do Código de Processo Civil de 2015 caso a nulidade não seja alegada na primeira oportunidade em que a parte puder falar nos autos, isto é, na própria audiência²⁹⁸²⁹⁹, haja vista que “[a] pergunta sugestiva não é mero vício de

²⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964, v. III, pp. 115-116.

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 836.

²⁹⁸ Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

forma, pois afeta o conteúdo do enunciado da testemunha e, portanto, contamina a informação que seria dada”³⁰⁰, além de instrumentalizar demasiadamente a testemunha, “tornando-a mera reprodutora de conteúdo nela incutido”³⁰¹

A respeito das objeções, Kézia Borges entende que “salvo impugnações informais, descriteriosas e não previstas em lei, eventualmente apresentadas pelas partes, caberá apenas ao juiz atentar para as perguntas inadmissíveis na realização da prova testemunhal.”³⁰² Fato é que, em se tratando de uma ilegalidade, a parte tem o direito de impugnar as perguntas que puderem induzir a resposta e requerer que a objeção conste em ata, nos mesmos moldes do indeferimento, pelo juiz, de uma pergunta.

Justamente por isso é possível dizer, conforme reflexão de Flávio Lima, que na inquirição direta “[é] tudo instantâneo, imediato. E o raciocínio do advogado precisa estar afiado para aproveitar cada detalhe da resposta da testemunha já na pergunta seguinte”³⁰³. Raciocínio afiado, acrescento, não apenas para formular a pergunta mas também para objetar a questão, formulada pela parte adversa, que puder induzir a resposta. Há uma mudança na conduta dos advogados, que deverão estar mais atentos ao que se passa na audiência, portando-se de forma mais participativa — sem cometer excessos, é claro.

²⁹⁹ No direito norte-americano, incumbe tão somente à parte, no momento oportuno, alegar o erro na admissão da prova:

Rule 103. Rulings on Evidence

(a) Preserving a Claim of Error. A party may claim error in a ruling to admit or exclude evidence only if the error affects a substantial right of the party and:

(1) if the ruling admits evidence, a party, on the record:

(A) timely objects or moves to strike; and

(B) states the specific ground, unless it was apparent from the context; or

(2) if the ruling excludes evidence, a party informs the court of its substance by an offer of proof, unless the substance was apparent from the context.

³⁰⁰ EDINGER, Carlos. Perguntas sugestivas, verdade e contraditório. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014, p. 19.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰² BORGES, Kézia Borba. *Inquirição de testemunhas no processo civil: um estudo à luz do direito estadunidense*. 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 52.

³⁰³ LIMA, Flávio Pereira. Artigo 459 do novo Código de Processo Civil acaba com o telefone sem fio. *Revista Consultor Jurídico*, 20 mar., 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/flavio-lima-artigo-459-cpc-acaba-telefone-fio>>. Acesso em: jan. 2016.

Sobre essa nova qualidade que será exigida dos advogados brasileiros com o Novo Código, Flávio Lima observa: “As universidades americanas oferecem no curso de graduação matérias destinadas a treinar os futuros *litigators* a inquirirem suas testemunhas. As faculdades brasileiras precisarão fazer o mesmo. Os alunos precisarão ser treinados a realizar uma boa inquirição.”³⁰⁴.

Mais do que treinar os futuros advogados a inquirirem uma testemunha, contudo, as faculdades brasileiras precisarão ensinar aos operadores do Direito — não apenas aos advogados, portanto — aspectos básicos das tipologias de questões e da psicologia comportamental, delimitando, na medida do possível, o que seriam perguntas que puderem induzir a resposta e como identificá-las. A tarefa é árdua, como demonstra a própria experiência norte-americana com as *leading questions*, e eu espero ter contribuído de alguma forma por intermédio do presente trabalho.

³⁰⁴ LIMA, loc. cit.

INTERLÚDIO

Rudy Baylor: Objection. Your honor, he's leading the witness.

Judge Kipler: This is cross-examination, leading is allowed. Overruled, as to leading.

(Francis Coppola, *The rainmaker*, 1997)

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista todas as considerações tecidas ao longo do trabalho, destaco as seguintes conclusões:

5.1 A Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence* e o tratamento dado às *leading questions* no direito norte-americano auxiliam a doutrina brasileira na compreensão da proibição prevista no *caput* do artigo 459 do Novo Código de Processo Civil.

5.2 Ainda que a Regra 611 (c) das *Federal Rules of Evidence* e o artigo 459 da nova Lei Processual Civil brasileira *não possam* ser completamente equiparados, mormente porque a regra norte-americana diferencia a *cross-examination* e a *direct examination*, permitindo, ordinariamente, a formulação de *leading questions* na inquirição procedida pela parte que não arrolou a testemunha, os estudos realizados pela doutrina norte-americana e a jurisprudência daquele país relativamente às *leading questions* mostram-se relevantes para a definição do que são perguntas que puderem induzir a resposta e de que *modo* tais questionamentos induzem a resposta.

5.3 De acordo com a jurisprudência e a doutrina norte americanas, toda questão é *sugestiva* no sentido de que direciona a atenção da testemunha para determinado tópico ou evento particular, até porque o *trial* certamente não chegaria a lugar nenhum se a inquirição não fosse, em alguma medida, sugestiva, cabendo notar que essa sugestividade não implica necessariamente que a questão seja *leading*. As *leading questions* são aquelas questões que sugerem a *específica* resposta para determinada pergunta ou assumem a verdade de fatos controversos.

5.4 Ao prever a inquirição direta da testemunha, sem a intermediação do juiz, o Código de Processo Civil de 2015 não traduz grande inovação na prática forense, especialmente porque muitos juízes já permitiam a inquirição da testemunha diretamente pelos advogados das partes, sem qualquer intermediação.

5.5 O Novo Código de Processo Civil acertou ao vedar, à semelhança do artigo 212 do Código de Processo Penal, as “perguntas indutivas”, e não as “perguntas sugestivas”. Toda pergunta é sugestiva no sentido de que direciona a atenção da testemunha para um evento ou tópico particular, de modo que a utilização da expressão “pergunta sugestiva” resultaria extremamente problemática. O que o Código proíbe, pois, são as perguntas *altamente* sugestivas, que traçam um caminho para o respondente.

5.6 Considerando que o artigo 459 do Código de Processo Civil de 2015 proíbe a formulação de perguntas que puderem induzir “a resposta”, utilizando-se do singular, devem ser consideradas vedadas, no direito brasileiro, as questões que sugerem a *específica* resposta ou aquelas que contenham a verdade sobre fatos ainda controversos, conclusão a que se chega, também, tendo por base a experiência norte-americana com as *leading questions*.

5.7 Conforme afirmam a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, toda pergunta carrega consigo algum grau de sugestividade, de modo que, transpondo para o direito brasileiro, toda pergunta *possivelmente* induz a resposta, isto é, toda questão *tem potencial* para sugerir a resposta desejada, e é possível que o faça. Desse modo, o “possivelmente” a que o artigo 459 do Novo Código faz alusão configura um artifício do legislador para acentuar o cuidado que se deve manter em relação às perguntas indutivas.

5.8 As perguntas capciosas, proibidas pelo § 2º do artigo 459 do Novo Código, englobam gênero mais amplo de perguntas, não se cingindo àquelas perguntas que induzem a resposta. Uma pergunta pode ser sorrateira por diversos fatores, não apenas por induzir a testemunha. A proibição de realização de considerações ou perguntas capciosas guarda relação com a Regra 611 (a) das *Federal Rules of Evidence*, que protege a testemunha de distrato ou de constrangimento indevido.

5.9 As tipologias de questões em termos do grau de coerção e restrição das respostas podem ser perfeitamente aplicadas ao direito brasileiro, constituindo-se em uma forma relativamente fácil e prática de tratar as perguntas indutivas. Por meio das tipologias de questões,

é possível desenvolver regras gerais de aceitação ou não de cada tipo de questão durante a inquirição de uma testemunha.

5.10 Como regra geral, *tag questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio, não esteve?”), *declarative questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio[?].”) e *negative yes/no questions* (“Você não esteve no Banco dia 30 de maio?”) são proibidas pelo Novo Código de Processo Civil, em função de seu alto grau de sugestividade. Por sua vez, também como regra geral, *requestions* (“Você pode nos contar onde você esteve no dia 30 de maio?”) e *wh-questions* (“Onde você esteve no dia 30 de maio?”) são permitidas pelo artigo 459 do Novo Código, levando-se em consideração o seu baixo grau de sugestividade.

5.11 As regras gerais das tipologias de questões em termos de sugestividade podem ser excepcionadas, a exemplo do que ocorre com as perguntas *eco* (*declarative questions* ou até *tag questions*), que repetem totalmente ou em parte o que havia sido dito por outro falante, tendo por suas funções a recapitulação ou a explicação, e das *wh-questions* que contenham a verdade sobre fatos ainda controversos no processo.

5.12 As *standard yes/no questions* (“Você esteve no Banco dia 30 de maio?”) e as *alternative questions* (“Você esteve no Banco, na praça ou no mercado dia 30 de maio?”) — questões que se encontram numa tal *zona gris* — são permitidas desde que formuladas de forma neutra, sem maiores detalhes e em não havendo uma pergunta menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado, pois, tendo por base a “qualidade relativa” das *leading questions* estudada por Melilli, uma pergunta mais sugestiva — e não necessariamente indutiva — só pode ser formulada se não houver uma questão menos sugestiva que desenvolva efetivamente o testemunho desejado, podendo se usado tal parâmetro, também, quando a testemunha for jovem, idosa, tímida, encontrar-se nervosa, confusa, assustada, enferma ou tiver sofrido um lapso de memória

5.13 É possível a formulação de perguntas indutivas de forma preliminar ou sobre informações colaterais, devendo ser respeitados e bem observados os requisitos da preliminaridade e da colateralidade.

5.14 Com base no artigo 459 do Novo Código de Processo Civil, a parte tem o direito de impugnar as perguntas que puderem induzir a resposta e requerer que a objeção conste em ata, nos mesmos moldes já admitidos pela doutrina brasileira em relação ao indeferimento, pelo juiz, de uma pergunta formulada pelo advogado da parte.

5.15 As Cortes (*a quo* e *ad quem*) podem fazer a sindicância das perguntas indutivas, especialmente nas situações em que a referida prova, considerada ilícita, acarretar prejuízo para uma das partes e influenciar na decisão do caso. Dessa forma, a formulação de perguntas indutivas pode levar à invalidade do julgamento que se baseou nas respostas da testemunha a tais perguntas, ou à ineficácia da prova, que será desconsiderada caso não prejudique o restante da decisão.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ARMANI, Flair Carlos de Oliveira. Liberdade subjetiva da prova testemunhal e reperguntas. *Revista Justitia: A Revista do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, 1969. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/3x0wad.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.
- BECKMAN, Sydney A. Witness Response Manipulation Through Strategic “Nonleading” Questions (Or The Art Of Getting The Desired Answer By Asking The Right Question). *Southwestern Law Review*, v. 43, n. 1, 2013.
- BORGES, Kézia Borba. *Inquirição de testemunhas no processo civil: um estudo à luz do direito estadunidense*. 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: jan. 2016.
- _____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: jan. 2016.
- _____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: jan. 2016.
- _____. Recurso Ordinário n. 00518-2007-056-02-00-1. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julgamento 17/06/2008, 4ª Turma, Data de Publicação: 27/06/2008.
- BROUN, Kenneth S. et al. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013.
- CARDOSO, Oscar Valente. A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. VIII, n. 1, 2013.
- _____. Direct examination e cross-examination no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, jun. 2009.
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009.

CHIOVENDA, Guiseppe. Procedimento oral, n. 74, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1938.

DANET, Brenda. Language in the Legal Process. *Law & Society Review* 4/3, 1980.

DENROCHE, G. Stephen. Leading questions. *The Criminal Law Quarterly*, v. 21, 1963-1964.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis* (3.: 2015: Curitiba, PR) Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: de 01, 02 e 03 de maio de 2015. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Editorial* 38, Salvador, 11 jun., 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-38/>>. Acesso em: jan. 2016.

EDINGER, Carlos. Perguntas sugestivas, verdade e contraditório. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014.

EHRHARDT, Charles; YOUNG, Stephanie. Using leading questions during direct examination. *Florida State University Law Review*, v. 23, fall-1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/fre>>. Acesso em: jan. 2016.

_____. *Federal Rules of Procedure*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>>. Acesso em: jan. 2016.

_____. *Callahan v. State*. Court of Appeals of Texas, 937 S.W.2d 553. Texarkana, j. em 05/11/1996.

_____. *People v. Williams*. Supreme Court of California, 16 Cal. 4th 635, 66 Cal.Rptr.2d 573, 941 P.2d 752, j. em 21/08/1997.

_____. *State v. Weese*. Supreme Judicial Court of Maine, 424 A.2d 705, 709, j. em 1981.

_____. *New Jersey v. Abbott*. Supreme Court of New Jersey, 36 NJ 63, 78-79; 174 A2d 881, j. em 06/11/1961.

_____. *St. Clair v. United States*. Supreme Court of the United States, 154 US 134, 150; 14 S Ct 1002; 38 L Ed 936, j. em 26/05/1894.

_____. *United States v. De Fiore*. Court of Appeals for the Second Circuit, 720 F.2d 757, 764, j. em 09/06/1987.

_____. *Sanders v. NYC Human Resources Admin.* Court of Appeals for the Second Circuit, 361 F.3d 749, 757, j. em 16/03/2004.

_____. *Rotolo v. United States*. Court of Appeals for the Fifth Circuit, 404 F.2d 316, j. em 1968.

_____. *Crawford v. Washington*. Supreme Court of the United States, (02-9410) 541 U.S. 36 147 Wash. 2d 424, 54 P.3d 656, reversed and remanded, j. em 08/03/2004.

_____. *Northern Pacific Railroad Co. v. Umlin*. Supreme Court of the United States, 158 U.S. 271, 273, 15 S. Ct. 840, 841, 39 L. Ed. 977, j. em 20/05/1895.

_____. *State v. Kanakaris*. Montana Supreme Court, 180, 183, 169 P 482, j. em 1917.

_____. *People v. Cuttler*. New York Appellate Division, 705 N.Y.S.2d 416, 417, j. em 2000.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FORD, Cynthia. Rule 611(c): Where You Lead, I Will Follow. *Montana Law*, v. 39, oct-2013. Disponível em: <http://scholarship.law.umt.edu/faculty_barjournals/68>. Acesso em: mai. 2016.

FRADE, Celina. Cross-examination: aspectos genérico-discursivos. *Caderno de Letras (UFRJ)*, n. 26, jun. 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009.

GOIÁS. Apelação Cível n.º 53856-21.2007.8.09.0093. *Tribunal de Justiça*. Rel. Des. Geraldo Gonçalves da Costa, 5º Câmara Cível, julgado em 20/10/2011, DJe 963 de 19/12/2011.

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press.

HARRIS, Richard J. Answering questions containing marked and unmarked adjectives. *Journal of Experimental Psychology*, v. 97.

HIGGINBOTHAM, James. The semantics of questions. In *The handbook of contemporary semantic theory*. Oxford: Blackwell, 1996, pp. 361–383. Disponível em:

<http://www.blackwellreference.com/public/tocnode?id=g9780631207498_chunk_g978063120749817>. Acesso em: mai. 2016.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, 1. ed.

HUDDLESTON, Rodney. The contrast between interrogatives and questions. *Journal of Linguistics*, v. 30, 1994.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KARTTUNEN, Lauri. Syntax and semantics of questions. *Linguistics and Philosophy*, v. 1. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/~laurik/publications/archive/questions.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The Modern Law of Evidence*. Oxford: Oxford University Press. 9. ed. 2012.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOCHEM, Ronaldo Luiz. *O princípio da Oralidade no Processo Civil no Estado Constitucional*. 2013. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

LIMA, Flávio Pereira. Artigo 459 do novo Código de Processo Civil acaba com o telefone sem fio. *Revista Consultor Jurídico*, 20 mar., 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/flavio-lima-artigo-459-cpc-acaba-telefone-fio>>. Acesso em: jan. 2016.

LOFTUS, E. F. Leading questions and the eyewitness report. *Cognitive Psychology*, New York, v. 7, 1975.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C^a. (Filhos), 1927.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2.

MAZZARRA, Jack. Leading Questions on Direct And Cross-Examination. *Michigan Bar Journal*, march 2013. Disponível em: <<http://www.michbar.org/file/journal/pdf/pdf4article2179.pdf>>. Acesso em: jan. 2016.

MCCAMBRIDGE, Jim; DE BRUIN, Marijn; WITTON, John. The Effects of Demand Characteristics on Research Participant Behaviours in Non-Laboratory Settings: A Systematic

Review. *PLoS ONE*, vol. 7, issue 6, 19 jun., 2012. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3378517/>>. Acesso em: jun. 2016.

MCCORMICK, Charles. The Scope and Art of Cross-Examination. In *Northwestern University Law Review*, v. 47, 1952.

MCELHANEY, James. The art of leading. In *Litigation*, v. 23, n. 4, summer-1997, pp. 55-56, 61-62.

MELILLI, Kenneth. Leading Questions on Direct Examination: A More Pragmatic Approach. In *American Journal of Trial Advocacy*, v. 27, 2003-2004.

_____. Trial Technique: Risk Management in Cross-Examination. In *American Journal of Trial Advocacy*, v. 38, fall-2014

MEYER, Michel. *A retórica*. São Paulo: Ática, 2007.

MORRIS, Charles. Foundations of the Theory of Signs. In: *International Encyclopedia of Unified Science*, v.1, n. 2. Chicago: The University of Chicago Press.

OGLE, Richard; PARKMAN, Allen; PORTER, James. Questions: Leading and otherwise: a framework for judicial discretion. *Judges' Journal*, v. 19, v.3.

PARTEE, Barbara H. *Lecture 11 (Week 12): Semantics and Pragmatics of Questions*. In: FORMAL SEMANTICS, Moscow: MGU, may 22, 2009.

PHILIPS, Susan U. "Syntactic Variation in Judges" Use of Language in the Courtroom. *International Conference on Language and Social Psychology*, University of Bristol, 1979, july.

RIO GRANDE DO SUL. Processo n.º 001/1.11.0202061-2 (Audiência). 6ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre. Juiz de Direito: Murilo Magalhães Castro Filho, 15 ago., 2012.

_____. Processo n.º 001/1.10.0075488-0 (Audiência). 19ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre. Juíza de Direito: Cláudia Maria Hardt, 13 nov., 2012.

_____. Recurso Crime n.º 71005112529. *Turma Recursal Criminal*. Relator: Edson Jorge Cechet, julgado em 26/01/2015.

ROOY, Robert van. Questioning to Resolve Decision Problems. *Linguistics and Philosophy*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, v. 26, issue 6.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964, v. III.

SELL, Fabíola. S. F. *As Interrogativas do Português Brasileiro: perguntas e respostas*, 2003, 235 f. Tese (Doutorado em Letras)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SIMPSON, Fred; SELDEN, Deborah. Objection: Leading question!. *Texas Bar Journal*, State of Texas, v. 61, 1998.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 1. ed., 2014.

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THOMAS, Earl. Cross-examination of Witness. *Mississippi Law Journal*, v. 32, 1960-1961.

WEINBERG, Howard; WADSWORTH, John; BARON, Robert. Demand and the impact of leading questions on eyewitness testimony. *Memory & Cognition*. v. 11, n. 1, 1983.

WELLMAN, Francis L. *The art of cross-examination*. New York: Touchstone, 1997 (ed.).