

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Carlos Eduardo Edinger de Souza Santos

AS PERGUNTAS SUGESTIVAS NA OITIVA DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre, 2014

Carlos Eduardo Edinger de Souza Santos

AS PERGUNTAS SUGESTIVAS NA OITIVA DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais 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:

Professor Doutor Danilo Knijnik

Coorientador:

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Faculdade de Direito

Ciências Penais

Porto Alegre, 2014

Carlos Eduardo Edinger de Souza Santos

AS PERGUNTAS SUGESTIVAS NA OITIVA DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais 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.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Danilo Knijnik

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Prof. Danilo Knijnik, pelos ensinamentos e pela amizade e ao Prof. Pablo Alflen, pelas lições e pela fraternidade. Da mesma forma – e pelos mesmos motivos – agradeço a todos do Knijnik Advocacia, mormente ao Gabriel Pintaúde, à Kelly Haag, ao Leonardo Vesoloski, ao Pedro Nicolaiewsky, ao Sérgio Mattos.

Sou grato aos meus amigos da graduação, principalmente ao Bruno Menegat, ao Carlos Scheffer, à Elisa Corrêa, ao Fábio Sanguinetti, ao Filipe Smolinski, à Marina Almeida e ao Wagner Fensterseifer. Agradeço, também, aos grupos de pesquisa Fundamentos do Processo Penal, coordenado pelo Prof. Pablo Alflen, e Processo e Argumento, coordenado pelo Prof. Eduardo Scarparo.

De forma ampla, reconheço a excelência da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e de sua Faculdade de Direito. Assim, agradeço ao corpo docente e aos demais servidores pela possibilidade de cursar essa graduação.

Agradeço, ainda, àqueles que, de perto, auxiliaram-me nessa caminhada. Em específico, refiro-me aos meus pais, Samuel José de Souza Santos e Iria Maria Edinger, e à minha namorada, Veronika Marques. Pelo apoio, pelo incentivo e pela companhia, fica a minha gratidão.

Onde você vive?

RESUMO

Esta monografia pretende estudar o fenômeno das perguntas sugestivas na oitiva de testemunhas no processo penal. Como fundamento legal, utiliza-se o Código de Processo Penal, principalmente seu art. 212, e a Constituição da República Federativa do Brasil. Com esse substrato, traçar-se-ão os fundamentos da vedação às perguntas sugestivas, sob uma perspectiva da admissibilidade probatória e dos valores reitores do processo penal brasileiro. Para tanto, faz-se necessário estabelecer que valores são esses, sob o que eles incidem, no aspecto específico do trabalho, e qual a consequência da violação à regra prevista no referido art. 212. De forma a subsidiar isso, abordar-se-á como a doutrina norte-americana e italiana tratam a questão. Exposto isso, ver-se-á que a vedação à admissibilidade de perguntas sugestivas se justifica por um aspecto principiológico, tendo em vista que obsta o contraditório e por um aspecto teleológico, tendo em vista que obsta a busca da verdade. Com isso, chega-se à conclusão de que a consequência de se fazer uma pergunta sugestiva na oitiva de testemunhas no processo penal é a constatação de um vício e a decretação de sua nulidade.

Palavras-Chave: Processo Penal. Testemunhas. Perguntas Sugestivas.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the phenomenon of leading questions on hearing of witnesses in criminal proceedings. As legal grounds, the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Brazilian Code of Criminal Procedure will be referred, particularly its article 212. Thus, the fundamentals of prohibition of leading questions will be outlined, from the perspective of evidentiary admissibility and the informative values of the criminal justice process. In order to fulfill this, it is necessary to establish which these values are, on what they focus, on the specific aspect of this work, as well as what are the consequences of violating the rule laid down in that article. In order to support this, the North American and Italian doctrine regarding the subject will be addressed. After this, it will be seen that the prohibition to the admissibility of leading questions is justified by a matter of principle, considering that these questions hinder the adversarial principle, and by a teleological aspect, given that they hinder the pursuit of truth. With all of this being said, one comes to the conclusion that the consequence of making a suggestive question on hearing of witnesses in criminal proceedings can only be its nullity.

Keywords: Criminal Practice. Witnesses. Leading Questions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PROCESSO PENAL: AS GARANTIAS, O JUIZ, A VERDADE E A ATIVIDADE PROBATÓRIA.....	12
1.1 A INSTRUMENTALIDADE E AS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL.....	12
1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS E A FUNÇÃO DO MAGISTRADO.....	17
1.3 A BUSCA DA VERDADE	21
1.4 A PROVA, O DIREITO À PROVA E OS LIMITES À BUSCA DA VERDADE...25	
1.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO	30
2 AS TESTEMUNHAS E OS TESTEMUNHOS.....	34
2.1 AS TESTEMUNHAS	35
2.2 OS TESTEMUNHOS	39
2.3 A FALIBILIDADE DOS TESTEMUNHOS.....	45
2.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO	50
3 AS PERGUNTAS SUGESTIVAS	55
3.1 A RETÓRICA E A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL.....	55
3.2 AS PERGUNTAS SUGESTIVAS	61
3.3 A FORMA JURIDICAMENTE CORRETA DE SE PERGUNTAR.....	65
3.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO	70
4 O TRATAMENTO JURÍDICO DAS PERGUNTAS SUGESTIVAS.....	73
4.1 AS <i>LEADING QUESTIONS</i>	73
4.2 A INUTILIZABILIDADE	77
4.3 AS FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO, A ILICITUDE E A NULIDADE	80
4.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO	85
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

O presente trabalho diz respeito à oitiva testemunhal. Esse assunto foi objeto da alteração legislativa de 2008, que, no Código de Processo Penal, modificou dispositivos atinentes a esse tema.

Essa alteração trouxe um novo procedimento, privilegiando o papel das partes na inquirição das testemunhas. Ela, também, disciplinou o papel do magistrado nesse procedimento, tendo em vista que a ele cabe inadmitir perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Esta monografia se insere nesse contexto. Falarei, especificamente, sobre a vedação às perguntas sugestivas. Assim, quais os efeitos dessas perguntas feitas às testemunhas no processo penal? Eis o que pretendo responder.

Para tanto, inicialmente, decomporei a questão acima em suas partes essenciais para que, então, possa selecionar os tópicos que interessam ao tema. Decompô-la-ei nas seguintes partes (conforme a frase): “efeitos”, “perguntas sugestivas”, “testemunhas” e “processo penal”. Por um critério metodológico e, acredito, lúdico, trocarei a ordem para a seguinte: “processo penal”, “testemunhas”, “perguntas sugestivas” e “efeitos”. Essa é a estrutura do trabalho.

Primeiramente, no que tange o processo penal, esse ponto servirá para nos dizer algo que, embora aceito por muitos, conta com certa resistência em alguns espaços: o processo penal não busca, tão somente, a verdade (AMBOS; LIMA, 2009, p. 56-63). Para fundamentar isso, abordarei os seguintes tópicos: os valores que informam o processo penal, mormente a instrumentalidade e as garantias constitucionais, a função do magistrado e a busca da verdade e seus limites.

Quanto às testemunhas, iniciarei mencionando as distinções de testemunha e testemunhos, bem como apontando certos aspectos doutrinários com os quais não se concorda inteiramente. Tendo isso em mente, proporei uma conceituação de testemunha e de testemunho que melhor expõe a condição de ambos. Então, os tópicos abordados nesse ponto serão as testemunhas, os testemunhos e falibilidade destes. Propor-se-á, ao longo desse capítulo, um conceito útil de testemunha e de testemunho. Ainda, a falibilidade do testemunho será abordado a partir da

falibilidade da memória, que, afinal, trata-se de mais um dos motes para a vedação expressa no art. 212 do Código de Processo Penal (CPP).

As perguntas sugestivas, por sua vez, são o cerne desse trabalho. Para não adiantar e esgotar o objeto dele, apenas afirmo, no momento, que tratarei do papel da retórica na produção da prova testemunhal, como primeira possibilidade de se fazer perguntas e, enfim, abrir o processo ao contraditório. Abordarei, também, como essas perguntas se mostram na realidade e como outras áreas das ciências a expõem e a conceituam.

Tudo isso será feito sob as luzes da retórica, que informa a narrativa jurídica e que serve para a própria construção dessas perguntas. Desde logo, afirmo que negar a importância da argumentação, não é algo que farei, pois defender uma visão máxima estruturalista a partir de um paradigma hermético cartesiano não coaduna com a prática, verdadeiro objeto de uma ciência social aplicada como o Direito. Na medida do possível, tentar-se-á coadunar essa visão com um método científico, levando-se em consideração a seguinte máxima, segundo a qual “[a] interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas (KELSEN, p. 395)”.

Outrossim – e da mesma forma – no que diz respeito à prática, levarei em consideração o âmbito argumentativo do processo, pois “o campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 1)”. Afinal, é nesse campo que se encontra a produção da prova testemunhal.

Por fim, tratarei de como o Direito trata as perguntas sugestivas. Falarei, aqui, de conceitos do Direito norte-americano e do Direito italiano: as *leading questions* e a inutilizabilidade. Após – e, dessa forma, finalizando – abordarei a disciplina jurídica brasileira frente a esse tema.

Concluída essa síntese, informo-lhes a hipótese que deu azo ao presente texto: há formas legais e ilegais de se perguntar a uma testemunha. Formular perguntas, de forma sugestiva, é uma forma ilegal de se questionar uma testemunha, pois não se compatibiliza com os valores que informam o processo penal.

Partindo-se dessa hipótese, pinçando, a partir dos vocábulos utilizados (perguntas, testemunha, sugestibilidade, ilegalidade), os temas suscitados (comunicação, retórica, linguagem, psicologia, provas, testemunhas, admissibilidade, entre outros), passamos por autores da psicologia, da filosofia, da comunicação e do direito probatório. No que tange o direito legislado, trataremos, principalmente, de dispositivos atinentes ao CPP e à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), além de seus diplomas análogos em outros países. Em específico, no direito brasileiro, falarei do art. 212 do CPP, que, em sua parte final, dispõe que *“[o juiz não admitirá] aquelas [perguntas] que puderem induzir a resposta”*.

Tudo isso leva à construção acima exposta. Por se tratar de um tema com alta complexidade por detrás de seus termos, fez-se um esforço para que a exposição fosse a mais didática possível. Daí porque começo analisando o processo penal de forma mais ampla. Apesar disso, já se faz a ressalva de que, sem as contribuições de outras áreas não haveria nem o problema de pesquisa aqui posto (o que, sob um ponto de vista científico, é positivo), nem a possibilidade de resolução desse problema (o que, sob um ponto de vista de aplicação do Direito, também, é positivo).

O trabalho, como regra, seguirá uma estrutura dedutiva, do mais amplo ao mais específico. Assim, primeiro, explicar-se-á certos valores e princípios fundamentais que informam o ponto específico para que, ao final do capítulo, chegue-se a conclusão. Por fim, espero, a soma das conclusões levará ao acerto da hipótese problematizada.

1 O PROCESSO PENAL: AS GARANTIAS, O JUIZ, A VERDADE E A ATIVIDADE PROBATÓRIA

Neste capítulo, tratarei, de início, das diferentes visões sobre o processo penal. O questionamento que se põe, após vistas algumas posições, é o que esperamos do processo penal. A partir disso, podemos estabelecer seus valores informativos. Colocados esses valores, podemos ver como eles se limitam reciprocamente, em verdadeiras colisões (SILVA, 2011, p. 178-179). Diante desse cenário, surge a função do juiz que, lembremos, desde logo, não deve cair em solipsismo (STRECK, 2013, p. 19).

Assim, a seguinte sequência é seguida neste capítulo: a instrumentalidade e as garantias no processo penal, os sistemas processuais penais e a função do magistrado, a busca da verdade, e os limites à busca da verdade, a partir das vedações probatórias. Com isso, sinteticamente, espero concluir que o processo penal não é mero instrumento, mas possui garantias constitucionalmente estabelecidas, que levam a uma visão acusatória (aqui, como usualmente caracterizado pela doutrina), reforçada por dispositivos infraconstitucionais, que, ao todo, limitam e contrapõem-se à busca da verdade, a partir da atuação das partes e, principalmente, da função do juiz.

1.1 A INSTRUMENTALIDADE E AS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

É sabida a visão de processo como instrumento da função jurisdicional, através do qual se resolvem conflitos e se concretiza a lei (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 309). Essa visão é colmatada pela conceituação do processo como relação jurídica, segundo a qual há uma explícita distinção entre o direito material e o direito processual, mormente pela diferenciação entre seus sujeitos, seu objeto e seus pressupostos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 312).

Todavia, não é essa a visão que, ao todo, adoto aqui. A instrumentalidade no processo penal deve estar a serviço não da aplicação sem critério da lei penal, mas sim a serviço do devido processo, através de limites ao poder de punir (LOPES JR., 2010, p. 10). No processo penal, é insuficiente a distinção estabelecida entre o direito material e o direito processual pois aquele não existe sem esse. (LOPES JR., 2010, p. 3). Afinal, a aplicação da pena pressupõe um processo. Mais do que um

processo, pressupõe um processo penal constitucional. Imaginar o contrário a isso é cair em um utilitarismo pejorativo e alheio ao devido processo.

Por isso, para além dessa instrumentalidade, sobreleva-se a visão de James Goldschmidt (que vê o processo como situação jurídica) e a importância das garantias estabelecidas. Em específico, afirma-se que o que se sucede no processo é o que se sucede na guerra, “quando o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 313). Outrossim, com essa visão, o direito assume um viés dinâmico, transformando o direito subjetivo em possibilidade, o reconhecimento desse direito em expectativa, a sentença (favorável ou não ao réu) em perspectiva e os atos necessários para se concretizar essa expectativa em encargos, de forma que, no campo processual, tudo se transforma em chances (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 313).

É sintética e positiva a visão de Cristina di Gesu (2014, p. 47), segundo a qual essa teoria transformou a certeza material em incerteza processual, “[atribuindo] à natureza jurídica do processo uma nova perspectiva, ou seja, o caráter dinâmico, rompendo com os paradigmas de segurança jurídica e de verdade”. Isso salienta a abertura do processo para o jogo argumentativo. Fala-se, aqui, da batalha verbal, na qual prevalece o comportamento agonístico das partes, sobrelevando-se em relação à busca da justiça e da verdade. Com Johan Huizinga (2012, p. 96), pode-se afirmar, de forma hiperlativa, que predomina no processo não os argumentos jurídicos, metódicos e deliberados, mas sim “as invectivas mais insultuosas e veementes [...] na escolha dos vitupérios, para sempre levar vantagem sobre outrem”.

Com isso, pode-se afirmar que a característica importante do processo são suas garantias, que, por certo, influem em sua instrumentalidade: por alguns lados, tornando-a eficiente e, por outros, limitando-a. Em específico, aqui, falarei do contraditório, do devido processo e da ampla defesa.

O contraditório, de início, consubstancia-se na ciência dos atos processuais, na possibilidade de participação das partes e, também, na chance de influir na decisão do processo. É a possibilidade de construção dinâmica e policêntrica do processo, que envolve as chances e as regras preestabelecidas, que “passam pelo tensionamento do debate contraditório, que é argumentativo e hermenêutico”

(GIACOMOLLI, 2014, p. 149), em seu viés substancial. Essa possibilidade de debate abarca, além da matéria dita de direito, a matéria dita de fato, que não é um dado autônomo e, desde logo, pré-constituído (é dizer, é matéria, também, exposta à argumentação, como se verá nos capítulos a seguir) . Por ser uma construção que ocorre no interior do processo, deve-se, sempre, possibilitar o contraditório, para que, assim, as partes possam influir no jogo processual.

No ordenamento brasileiro, o que até aqui foi dito se extrai do inc. LV do art. 5º da CRFB. Assim, o “[contraditório], com efeito, deve ser compreendido como momento fundamental do juízo, com o sentido de instrumento de investigação dialética da verdade provável (MATTOS, 2009, p. 204)”.

Esse princípio, quando aplicado, estabelece uma estrutura dialética entre acusado e acusador (OLIVEIRA, 2014, p. 44) – sem se esquecer, por óbvio, da participação do magistrado -, possibilitando uma construção qualificada, baseada na argumentação. Em específico, no que o contraditório se relaciona com o direito probatório, o diálogo construído deve se dar não só durante a valoração da prova, mas também durante as fases anteriores: proposição, admissão e produção. Aqui – e se relacionando com o direito de estar presente, tratado logo mais -, fala-se da necessária presença do acusado durante os atos processuais – mormente durante as audiências -, momentos nos quais poderá ele falar com o seu defensor, concretizando, assim, a possibilidade de contraditar, naquele instante, o que se está a debater (GIACOMOLLI, 2014, p. 151).

Ao final, relaciona-se com a unidade das provas, tendo em vista que o meio de prova proposto deve poder ser contraditado e, portanto, de certa forma, utilizado pela parte contrária. Quanto a isso, para além da possibilidade de influir na decisão judicial, o contraditório se torna verdadeiro requisito de validade do meio probatório (ECHANDIA, 1973, p. 16-17). Afinal, seu objetivo principal é “a influência, no sentido positivo de direito de influir ativamente sobre o desenvolvimento e resultado do processo (MATTOS, 2009, p. 208)”.

Por sua vez, o devido processo é termo de alta vagueza. Na medida do possível e do útil, conceituá-lo-ei, para que não se perca sua importância nos próximos capítulos.

Em um primeiro momento histórico, ressaltou-se seu viés funcional e procedimental, como mera obediência aos ditames legais (GIACOMOLLI, 2014, p. 79), atentando-se para a palavra “legal”, contida na frase do inciso LIV da CRFB (segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). Após, passou-se a apreender sua carga valorativa, a partir do devido processo substantivo. É, em suma o justo processo, que, no processo penal, assegura proteções ao acusado, para além de uma visão literal.

Nesse contexto, diz-se que é um princípio que abarca todos os outros princípios que se relacionam ao processo (contraditório, ampla defesa, entre outros) (OLIVEIRA, 2010, p. 127). Todavia, sob pena de esvaziarmos seu conceito, é importante que saibamos que ele possui, sim, um conteúdo essencial (SILVA, 2011, p. 26-28), que se desvela a partir da ocorrência, no caso, de seu suporte fático, que nada mais é do que um evento determinado ao qual são dadas consequências a partir da norma jurídica (SILVA, 2011, p. 68).

Com vistas ao que será delineado nos próximos capítulos, a visão de suporte fático amplo é a que se coaduna com a hipótese aqui defendida. Segundo essa visão, toda a situação jurídica que faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental – no caso, o devido processo - “deve ser considerada por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis” (SILVA, 2011, p. 109).

Como princípio e, portanto, como norma mediatamente finalística, com o fim de promover certo estado (ÁVILA, 2011, p. 77-78), sendo um mandado de otimização, que garante direitos e, imediatamente, impõe deveres (SILVA, 2011, p. 63-64), ele possui efeitos e funções distintas. Com o devido processo, deve-se criar elementos necessários à protetividade dele emanada, interpretar, a partir dele, as regras atinentes ao processo, bloquear as regras que com ele sejam incompatíveis e otimizar essa protetividade (OLIVEIRA, 2010, p. 130).

Esse princípio, sob seu aspecto substancial, é a representação constitucional do formalismo-valorativo. Ele equilibra o informalismo excessivo – que leva ao arbítrio estatal - e o formalismo excessivo - que mantém a forma como um fim em si (OLIVEIRA, 2010, p. 128) -.

A ampla defesa, por sua vez, também conta com assento constitucional no inciso LV do art. 5º da CRFB, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Mais do que isso, no processo penal em específico, é necessário que se garanta a ampla defesa técnica qualificada, que corresponde a uma atuação efetiva do procurador do acusado, o que se torna difícil em tempos de massificação de relações jurídicas. A ampla defesa, ainda, é um direito subjetivo do acusado (GIACOMOLLI, 2014, p. 113), devendo seu viés de garantia ser ressaltado na prática forense e, aqui, nesse trabalho.

Da mesma forma que falei do devido processo, a ampla defesa também é um termo de alta vagueza. Remeto-lhes, aqui, ao que acima foi dito em relação ao suporte fático. Com isso, quero dizer que não podemos, de imediato, afastar certas situações da incidência desses princípios, sob pena de inutilizarmos suas aplicações. Assim, de forma não exaustiva, pode ser dito que a defesa suficiente e efetiva “integra o núcleo substancial dessa garantia fundamental” (GIACOMOLLI, 2014, p. 114).

Diante da miríade de componentes que fazem parte do princípio da ampla defesa, ater-me-ei apenas a alguns deles. Falarei, portanto, do direito de se fazer presente aos atos processuais, do direito à última palavra e da exigência de tratamento igualitário.

Por meio do direito de se fazer presente, “assegura-se ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa” (FERNANDES, 2010, p. 264). O direito à última palavra se refere à possibilidade de o acusado se manifestar, sempre, depois do acusador. Relaciona-se, dessa forma, com o próprio contraditório, concretizando-o (GIACOMOLLI, 2014, p. 118).

Como se verá, isso também deve ser aplicado à ordem em que se procede a oitiva testemunhal. A exigência de um tratamento igualitário é a exigência de uma simetria democrática, que afasta a predominância de uma ou outra parte. Essa predominância, em última análise, levará a uma desvantagem processual que não deve ser aceita e, na medida do possível, deverá ser corrigida. O tratamento

isonômico se relaciona com a própria necessidade de igualdade, segundo a qual “[as] partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidade de fazer valer em juízo suas razões” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 62).

De certa forma – como mera observação, ressaltando que este tema será tratado logo mais -, a ampla defesa também abarca o direito ao aproveitamento de provas ilícitas por parte do acusado – desde que essa demonstre sua inocência. (OLIVEIRA, 2014, p. 47). Todavia, para o fim do presente trabalho, desde logo, vai essa possibilidade afastada. No campo de perguntas sugestivas não há falar em qualquer hipótese que, mascarando a verdade, atinja-se o estado de inocência, por uma impossibilidade inerente a uma resposta que não corresponda à realidade.

Por questão metodológica, os princípios atinentes à atividade probatória em específico serão tratados nos limites à busca da verdade; aqueles que se relacionam à função do magistrado, no item a seguir. Eles são tão importantes quanto as linhas-mestres aqui traçadas, mas se relacionam mais com os próximos temas.

1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A FUNÇÃO DO MAGISTRADO

Neste ponto, tratarei da função do magistrado, tangenciando o assunto dos sistemas processuais penais. Por certo, não será nem esboçado um panorama histórico, nem se pretenderá afirmar qual o sistema vigente no Brasil. Apenas traçar-se-á elementos úteis à concretude da hipótese aqui defendida, principalmente no aspecto relacionado ao papel do magistrado na gestão probatória e à vedação probatória, que, por sua vez, é tema do próximo item.

O processo penal acusatório se contrapõe ao processo penal inquisitivo. Mais do que uma classificação estéril (afinal, muitas vezes, classificações assim se mostram) ela nos servirá para abordar a visão sobre a gestão da prova e outros princípios constitucionalmente estabelecidos. Começemos pelo processo penal inquisitivo, o qual expõe características que, de forma geral, não se coadunam com a visão de processo penal aqui defendida.

Desde logo, traz-se a ressalva de posição de parte da doutrina, segundo a qual os elementos abaixo tratados são elementos variáveis, estando presentes em ambos os modelos – inquisitivo e acusatório -, conforme o momento histórico. “Por

essa razão, não se pode afirmar que os elementos variáveis do sistema acusatório sejam princípios acusatórios, e que os elementos variáveis do sistema inquisitivo sejam princípios inquisitivos (ANDRADE, 2009, p. 497)”.

Todavia, como dito, não é objeto desse trabalho a conceituação de um ou de outro sistema. O que a partir de agora será tratado são as características do modelo brasileiro de processo penal, sem a pretensão de se defini-lo. Assim, concorda-se com a afirmação de que “nosso direito processo penal [*sic*] vive uma grave e antiga crise de identidade (ANDRADE, 2009, p. 461)”.

Um processo pode ser dito inquisitivo quando dá a função de acusar de julgar a mesma pessoa. Além disso, ele evidencia um maior poder instrutório do magistrado (OLIVEIRA, 2014, p. 9). Por exemplo, é o que se fala da iniciativa probatória de ofício, quando o magistrado, baseado em sua convicção, busca elementos para, justamente, achar fundamentos para sua convicção. Todavia, para Mauro Fonseca Andrade, “em realidade, a vinculação do sistema inquisitivo com a figura do juiz ativo, em âmbito probatório, só existe porque os defensores do juiz inerte assim o querem (2009, p. 195)”.

Em que pese a divergência doutrinária quanto à classificação dessa característica – se acusatória ou se inquisitiva -, como regra, pode-se dizer que a produção de provas pelo magistrado não se trata de um procedimento adequado, tendo em vista a natural inclinação a buscarmos elementos que fortaleçam nossas pré-compreensões – ou, até, preconceitos. Com Hans-Georg Gadamer (2013, p. 357-358), afirma-se que “[aquele] que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias (...)”.

Afinal, é sabido que tentamos buscar fatos para justificar nossas hipóteses: essa é a nossa tendência de confirmação de crenças - sendo os elementos que a justificam verdadeiros ou não. O personagem Sherlock Holmes já nos alertara disso, ao afirmar que “é um erro capital teorizar antes de se obter dados. Imperceptivelmente, passa-se a adaptar fatos para que se ajustem a teorias, ao invés de se adaptar teorias para que se ajustem a fatos” (DOYLE, 2005, p. 218). Dessa forma, não se vê tais poderes instrutórios dados aos magistrados com bons olhos.

Isso se relaciona, também, com o princípio da unidade das provas, na medida em que o magistrado perseguirá provas que fundamentem sua visão e, ainda que haja só uma, dará mais valor a ela pois, afinal, é ela que confirma o que ele sente. É sabido que, se a força de todas as outras provas depende de uma só prova, elas “merecem pouca consideração, porque, destruindo a única prova que parece certa, derrubais todas as outras” (BECCARIA, 2011, p. 35-36). Em suma, não há nada mais perigoso do que uma ideia – quando é só ela que se tem.

Vale dizer que, ao longo da persecução criminal (fase pré-processual e fase processual), isso só tende a se amplificar. Isso ocorre porque se aproveita, quase que desprovida de critérios, todos os elementos trazidos da fase pré-processual (SIMON, 2012, p. 24) – em que pese, obviamente, não se poder condenar alguém com base tão somente nesses elementos.

O processo inquisitivo, para além da gestão das provas, caracteriza-se pela reificação do acusado, afastando-o da posição de parte e colocando-o como objeto de análise (LOPES JR., 2010, p. 157). Com isso, como dito, mesclam-se as posições do julgador imparcial e do acusador, em busca da verdade a qualquer custo.

Nesse sistema, o juiz é o protagonista, que, em ato isolado, desvela a verdade a partir do objeto do qual toma conhecimento. Sob um ponto de vista filosófico, é a imbricação entre esse modelo e a filosofia da consciência que leva ao solipsismo e à discricionariedade absoluta. Com o sistema inquisitivo, o resultado do processo “dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se [dará] pro critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador” (STRECK, 2013, p. 26). Para uma visão contrária a essa, sugere-se a leitura do que Mauro Fonseca Andrade, segundo o qual essa característica não é, necessariamente, característica do sistema inquisitivo.

Do processo acusatório, por sua vez, acertadamente, vê-se que a gestão probatória não mais está somente nas mãos do magistrado. É bom salientar que não se defende, aqui, a posição do juiz inerte, mas sim sua posição subsidiária à atuação das partes. De forma exagerada, segundo esse sistema, a gestão das provas está tão somente nas mãos das partes (LOPES JR., 2010, p. 168). Dessa

forma, o processo acusatório é o que mais condiz com uma boa prática processual. Nereu Giacomolli (2014, p. 12) vai além, ao qualificar o processo penal de humanitário, operando “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos”. O sistema acusatório, ademais, é caracterizado pela forte distinção entre quem acusa e quem julga, pois são funções distintas que não podem ser exercidas pela mesma pessoa de forma imparcial.

O processo dito acusatório, além disso, é o que dá azo à possibilidade de exame cruzado, exposto no art. 212 do CPP. Ele, nos moldes brasileiros, guarda semelhança com a *cross-examination* norte-americana. Esse modo de produção de prova serve – em que pesem as visões divergentes – para que se descubra a verdade e para que se avalie a credibilidade de um testemunho (CLARK; DEKLE SR.; BAILEY, 2011, p. 9-10). Em específico, sobre o exame cruzado e a *cross-examination*, falar-se-á no capítulo que se refere à retórica e à produção da prova testemunhal.

Tendo em vista esse verdadeiro embate entre sistemas e a impossibilidade, à primeira vista, de uma construção harmônica entre eles, o art. 156 do CPP se torna verdadeiro problema. Extrai-se dele a norma segundo a qual o juiz pode, de ofício, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Como foi visto, a questão da dúvida esbarra na tendência de confirmarmos nossa hipótese (estando ela correta ou não) e, também, na visão do processo como procedimento em contraditório e na igualdade de partes. Desde logo, adianta-se que aqui não se defende uma posição do magistrado como mero espectador: havendo dúvidas, elas devem, sim, ser dirimidas. Todavia, deve-se tratar de dúvidas advindas do material já trazido pelas partes. Afinal, “não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados” (OLIVEIRA, 2014, p. 11).

Dessa forma, há que se considerar justa a interferência do magistrado na gestão probatória. Outro elemento que contribui para isso é a consideração do processo como diálogo. Esse diálogo não se estabelece somente entre acusado e acusador, mas conta, sim, com a participação do julgador.

Feita essa distinção entre processo acusatório e processo inquisitivo, fico com o acusatório, sem negar, todavia, a posição do magistrado no diálogo processual. Inclusive, porque é a partir dessa constatação que surge o problema dos limites a certas provas. Se se negasse a possibilidade do juiz na gestão probatória, negar-se-ia, também, a possibilidade de controle dessas provas; afinal, um espectador em nada influi no jogo. O contrário ocorre com a função do magistrado, o qual é o responsável pelo resultado do jogo, a partir de uma construção mediada pelas partes.

É preciso salientar, por precisão terminológica, que a gestão probatória não abarca somente a possibilidade de se diligenciar para dirimir dúvidas. Ela abarca, também, o controle judicial das provas produzidas e a serem produzidas, seja através de critérios de admissibilidade, seja através da valoração probatória explicitada na fundamentação da decisão judicial.

Com isso, conclui-se que a gestão probatória vai além da possibilidade de se responderem dúvidas de ofício, abrangendo o controle de licitude e de legitimidade da prova. Negar esse conceito amplo de gestão probatória é negar um dos componentes do contraditório, visto como diálogo entre acusador, acusado e magistrado. A bem da verdade, essa confusão ou é chamar alhos de bugalhos ou é se utilizar de verdadeira sinédoque para dizer mais do que a realidade tem a nos mostrar, com vistas a defender certa posição dita garantista, que, todavia, acaba por ofuscar a posição do magistrado no jogo processual.

Em síntese, o magistrado deve, sim, manter-se ativo, mas privilegiando, sempre, o diálogo estabelecido com ambas as partes. Afinal, o livre convencimento do magistrado é objetivo, a partir de critérios fundados na lógica e de postulados jurídicos, para que, com isso, se afaste a possibilidade de elevado subjetivismo (KNIJNIK, 2007a, p. 16-19).

1.3 A BUSCA DA VERDADE

Aqui, tratarei das diferentes concepções de verdade e adotarei a que mais satisfaz o direito processual e o direito probatório. Para além de problemas filosóficos, o Direito é uma ciência social aplicada, e, como tal, é uma metalinguagem que tem como sua linguagem analisada a prática.

Nesse contexto, referir-me-ei, especialmente, aos ensinamentos de Michele Taruffo. Adianto, desde logo, que a verdade, para o presente trabalho, é adotada no que tange seu aspecto de correspondência. Trata-se, portanto, de enxergá-la em maior ou menor grau, mas nunca em termos absolutos. A correspondência aqui defendida se refere tanto ao acontecimento histórico sob exame quanto ao conjunto probatório sob exame (a chamada coerência narrativa).

A partir da constatação da preponderância da narrativa no processo e da impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, sob pena de, justamente, não se alcançar essa verdade, analisarei, após, os limites dessa busca, que nada mais são do que os critérios de inadmissibilidade de provas. Esses são controles epistêmicos que, para além de defesa do acusado, mostram-se como instrumentos para o desenvolvimento de um processo constitucionalmente justo.

Uma visão que deve orientar a leitura deste trabalho é a seguinte: a vinculação do direito com a psicologia e a lógica é inegável. Afinal, “[é] impossível que o juiz conheça os fatos trazidos a sua apreciação sem desenvolver processos psíquicos e lógicos que esses fatos requerem para o seu conhecimento” (VARELA, 1990, p. 21). Tendo isso em mente, falar-se-á da verdade.

Em tempos contemporâneos, critica-se – muito – a própria existência da verdade. É a desvalorização da “possibilidade de formular descrições verdadeiras de ocorrências do mundo externo” (TARUFFO, 2010, p. 93). Todavia, não se pode concordar com um relativismo extremo, pois, com isso, não há razão para se debater e dialogar, tendo em vista que, se a resposta não precisa corresponder a nada (tudo é relativo, afinal), não há motivo para se importar com o resultado final.

Ainda, no campo processual, em um primeiro momento, distingue-se a verdade absoluta da verdade relativa, ou, também, em verdade real e verdade processual. A primeira corresponderia ao absoluto externo ao processo, enquanto que a segunda se relacionaria à fixação formal dos fatos sob julgamento. Essa distinção é justificada – supostamente – pelos limites à busca da verdade no processo, que não existiriam fora dele.

Todavia, ela não se sustenta, pois a verdade dos enunciados processuais sobre os fatos dependem da realidade destes, “que [ocorrem] tanto no processo

quanto fora dele” (TARUFFO, 2010, p. 100-101). Com isso, nega-se a possibilidade de uma valoração absoluta, em termos de verdadeiro ou falso, absoluto ou relativo, real ou processual, passando-se a adotar uma distinção de graus entre a verdade dita real e a verdade dita processual.

Outra distinção que se deve examinar é a que ocorre entre verdade e certeza. A verdade (e ser verdadeiro ou não) é critério de correspondência entre o enunciado e a realidade, enquanto que a certeza é estado subjetivo daquele que analisa os fatos. No processo, a importância disso está na motivação da decisão judicial, pela qual o magistrado explicará o porquê de sua certeza e possibilitará o controle pelas partes (TARUFFO, 2010, p. 102-105).

O problema que aqui se traz não é a impossibilidade de se chegar à verdade do que ocorreu no passado, mas sim que “raramente podemos, se é que alguma vez podemos, estar absolutamente certos sobre qual é a verdade sobre uma dada questão” (MACCORMICK, 2008, p. 296). Adverte-se, portanto, que há, sim, a possibilidade de erros, sendo que a certeza (aspecto subjetivo) pode não corresponder a verdade (como correspondência), tendo em vista que as provas – mormente a prova testemunhal – são passíveis de falhas (ALCOY, 2003, p. 150-151).

Não se pode negar, pelo exposto, a existência da verdade. No processo penal e no presente trabalho, considera-se ela a correspondência entre o enunciado sobre os fatos e os fatos a que ele se refere. No campo probatório, isso traz o caráter demonstrativo da prova, que, não obstante, serve, também, para seu caráter argumentativo. Esse aspecto será abordado a seguir.

Contrariando Cristina di Gesu (2014, p. 92), que afirma ser “inviável [...] continuar falando em verdade no processo, diante da impossibilidade de reconstrução do ato tal e qual ele aconteceu”, considero essa postura verdadeiro niilismo frente à realidade, sintoma de paradigmas relativísticos contemporâneos. A verdade como correspondência entre o enunciado sobre os fatos e o acontecimento histórico sob julgamento é, sim, possível de ser alcançada no processo.

Essa exigência de verdade se relaciona com critérios de legitimidade do sistema processual e da decisão jurídica. Assim, estabelece-se um vínculo

teleológico, segundo o qual o processo deve se orientar a essa busca, sem confiar, “ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado (KNIJNIK, 2007a, p. 14-15)”. Relaciona-se, também, com a comunhão das provas e, de certa forma, abre a possibilidade de criação de narrativa processuais que serão mais ou menos persuasivas na medida em que apoiadas por mais de um elemento probatório e, portanto, correspondem em maior grau ao fato histórico. Mas isso será tema do próximo capítulo.

Ainda, nesse contexto, trago a ideia de verossimilhança, que implica concordância e correspondência com o verdadeiro. Esse conceito dá forças ao poder demonstrativo da prova e influencia, também, em sua concepção persuasiva. A ausência de verossimilhança, ao revés, implica a discordância e a oposição à verdade. Nesse contexto, essa ausência se relaciona com o improvável e o impossível, que são “relativos e dependem de condições morais, do estado de cultura de cada povo e de cada época”. (ELLERO, 1980, p. 36)

Esse conceito de verdade também se relaciona com a concepção de Perelman em relação aos argumentos baseados na estrutura do real (2005, p. 297-299). Eles “valem-se [do real] para estabelecer uma solidariedade entre juízos admitidos e outros que se procura promover”. Afirma, ainda, que a questão do que é o real e o que a sua existência é “são questões que não deveriam colocar-se, enquanto os acordos que embasam a argumentação não levantarem discussão”. Arremata, pragmaticamente, dizendo que “[o] essencial é que eles pareçam suficientemente garantidos para permitir o desenvolvimento da argumentação”.

Nesse sentido, sobressaem os critérios lógicos e jurídicos que orientam o nosso pensar. Neil MacCormick (2008, p. 294-295) traz a ideia de coerência narrativa, que “fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos”. Continua, ao afirmar que a história mais consistente é aquela que envolve o menor grau de improbabilidade – é dizer, o maior grau de probabilidade de ocorrência. Isso nada mais é do que a visão de verdade acima tratada. Em que pese o termo utilizado ser a probabilidade, considero que o vocábulo plausibilidade se coaduna bem mais com a ideia que se tenta propor.

Em que pese ser um critério útil que devemos levar em consideração, vale dizer que a normalidade e a repetição de certa ocorrência (portanto, a probabilidade) não é a única orientação que se deve levar em consideração. Em termos simples, não é porque vou à biblioteca todas as segundas-feiras que, na segunda-feira seguinte, irei. Com Taruffo, pode-se afirmar que o cálculo de probabilidade quantitativa não é o único aplicável ao processo, só havendo motivos para falarmos em probabilidade se ela disser respeito ao raciocínio probatório, que faz referência ao conceito de probabilidade lógica. Em outras palavras, fala-se de probabilidade quando ela se refere “ao grau de confirmação que as provas podem dar aos enunciados descritivos que fundamentam a decisão” (TARUFFO, 2010, p. 108).

Quanto a isso, ainda, Douglas Walton distingue, de forma lúcida, probabilidade de plausibilidade – reiterando o que acima foi dito -, sendo que a essa (e não àquela) se refere o conceito tratado no parágrafo acima. A plausibilidade, para ele, é “um tipo de inferência baseada em algo que pareça ser verdade” (WALTON, 2002, p. 17). Essa inferência, por sua vez, é baseada naquilo que o julgador espera ser normal, a partir de sua familiaridade com a situação.

As observações aqui feitas servem para constatar que a busca da verdade é tão importante quanto as garantias constitucionalmente estabelecidas. Vale lembrar que, por vezes, essas limitam aquela, pois todas são princípios que norteiam o ordenamento processual penal, sem grau de hierarquia entre si. Essa constatação, mais do que o conceito de verdade, é o que importa tanto para a prática, quanto para esse texto.

Por fim, como simples adendo, uma decisão verdadeira é uma condição necessária para a correção jurídica da decisão, mantendo a legitimidade do sistema e do processo como um todo (TARUFFO, 2010, p. 133). Agora, tratarei das garantias no processo penal como limite a essa atividade de descobrimento da verdade.

1.4 A PROVA, O DIREITO À PROVA E OS LIMITES À BUSCA DA VERDADE

De forma geral, é o legislador que estabelece os critérios legais para que se limite a verdade. Esses critérios servem para conciliar a liberdade de convencimento do julgador com a legitimidade do sistema (ELLERO, 1980, p. 23). Justificam-se pelo fato de que os benefícios advindos das garantias dadas aos acusados, sob um

ponto de vista social e institucional, suplantam a importância do convencimento no caso concreto. É o mesmo que dizer que, em alguns casos, há valores mais importantes do que a busca da verdade.

Essas vedações, “por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais”. Por outro lado, servem “[para preservar] a integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo” (AMBOS; LIMA, 2009, p. 82-83).

Aqui, portanto serão abordados os princípios que dizem respeito ao direito probatório. Esses princípios, como regra, partem da premissa de que a prova não é só a reconstrução do passado, mas também conta com um viés argumentativo, ao qual, por sua vez, devam ser impostos limites epistemológicos, com o fim de que não se produzam juízos fáticos que não possuam nenhuma correspondência com a realidade.

Em específico, falarei do direito à prova, das provas ilícitas, das provas irrelevantes, da unidade das provas, do dever de lealdade, da imediação, e da imparcialidade do juiz na atividade probatória. Antes disso, todavia, será dada uma conceituação de prova, bem como ressaltado seu caráter demonstrativo e argumentativo, para que se delinee o âmbito temático de aplicação desses princípios. Ainda, serão mencionados os diferentes momentos da atividade probatória, distinguindo-se a sua valoração, sua produção, sua admissão e sua proposição.

A prova é todo elemento que subsidia um enunciado argumentativo, cujos fins são narrar o passado e transmitir certeza àquele que julga (ECHANDIA, 1973, p. 8) (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 59) (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 112-113) (GIACOMOLLI, 2014, p. 159-164). Com essa concepção, diz-se que se prova não os fatos, mas sim os enunciados sobre os fatos. Esses enunciados, por sua vez, possuem um caráter mais argumentativo do que descritivo, de forma a dar coerência e consistência à narrativa processual.

A regulamentação da atividade probatória se trata de um constrangimento epistemológico, que tange tanto o aspecto demonstrativo quanto o aspecto persuasivo. Neste, relaciona-se à regulação do procedimento; naquele, ao controle

do juízo de fato e da fundamentação (KNIJNIK, 2007a, p. 11). Assim, diz-se que ambos os aspectos estão presentes na atividade probatória.

Todavia, apesar de essa visão eclética contemplar as necessidades práticas que, eventualmente, mostrem-se, acredito que não é ela a correta, porque o aspecto demonstrativo também é persuasivo. Isso é importante para fundamentar, ainda mais, a possibilidade de constrangimento epistemológico que é a vedação probatória, sob seu ponto de vista procedimental, tendo em vista que o aspecto demonstrativo ressalta a busca, ilimitada, da verdade, como acima delineado.

Danilo Knijnik (2007a, p. 11-12) afirma que o ponto de partida da visão demonstrativa é “a autonomia do mundo fático. [Ela] supõe viável uma atividade empírica que introduza a verdade nos autos” e que seu ponto de chegada é a “apreensão do mundo fenomênico”. Essa visão não captura o fenômeno em sua complexidade.

Como foi visto, a verdade é a correspondência e a plausibilidade do enunciado descritivo. Esse enunciado, por sua vez, encontra-se acompanhado de muitos outros, ao longo do processo. Esse conjunto de enunciados dão a coerência narrativa e a consistência à narrativa processual encetada. Eis aí a função persuasiva de enunciados descritivos

Esses enunciados nada mais são do que argumentos baseados na estrutura do real. É o efeito argumentativo dos vínculos causais, os quais “visam, a partir de um dado acontecimento, a aumentar ou a diminuir a crença [e a certeza] na existência de uma causa que o explicaria ou de um efeito que dele resultaria” (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 300), a partir de como a narrativa processual é construída.

Por isso, o conceito de prova aqui adotado é completamente persuasivo, na medida em que a plausibilidade e a correspondência estão a serviço do maior ou menor convencimento do julgador. Explicado isso, as vedações probatórias a seguir estabelecem regras balizadoras das possibilidades de se convencer, na proposição, na admissão, na produção e na valoração da prova, que, enfim, atingem a atividade probatória como um todo. Vale dizer, em suma, que quem exige, de uma argumentação, provas demonstrativas “e não se contenta com menos para aderir a

uma tese, desconhece tanto quanto o fanático o caráter próprio do processo argumentativo (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 69)".

Começarei com o direito à prova. Esse direito é aspecto particular dentro do contraditório, tendo em vista que a "atividade probatória representa o momento central do processo" (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 113). Nesse sentido, ele se resume à imprescindibilidade "de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória" (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 114). Ele compreende, também, "o direito à utilização de todas as provas disponíveis, com o objetivo de provar a verdade dos fatos em que está fundada a ação ou defesa", "o direito à produção das provas já admitidas", "o direito ao contraditório sobre as provas" e "o direito à valoração das provas pelo órgão judicial" (MATTOS, 2009, p. 213-214). Esse direito à prova é restringido pelo próprio sistema da atividade probatória, no que tange a prova legítima e a prova relevante e outros princípios a ele atinentes.

Nesse sentido, destacam-se duas distinções importantes: a dos momentos da atividade probatória (já anteriormente explicitada) e a de juízo de admissibilidade e de juízo de valor. "O juízo de admissibilidade, como se sabe, é inconfundível com o juízo de valoração das provas" (MATTOS, 2009, p. 217). "O juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito e é preliminar [...]". "Somente depois de afirmada a admissibilidade de uma prova [...], é que se passa a sua avaliação, medida no plano da convicção judicial [...]" (KNIJNIK, 2007a, p. 21). Essa distinção é importante para fundamentarmos a regra do art. 212 do CPP como regra de admissibilidade, que abrange tanto a admissão quanto a produção da prova testemunhal, sendo, portanto, momento anterior à valoração probatória.

Em síntese, com Nereu Giacomolli (2014, p. 161), afirma-se que o direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova e de se exigir que elas venham ao processo, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos pelo julgador. "Contudo, [o direito à prova] é limitado pela prova admissível, válida, que tenha trilhado o devido processo".

Os dois maiores limites ao direito à prova são a ilicitude e a irrelevância. Há outros, por certo, que adiante serão relacionados.

São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. É o que está exposto no art. 5º, inc. LVI, da CRFB. Da mesma forma, no art. 157 do CPP, diz-se que provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. A prova ilícita é inválida, “[tanto] que, uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização” (GIACOMOLLI, 2014, p. 166). Sobre o interessante tema da inutilizabilidade, ele será tratado no último capítulo. O sentido mínimo dessa norma, que deve ser entendido como regra, é o de que “provas adquiridas com infração a normas constitucionais ou legais são inadmissíveis” (MATTOS, 2009, p. 226). Assim, deve ela ser aplicada como regra, pois, do contrário, negaríamos o valor “[da] proibição constitucional de provas ilícitas, pois sempre lhe poderiam ser opostos outros direitos e valores supostamente mais relevantes” (MATTOS, 2009, p. 226).

Isso, para o presente trabalho, é de fundamental importância, tendo em vista que as respostas às perguntas sugestivas tem aparência de verdade real (absoluta, material), mas que não serve de fundamento para eventual exceção a essa regra. Esse tema será melhor abordado nos capítulos seguintes.

A prova irrelevante, por sua vez, está prevista no art. 400, §1º, do CPP e, de certa forma, no art. 212 do mesmo diploma legal. Aquela norma “autoriza o magistrado a indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, já no juízo de admissibilidade” (GIACOMOLLI, 2014, p. 173). Isso, a bem da verdade, é uma exceção legislativa à distinção entre juízo de admissibilidade e de juízo de valor, na medida em que, para se considerar uma prova irrelevante, impertinente ou protelatória, é necessário, em certa medida, que se faça um exercício mental para que se preveja o que será provado. É dizer, o que é irrelevante, impertinente ou protelatório é o elemento que se tenta trazer aos autos, e não seu método de produção.

A unidade das provas, por sua vez, trata do conjunto probatório do processo. Ele forma uma unidade, “que, como tal, deve ser examinada e apreciada pelo juiz, para confrontar as diversas provas, pontuar sua concordância ou discordância e se convencer a partir de sua globalidade” (ECHANDIA, 1973, p. 15). Esse princípio influi no juízo de valoração das provas, como acima descrito.

Segundo o dever de lealdade, tendo em vista que a prova no processo é conjunta, submetida ao contraditório e a função do magistrado é submetida a valores que vão além do caso concreto (de interesse da sociedade, portanto), não se deve utilizar a prova “para ocultar ou deformar a realidade, para induzir o juiz ao engano” (ECHANDIA, 1973, p. 16), tratando-se os jogadores do processo com lealdade e probidade. Esse princípio influi muito mais nas fases anteriores à valoração probatória, na medida em que instrui a forma como o que será valorado é levado ao magistrado.

Para tanto, é necessário que o juiz participe da gestão probatória, através da imediação de sua produção, decidindo, desde logo, “sua admissibilidade e intervindo, logo, em sua recepção. Esse princípio contribui à autenticidade, à seriedade, à oportunidade, à pertinência e à validade da prova.” (ECHANDIA, 1973, p. 19).

Por fim, a imparcialidade do juiz na condução da atividade probatória é elemento necessário e decorrente da ideia traçada no parágrafo anterior. Segundo ela, a “direção do debate probatório pelo juiz impõe, necessariamente, sua imparcialidade” (ECHANDIA, 1973, p. 19-20), não devendo, portanto, ater-se a sua única visão, adaptando fatos – e, no caso, procedimentos -, para que se fundamente sua pré-compreensão sem critérios.

Com esses limites, quer-se afastar o elevado subjetivismo da decisão. Afinal, “por atuar em nome de toda a Administração da Justiça, não se pode admitir um juízo de fato, em última análise, calcado em pauta individual, não-revelada em processo de racionalização jurídica” (KNIJNIK, 2007b, p. 24).

1.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Com esse capítulo, pretendi traçar as linhas gerais que orientam o processo penal brasileiro, desde logo fazendo relações com a parte que importa para o trabalho: a atividade probatória dos juízes e das partes. Esses temas foram aqui tratados para que, em momentos posteriores, quando eles forem retomados, tenha-se uma noção do que eles tratam.

No que tange a instrumentalidade e as garantias do processo penal, afirmei que a instrumentalidade do processo penal deve estar a favor das garantias

constitucionais fundamentais e não da eficiência desmedida. A instrumentalidade, levada ao extremo, traz-nos um utilitarismo pernicioso, que considera a condenação o fim do processo que deve ser alcançado, inclusive, mediante a desconsideração de garantias constitucionais.

Distinguiu-se a visão de processo como relação jurídica e de processo como situação jurídica. Atribuiu-se maior valor a essa última, que contempla o fenômeno do processo como jogo argumentativo, a partir de percepções, escolhas e chances. Essa visão, além disso, é o que abre espaço para uma maior atuação das partes. Conseqüentemente, abre-se espaço para a sua intervenção na oitiva testemunhal e, tendo em isso em vista, para o seu controle.

Em relação às garantias do processo, abordou-se os princípios informativos do processo penal brasileiro. Deu especial atenção ao contraditório, ao devido processo e à ampla defesa. Os princípios de direito probatório foram abordados em capítulo imediatamente posterior a esse, que serão retomados ao longo do trabalho.

Em um primeiro momento, sintetizou-se o contraditório como a ciência dos atos processuais, a possibilidade de as partes aduzirem suas razões e a necessidade de as partes verem suas razões apreciadas pelo magistrado. O contraditório, dessa forma, possibilita um diálogo qualificado entre as partes e o magistrado, para além de uma mera contraposição de teses. Esse princípio deve, inclusive, ser levado em consideração durante a atividade probatória, verdadeiro cerne da fundamentação judicial.

O devido processo foi, funcionalmente, dividido em quatro funções: criar elementos necessários a sua protetividade, interpretar as regras atinentes ao processo, bloquear normas que com ele sejam incompatíveis e, na medida do possível, otimizar sua protetividade. É um princípio que colide frontalmente com a celeridade e com a eficiência desmedida, decorrentes de um instrumentalismo e de um formalismo não valorativo. A ampla defesa, por sua vez, contempla o direito de se fazer presente aos atos processuais, o direito à última palavra da defesa e a exigência de tratamento igualitário entre as partes,

Após, foi tratado o sistema acusatório, contraposto ao sistema inquisitivo. Preferiu-se as características daquele frente a este, por melhor contemplar a

necessidade de um processo justo e construindo entre os jogadores do processo. Pontuou-se, também, a importância do magistrado na gestão probatória, o que vai além da possibilidade de se produzir provas de ofício.

Passando-se à busca da verdade, constatou-se a insuficiência da distinção entre verdade material (absoluta, real) e verdade processual. Afastou-se, também, o extremo ceticismo em relação ao ideal de verdade, afirmando-se que, sim, a verdade é importante para o processo na medida em que estabelece um vínculo teleológico e legitima o sistema judicial.

Optou-se, portanto, pela visão de verdade como correspondência e como plausibilidade das alegações, a partir da coerência narrativa que delas derivam. Importante também é a distinção entre verdade e certeza, sendo que a essa corresponde o convencimento do julgador. Todavia, esse vínculo teleológico é limitado pelas garantias de um processo justo.

Para que se definam quais são essas garantias, definiu-se o conceito de prova e os momentos da atividade probatória. A prova é elemento eminentemente persuasivo, na medida em que se trata de argumento que dá força a enunciados descritivos. Esses enunciados descritivos, por sua vez, no processo, tem uma função argumentativa, visto que servem para dar ao magistrado a certeza sobre a narrativa processual encetada.

Dito isso, o direito à prova abarca a possibilidade de se propor, de serem admitidas, de serem produzidas e de serem valoradas as provas trazidas pelas provas, sob o jugo do contraditório. Esses limites são a vedação a provas ilícitas e a provas irrelevantes, além de outros princípios. Esses outros princípios, em específico, são a unidade das provas, o dever de lealdade das partes, a imediação da produção da prova e a imparcialidade do magistrado na condução dessa atividade.

Ao tratar da instrumentalidade e das garantias no processo penal, busquei demonstrar que a eficiência, a qualquer custo, não é um valor abarcado pela CRFB. Isso se reflete nas regras e princípios tanto da CRFB quanto do CPP.

Ao falar do processo penal acusatório e da função do magistrado, procurei atenuar a visão do juiz como espectador, dando espaço a sua função na atividade

probatória. Mais ainda, esse capítulo serviu para que fosse dada a devida dimensão à gestão probatória e ao diálogo construído pelas partes no processo, que conta, como dito, com a participação do magistrado.

Ao tratar da busca da verdade, busquei o afastamento do ceticismo contemporâneo em relação a ela, que naturaliza certos temas e, portanto, afasta-os da discussão. Isso não é correto, na medida em que obsta o diálogo a partir de um niilismo quase fanático: é o extremo oposto da busca da verdade real (absoluta, material).

Ao tratar da prova, do direito da prova e dos limites à busca da verdade, procurei embasar esses limites dentro do que foi dito em relação ao processo acusatório, estabelecendo-os dentro da visão de prova como enunciado persuasivo.

Com esse capítulo, propôs-se uma visão do processo penal no que tange sua atividade probatória. São as linhas-mestras que fazem a ponte entre os aportes da psicologia e da filosofia da linguagem que a seguir serão tratados. É bom que se tenha isso em mente, pois, como dito, de nada adianta falar-se de descobertas psicológicas, de retórica e de argumentação se não se tenta colocar na prática esses elementos.

2 AS TESTEMUNHAS E OS TESTEMUNHOS

Vista a perspectiva de processo penal que informa esse trabalho, cumpre agora nos atermos ao conceito de testemunha e de testemunho. Chegarei, com isso, cada vez mais perto do cerne do trabalho: as perguntas sugestivas feitas às testemunhas no processo penal. Aqui, trataremos dos diversos conceitos e das diversas classificações de testemunhas expostas na doutrina.

Feita essa análise, ainda que seja necessária para uma precisão científica, ela reflete pouco na formulação de perguntas sugestivas. Isso ocorre porque muito mais importante do que aquele que fala (a testemunha) é aquilo que é falado (o testemunho) (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 347-353). Não se nega, aqui, os reflexos jurídicos dos testemunhos dados por parentes e afins, como exposto no CPP; todavia, nega-se sua importância no que tange as perguntas sugestivas feitas, pois elas podem tanto serem feitas a parentes, como a qualquer outra testemunha. Assim, conceituarei os testemunhos, bem como trarei certos aspectos que, muitas vezes, não são levados em consideração pelas partes e pelo magistrado. Isso servirá, futuramente, para que exemplifiquemos as perguntas sugestivas e para que se possa precisar sua conceituação.

Feitas essas distinções essenciais, analisaremos a confiabilidade dos testemunhos a partir da Psicologia e da Filosofia. Sabidamente, um enunciado como o testemunho pressupõe a memória sobre o que se enuncia (em relação ao acusado ou ao fato). Daí surge a importância da análise da memória e de sua falibilidade (STEIN, 2003). Com isso, temos a seguinte sequência, neste capítulo: as testemunhas, os testemunhos e a falibilidade dos testemunhos. Dessa forma, serão estabelecidos os sujeitos que atuam no procedimento de oitiva testemunhal (para além dos acusadores, dos acusados e do magistrado) e o que eles falam.

Em síntese, com esse capítulo, pretende-se encontrar o fundamento para que se limite a atuação de acusador e de acusado na oitiva testemunhal. Farei isso a partir da percepção de que os testemunhos são falíveis, a partir da memória e, também, a partir da forma como as perguntas são feitas, o que é tratado no seguinte capítulo. Neste capítulo, também, propor-se-á uma visão de testemunha e de testemunho eminentemente retórica e fundada na comunicação, o que coaduna com a visão da prova como elemento eminentemente persuasivo.

2.1 AS TESTEMUNHAS

O regime legal atinente às testemunhas no processo penal está exposto a partir de seu art. 202, segundo o qual “toda pessoa poderá ser testemunha”. Diz-se que testemunha é a “pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade” (NUCCI, 2009, p. 98).

Para Mittermaier (1917, p. 357), a testemunha é o “indivíduo chamado a depor, segundo a sua experiência pessoal a respeito da existência e da natureza de um fato”. Segundo ele, com Nucci, “na prática, em relação à prova, a testemunha não tem importância, e verdadeiramente não se a considera como tal (MITTERMAIER, 1917, p. 359).”

Essas definições carecem de certa precisão. No que tange o compromisso de ser imparcial, vale dizer que o CPP só prevê o compromisso de dizer a verdade, no art. 203 – como explicado anteriormente, o correto, aqui, seria o compromisso de se dizer o que se tem certeza, e não a verdade, pois essa não é, ao todo, alcançável -.

Outrossim, essa definição é imprecisa ao limitar o conhecimento da testemunha a um “fato juridicamente relevante” e ao impor à testemunha o dever de “confirmar a veracidade do ocorrido”. Esses termos, da forma utilizada, não auxiliam, nem no processo, nem na ciência jurídica.

Primeiramente, a relevância - seja para o processo penal, seja para qualquer outro âmbito de discussão – só é definível ou a partir da enunciação sobre o fato ou a partir de um juízo prévio sobre essa enunciação, mas nunca na tomada de conhecimento sobre algo. É dizer, relevante é o enunciado sobre o fato, e não o processo cognitivo que nos faz representarmos ele. Assim, não há como, previamente, exigir-se que a testemunha diga o que é relevante.

Quanto à confirmação da veracidade do ocorrido, essa não é uma tarefa que se impõe à testemunha. O que se requer dela, legalmente, é que diga a verdade (aqui entendida como certeza). A confirmação da veracidade se dá por critérios de correspondência e de plausibilidade a partir dos argumentos das partes e, ao fim, dar-se-á na decisão do magistrado, mas não na produção da prova testemunhal, muito menos na cabeça da testemunha.

Ainda, é necessário que se reconheça que a verdade do que se fala diz respeito a um aspecto exterior – e não interior – : o testemunho. Esse aspecto interior, por sua vez, não é verdade, mas sim mera representação. (VARELA, 1990, p. 162)

Além disso, “é óbvio que a declaração testemunhal também envolve juízo que resta na dependência, entre outros pontos, do conhecimento [...] do depoente” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 733). É dizer, não há como eliminar certas pré-compreensões daquele que se propõe a testemunhar. Por fim, vários “fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultura e intelectual do depoente poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha” (OLIVEIRA, 2014, p. 413).

Por isso, não há porque negar a possibilidade de o magistrado valorar esses elementos na formação de sua certeza. Isso, ainda, dar-se-á dentro da visão da prova como persuasão, tendo em vista que a credibilidade da testemunha nada mais é do que um argumento de autoridade. Com isso, a testemunha, autora dos enunciados sobre os fatos, é “considerada suporte de uma série de qualidades, autora de uma série de atos e de juízos, objeto de uma série de apreciações, é um ser [...] a cuja volta se agrupa toda uma série de fenômenos aos quais ela dá coesão e significado” (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 336). Com isso, turva-se a separação entre pessoa e ato, pois “a moral e o direito julgam simultaneamente o ato e o agente, [pois] admitem que ele é solidário dos atos que cometeu” (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 336-337).

Analogamente, é o que ocorre ao considerarmos a personalidade do agente na fixação da pena-base. Aqui, considera-se a personalidade da testemunha para se valorar seu testemunho.

Ainda, vale dizer que um testemunho é crível se considerarmos três aspectos: o caráter de quem nos fala, sua relação com os atos referidos e a valoração desses últimos. Em razão do primeiro motivo, por exemplo, não acreditamos em um “mentiroso notório, como não se dá razão a quem, pelo segundo motivo, espera lucrar com o que fala, nem se admite, em razão do terceiro, declarações que não guardem uma verossimilhança”. (ELLERO, 1980, p. 109). Por isso, diz-se que a

prova testemunhal é extrínseca, tendo em vista que o conhecimento que ela nos oferece é mediado pelo conhecimento da testemunha (ELLERO, 1980, p. 108).

Por isso, acertadamente, afirma-se que o testemunho é um ato processual, pelo qual alguém informa ao magistrado o que conhece sobre certo acontecimento. Essa definição de testemunho, todavia, será abordada no próximo capítulo. Aqui, trata-se das testemunhas. Quanto a isso, de forma simples e direta – e é essa a visão que aqui adoto- vê-se a testemunha como alguém que não é parte no processo (VARELA, 1990, p. 161). A legislação brasileira, todavia, impõe mais alguns critérios para se considerar alguém testemunha, como adiante se verá.

As testemunhas podem ser classificadas em diretas e indiretas, próprias e impróprias, numerárias e informantes, e referidas. (NUCCI, 2009, p. 99). Segundo essa classificação, as diretas viram os fatos, as indiretas souberam de fatos por intermédio de outras pessoas; as próprias depõem sobre fatos ligados ao objeto do processo, as impróprias, sobre fatos apenas tangencialmente ligados ao objeto do processo; as numerárias prestam compromisso, as informantes, não; as referidas, por fim, apenas são indicadas por outras testemunhas. Embora didática, essas classificações não trazem muita utilidade para o presente trabalho, que trata do momento da oitiva testemunhal.

Todavia, um ponto importante é distinção entre as testemunhas numerárias e as informantes. Como dito, as primeiras tem o compromisso de dizer a verdade, como exposto no art. 203 do CPP. Essa norma nada mais é do que “um dever moral de dizer a verdade, dever, aliás, devido aos membros da comunidade e aos sentidos éticos por esta professado” (OLIVEIRA, 2014, p. 414). Quanto à exceção ao dever de depor, está ela prevista no art. 206 do CPP, segundo o qual “o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado” podem se recusar a depor. Diferente disso é a proibição de depor, exposta no art. 207 do CPP, segundo a qual as pessoas ali mencionadas devam guardar sigilo pela sua função.

Os informantes, por sua vez, seriam aqueles que não estão obrigadas ao compromisso de dizer a verdade, como exposto no art. 208 do CPP. Assim, tem-se que, inclusive para os fins do crime de falso testemunho (art. 342 do CPP)

testemunha é aquele que presta compromisso, não estando previsto no art. 208 do CPP. Os outros serão informantes.

Como visto, o que até aqui dito trata da testemunha e de sua credibilidade. De certa forma, um sinônimo que poderia ser usado para credibilidade é autoridade. Além de ser um vocábulo com o qual estamos mais acostumados, ele em nada subverte a ideia que aqui quero passar.

Isso é importante, pois como visto acima, a credibilidade (ou autoridade) da testemunha pode ser valorada negativamente e afetar todo o resto de seu testemunho (que pode, inclusive, corresponder à verdade). Por exemplo, concluir que uma testemunha não disse a verdade (voluntariamente ou involuntariamente) – ainda que sobre um pequeno detalhe, pode enfraquecer tudo o que foi dito. Afinal, “determinar que uma testemunha não diz a verdade é uma maneira conveniente de se eximir de decidir um conflito” (SIMON, 2012, p. 166).

Por exemplo, pense-se em um caso de roubo (art. 157 do CPP), na rua, no qual o acusado, canhoto, empunhando a arma de fogo com a sua mão esquerda, apontou-a para a vítima e demandou seus pertences. Isso tudo foi visto pelo vigia da rua, que é testemunha no processo. Colocado isso, o que até aqui foi dito pode ser combinado para se fazer uma pergunta sugestiva à testemunha da seguinte maneira: “O senhor, como vigia do quarteirão, atento ao que aconteceu, viu o acusado pegando à força os pertences da vítima com a mão direita, não viu?”. Com essa pergunta, apela-se à credibilidade da testemunha – ser um profissional diligente -, para que se crie uma dúvida. Razoavelmente, não se pode esperar de uma testemunha que se lembre de qual mão do acusado fez o quê. Na pior das hipóteses, o vigia dirá que não se lembra do que aconteceu e, assim, criará espaço para que se duvide de todo o seu testemunho, conforme o seguinte raciocínio: “se ele não se lembra desse detalhe importantíssimo, como se lembrará do resto?”.

Nessa senda, um aspecto a ser destacado é que o aumento do número de detalhes em certo testemunho aumenta a confiabilidade nessa testemunha. É bom lembrar que toda a prova está interconectada com as outras e, ao final, com a própria decisão. Disso se extrai que a prova não é independente, sofrendo de verdadeiras influências circulares.

A inclusão de detalhes triviais em certo testemunho aumenta a credibilidade da testemunha, desacreditando as chamadas pela outra parte (obviamente, considerando-se que seus testemunhos apresentem versões distintas). Igualmente, mostrando que certos detalhes irrelevantes não correspondem à verdade, tende-se a aumentar a credibilidade do testemunho da outra parte. Por fim, “aumentando a confiabilidade de uma testemunha do acusador [seja através de perguntas sugestivas, seja através de outros artifícios, tende-se] a desacreditar o álibi do acusado” (SIMON, 2012, p. 176).

Com esse capítulo, para além das definições legais e das classificações ali expostas, vale salientar que a presença da testemunha também é um argumento. Assim, ela se relaciona com os testemunhos que são dados. Ela não pode ser considerado um terceiro imparcial, nem se pode exigir dela um compromisso com a relevância do que é dito ou com a verdade do que é falado. Dessa forma, pode-se dizer que as perguntas sugestivas, inclusive, podem ser feitas em relação à pessoa da testemunha (a sua autoridade).

Isso, todavia, é de importância subsidiária aos fatos sob julgamento – esses, sim, que são o objeto do processo. Sobre eles e sobre os testemunhos acerca deles, falar-se-á no capítulo seguinte

2.2 OS TESTEMUNHOS

Dentre outros propósitos, o objetivo essencial do processo penal é definir, de forma fática, se o acusado cometeu ou não o crime. Para isso, utiliza-se de um processo racional, pelo qual se extraem conclusões das provas produzidas no processo. “O fim último do processo é a retidão da decisão, ou, simplesmente, acertar o julgamento (SIMON, 2012, p. 144)”. Todavia, esse processo é falho, como a seguir será explicado.

No momento, cumpre explicar algumas características do testemunho. Aqui, dado o conceito de testemunho, falarei de sua forma sintética, de sua parcialidade, de sua necessidade de coerência, e das emoções que o influenciam.

Dessa forma, fica a pergunta: o que são testemunhos? Testemunhos são enunciados que se referem a fatos, relatados através da predicação. “A predicação é uma propriedade intrínseca da enunciação e permite lançar luz sobre a

especificidade dos atos de enunciação” (FONTANILLE, 2008, p. 268). Enunciar, assim, é “tornar algo presente a si com a ajuda da linguagem” (FONTANILLE, 2008, p. 269).

Esse predicção do enunciado se dá em um nível existencial, que diz respeito ao estabelecimento de um grau de presença dele, tendo em vista que a ele atribui um modo de existência, sendo, por exemplo, realizado, virtualizado ou potencializado. Dá-se, também, em um nível autorreferencial, na medida em que o enunciador assume a responsabilidade do enunciado e apropria-se da presença instaurada: estabelece a sua posição em relação ao que será enunciado – como mostrado no capítulo anterior.

No campo da predicção, vale falar de juízos analíticos e sintéticos. Os primeiros predicam “o que está contido implicitamente no conceito do sujeito, ao passo que [os juízos sintéticos assignam] ao sujeito um atributo novo, devido à síntese dos dados da experiência (ECO, 2012, p. 137)”. Por exemplo, falar que todos os corpos são extensos é um enunciado analítico; falar que todos os corpos são pesados é um enunciado sintético. Ser extenso é uma característica inerente a ser um corpo; ser pesado, não – é uma qualidade contingente e acessória.

No campo da semiótica, os enunciados analíticos são descritos como aqueles que predicam as marcas semânticas já a ele atribuídas. Por exemplo, ao se perguntar a uma testemunha de um roubo se ela viu o assaltante, estamos reiterando a marca semântica atribuída ao acusado; não estamos inovando, afinal, se houve um roubo, houve um assaltante. Isso, obviamente, conta com um reflexo no processo: de forma irreflexiva, consideramos o acusado um assaltante. Como já dito, “[que] um seja acusado quer dizer que, provavelmente, senão certamente, cometeu um delito (CARNELUTTI, 1995, p. 61)”.

Por sua vez, os enunciados sintéticos predicam novas marcas ao enunciado. Por exemplo, o assaltante que, por um testemunho, é considerado um homem branco, baixo, de olhos castanhos, com cabelos negros. Com isso, atribuímos novos predicados àquilo que se está enunciando. A diferença é tênue.

Os testemunhos, assim, servem como ponte entre os juízos analíticos e os juízos sintéticos – aumentando sua presença e sua força ou diminuindo-as. Em

síntese, “um juízo é analítico com base numa convenção e que, quando a convenção muda, os juízos analíticos tornam-se sintéticos, e vice-versa” (ECO, 2012, p. 138). Disso se extrai a vedação a testemunhos protelatórios, que nada mais são do que a repetição de juízos analíticos. Deve-se, todavia, fazer uma ressalva, como nesse parágrafo explicitado: um juízo que é analítico pode se tornar sintético, na medida em que novos predicados ao enunciado são adicionados. Dessa ocorrência que se extrai a necessidade de contraditório e de uma participação eficiente das partes na construção do resultado do processo.

Isso nos diz, também, que a práxis enunciativa se dá no discurso em ato, administrando a presença dos enunciados, convocando-os e compondo o campo temático. “Ela os assume mais ou menos, ela lhes atribui graus de intensidade e uma certa quantidade. Ela recupera formas esquematizadas pelo uso ou, ainda, estereótipos e estruturas cristalizadas” (FONTANILLE, 2008, p. 271). Assim, a práxis enunciativa, que, no caso do Direito, seria o processo, administra a presença em discurso, de forma interativa, que extrai formas de um espaço já esquematizado e também a modifica e alimenta.

A práxis enunciativa, entendida como sinônimo do discurso, no campo processual em específico, é a chamada construção da narrativa processual. Ao longo do processo, estabelece-se o campo temático – e semântico – que será utilizada para a construção da narrativa final. Essa construção, como vista quando tratado da visão do processo penal, se dá mediante o contraditório e uma atuação efetiva das partes e de seus procuradores. É dizer, em síntese, que a própria seleção das palavras e dos enunciados é uma forma de argumentação.

Para Perelman (2005, p. 132), a presença dos enunciados se relaciona com a própria seleção de fatos para serem apresentados. Para ele, “o que está presente na consciência adquire uma importância que a prática e a teoria da argumentação devem levar em conta”. Aplicado ao presente trabalho, isso quer dizer que o testemunho traz à presença o acontecimento objeto do processo penal. Dessa forma, é importante que – sob uma perspectiva do processo como jogo – leve-se em consideração aquilo que se queira fazer presente. Afinal, deve ser uma das preocupações do orador “tornar presente, apenas pela magia de seu verbo, o que

está efetivamente ausente e que ele considera importante para a sua argumentação [...] (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 133)”.

Ainda, no fenômeno do testemunho, é necessário que se dê atenção aos esquemas gerativos, que “proporcionam as regras para substituir uma determinada palavra (e o conceito correspondente) por outras palavras e outros conceitos [...]” (ECO, 2012, p. 235). A existência desses esquemas é o que fundamenta a vedação a perguntas sugestivas. Esses esquemas gerativos servem para argumentar, criando juízos sintéticos, a partir de juízos analíticos – premissas implícitas ou não - que influenciam o julgador.

Dois exemplos clássicos desses esquemas gerativos são a metáfora e a metonímia, que, ao longo da construção da narrativa processual, são utilizadas como forma de se argumentar. Ambas as figuras citadas se definem por apresentar uma relação de contiguidade do que se refere com o que é referido.

A metáfora – meio de caracterização pitoresco – é “a figura de significação (tropo) [ou esquema gerativo] que consiste em dizer que uma coisa (A) é outra (B) (GARCIA, 2010, p. 107)”. O fim dessa ação é aumentarmos a presença desse atributo de B em A, “em virtude de qualquer semelhança percebida pelo espírito entre um traço característico de A e o atributo predominante, por excelência de B [...] (GARCIA, 2010, p. 107)”. Por exemplo, pergunta-se a uma testemunha de incêndio – art. 250 do Código Penal (CP) – se as grandes labaredas eram tão vermelhas quanto as chamas do inferno, ou, ainda, se perguntar a uma testemunha, na tentativa de se diminuir a pena da lesão corporal, se o acusado ficou uma fera com a tempestade de xingamentos da vítima.

Pela metonímia, empregamos “uma palavra por outra, a designar uma coisa com o nome de outra” (GARCIA, 2010, p. 115). É uma figura qualitativa. Por exemplo, ao se tentar estabelecer positivamente as circunstâncias do art. 59 do CP, pergunta-se à testemunha se o acusado ganha a vida com o suor do rosto, ou, até – de forma mais sutil – se perguntarmos, ao se tentar estabelecer alguma das qualificadoras do furto, à testemunha dessa subtração se o acusado burlou a vigilância (no caso, referindo-se a eventual obstáculo).

Esses esquemas gerativos, ao longo do processo, tendem a aumentar a presença de certos enunciados e diminuir a de outros. De certa forma, isso que foi descrito influencia na certeza do juiz, que cria uma representação daquilo que é construído no jogo processual.

Um critério para um juízo valorativo positivo desses testemunhos é a sua credibilidade. Veja-se que aqui não se fala da credibilidade da testemunha, mas sim do próprio testemunho. É dizer, ‘a história contada tem de ser plausível para ser persuasiva’ (CLARK; DEKLE SR.; BAILEY, 2011, p. 19). Por óbvio, a história plausível passa pela forma como ela é narrada: esse é o ponto de convergência com a figura da testemunha, acima explicada.

Dito isso, trataremos de mais outras características do testemunho: a parcialidade e a necessidade de coerência. Passaremos, também, pelo aspecto resumido do testemunho e a utilização das emoções.

Em um mundo ideal, as testemunhas seriam como que os juízes boca-de-lei: apenas repetiriam as informações às quais tiveram acesso. Mas isso não ocorre. Muitas vezes, elas estão tão emaranhadas na situação objeto do processo quanto o acusado. Essas testemunhas, outrossim, tem interesse no resultado do caso, independentemente de quem elas sejam e de qual seja esse interesse. Disso decorre que não há porque conceituar testemunha como um terceiro imparcial (ou isento), por impossibilidade fática.

Por exemplo, testemunhas da acusação, normalmente, são representantes do próprio Estado, como policiais militares chamados como testemunhas. Nesse sentido, vale dizer que “o sentimento de pertencimento a um grupo influencia a percepção dos fatos, estados emocionais, e motivações referentes à questão analisada (SIMON, 2012, p. 157).”

O processo de coerência – o qual utilizamos para raciocinar – nos traz, em síntese, inferências de várias fontes que, juntas e combinadas, levam-nos a uma decisão. Esse processo é visto, sob a ótica da psicologia da forma, pela noção de que o que se apresenta junto, deve estar junto. Assim, a decisão de um caso complexo “pode ser tomadas de forma confortável quando [é produto] de modelos

mentais coerentes; *i.e.*, quando a conclusão é fortemente subsidiada pela prova (SIMON, 2012, p. 174)”.

Em outras palavras, a confiança é um subproduto inevitável do processo cognitivo. Isso nos diz que o conjunto probatório, em si – pela forma que damos a ele -, já influencia a decisão a ser tomada, para além do *standard* probatório necessário no processo penal. Afinal, todos os elementos de prova estão interconectados com os outros e, em último grau, com a própria decisão. A atenção, tendo em vista isso, deve ser retornada aos testemunhos e aos detalhes que por eles são descritos

Sobre esse problema, François Gorphe já escrevia. Segundo ele, “a coerência entre diversas declarações de uma testemunha é uma garantia muito insuficiente de sua veracidade (1933, p. 29)”. Ainda, conforme ele, “a concordância entre declarações de várias testemunhas é muito mais probatória. Tem um valor de controle (1933, p. 29)”. Esse controle, assim, baseia-se em um método que leva em consideração o fato de que quanto mais observadores percebem o mesmo fenômeno, maior a probabilidade – para ser preciso, a plausibilidade - de ele ter ocorrido. Sinteticamente, podemos afirmar que, tanto pelas percepções como pelas funções intelectuais, “interpretamos o desconhecido pelo conhecido, os novos dados pelos adquiridos e sofremos a tendência a inserir essas informações em nossas representações mentais já consolidadas (GORPHE, 1933, p. 30)”.

Da mesma forma, lembro-lhes que a versão do testemunho apresentada em juízo sempre será uma versão resumida daquilo que efetivamente ocorreu. Essa versão, ademais, pode ser completamente diferente da versão apresentada na seara policial. Da mesma forma que ocorre com a prova documental, a prova testemunhal se degrada, é exposta à contaminação e perde muito de sua precisão.

Isso ocorre, também, por causa da noção de coerência acima discutida. Conforme as reiteraões dos enunciados, o testemunho dado no processo “tende a ser unilateral, compreensivo e resoluto (SIMON, 2012, p. 146)”. É dizer, a testemunha, quase que mediante um processo de autofagia, tende a consolidar a sua visão sobre o acontecido, apresentando-a cada vez mais coerente e sintética, não necessariamente correspondendo à realidade.

As emoções também influenciam a testemunha e seu testemunho. Como dito, não há como se esperar de uma testemunha que ela seja imparcial, tendo em vista os aspectos psicológicos tanto processuais quanto extraprocessuais. A emoção, dessa forma, pode resultar em juízos menos racionais e mais superficiais. Essa emoção – negativa ou positiva – pode ser afluída pela forma como se descreve o acusado ou o ato praticado, pela metáfora ou pela metonímia, por exemplo.

No processo penal, em específico, o maniqueísmo e a dicotomia são os instrumentos mais utilizados para que se aumente a presença de certos elementos probatórios. Afinal, “muito do trabalho do advogado na audiência tem o fim de pintar o acusado sob luzes positivas ou negativas (SIMON, 2012, p. 173)”.

Dadas essas características do testemunho, quis atentar ao fato de que um enunciado, uma descrição, um relato de uma testemunha não é um elemento isolado no contexto probatório. Ele é influenciado pelas características de quem fala, de quem está perguntando, de qual pergunta é feita e, também, por aspectos do próprio jogo processual. Feito isso, agora se falará da falibilidade dos testemunhos, retomando um pouco o que até aqui foi dito, bem como trazendo aspectos referentes à memória do ser humano.

2.3 A FALIBILIDADE DOS TESTEMUNHOS

Ellero (1980, p. 112) afirma que o testemunho idôneo é aquele dado por pessoa no uso de sua razão, com os sentidos aptos a perceber as coisas a que sua declaração se refere, que depõe sobre fato do qual teve conhecimento imediato, sob compromisso, em juízo, sem interesse em mentir. Essa definição, todavia, não basta, pois os testemunhos são falíveis, como se verá a seguir.

Sinteticamente, já se dizia que os “hábitos praticados, a experiência adquirida, tem uma influência direta e sensível sobre as observações das testemunhas” (MITTERMAIER, 1917, p. 360). Além disso, traz-se à lembrança o intervalo de tempo entre o acontecimento e o depoimento, que pode modificar o que se fala sobre o fato. “Não obstante ter a melhor vontade, a testemunha, chamada a depor muito depois do acontecimento, não pode mais separar a observação real das criações fantásticas do espírito (MITTERMAIER, 1917, p. 360-361)”, por razões voluntárias ou não.

Dan Simon expõe que não há solução para contrabalancear os efeitos de uma boa narrativa, de uma persuasão heurística, e das emoções. “Também é difícil prevenirmos que o preconceito racial apareça no processo, bem como é duvidoso que se possa eliminar ou diminuir o efeito da coerência dos testemunhos (2012, p. 177)”.

Nesse ponto do capítulo, será mostrado como a memória pode trazer percepções que não necessariamente coadunem com a realidade. Essas constatações servem, também, de fundamento para a vedação a perguntas sugestivas.

Sinteticamente, a percepção e a memória do ser humano se dá em três estágios: a aquisição, a retenção e a evocação do que foi lembrado. Aqui, não interessa muito mais do que isso: a evocação do que foi lembrado. Sendo cauteloso, não adentrarei em espaços da neurologia e da psicologia que se mostram por demais detalhados para o presente trabalho. Interessa-nos, muito mais, a visão filosófica e lógica da memória: a visão proposicional.

O tema das falsas memórias está muito em voga. Todavia, mais do que explicar o que é uma falsa memória, precisa-se, primeiro, explicar o que é uma memória. Para esse trabalho, uma memória não é falsa se a representação que nos é enunciada é idêntica – ou suficientemente similar – com o que já foi enunciado no passado (BERNECKER, 2012, p. 7).

Veja-se que, com essa definição, afasta-se da busca da verdade, pois ela não entra em jogo quando estamos falando de enunciados – e não do que é o conteúdo desses enunciados. Não se questiona, aqui, sob o interior do ser humano, sobre o que ele acredita ou não; somente se compara o que já foi enunciado por ele com o que, posteriormente, será enunciado. Ir além disso é cair em elucubrações que não são objeto desse trabalho científico.

Isso se dá porque a memória não é uma máquina copidora. “A memória não é apenas um aparelho que, passivamente, grava e reproduz conteúdo. A memória é um dispositivo ativo que processa conteúdos guardados (BERNECKER, 2012, p. 219)”. Tendo isso em vista, a falsa memória nada mais é do que uma maior distância

entre as duas representações enunciadas pelo sujeito (no caso, a testemunha). Ir além disso, como dito, é adentrar terreno que não cabe aqui.

Todavia, cabe, agora, definir essa distância. Essa distância é definida pela vinculação dos enunciados, tendo como substrato a relevância do enunciado anterior para o enunciado posterior. É dizer, o antecedente e o conseqüente tem de ter algo em comum, estando dentro do mesmo campo temático (BERNECKER, 2012, p. 225-226). Por exemplo, lembrar-se, em um determinado momento, que o assaltante era loiro e, em um momento posterior, lembrar-se que ele tinha cabelo. Nesse exemplo, não se pode dizer que a memória era falsa, pois em que pese estar relativamente distante, ela mantém o mesmo tema e não é possível considerarmos um dos dois enunciados falsos, ainda que um deles mais corresponda à realidade do que o outro. A diferença é sutil.

As falsas memórias, por sua vez, “não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas [...] diferenciam-se das verdadeiras [pelo fato de] serem compostas por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram [...] (STEIN, 2010, p. 22)”. Como acima dito, a falsa memória deve estar distante do que corresponde a um enunciado verossímil. Essas falsas memórias podem surgir por distorções internas e, também, por informações falsas externas – são essas que serão estudadas.

A memória é suscetível a modificações a partir de sugestões posteriores ao evento a ser lembrado. Isso significa que nossas memórias podem ser influenciadas por outras pessoas e que informações que recebemos depois do evento podem interferir em nossa memória. Essa sugestionabilidade é “uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior a ocorrência do evento original (STEIN, 2010, p. 26)”.

Exemplificar-se-á. Considere-se que a testemunha tenha visto um atropelamento. Após, pergunta-se à testemunha se ela viu o carro que atropelou a vítima ultrapassar o sinal vermelho. Para responder essa questão, primeiramente, a testemunha terá de interpretá-la; é dizer, terá de contrapor essa nova informação ao velho conteúdo que a ele se pretende juntar. Só após esse processo que será possível responder sim ou não para a questão posta. Essa nova informação altera a percepção inicial, fazendo dela parte (LOFTUS, 2000, p. 131-132).

Isso ocorre, na maior parte das vezes, quando a testemunha tem contato direto com o sistema judiciário, reiteradas vezes. Ao longo do tempo, o aumento da reiteração e da frequência a faz mudar seu testemunho de forma que corresponda à versão das autoridades – é uma das circunstâncias na qual a confiabilidade extrapola (SIMON, 2012, p. 91).

Em específico, uma memória – para nós, um testemunho – possui duas importantes características: a completude e a precisão. “Memórias são confiáveis quando contém todos os detalhes corretos e necessários para que se tenha um relato compreensivo do evento” (SIMON, 2012, p. 92). Disso, extrai-se que um testemunho fragmentado não deve ser considerado um testemunho confiável. Essa fragmentação pode, inclusive, ser dada pelas perguntas, que tenham como respostas meras afirmativas ou negativas.

Veja-se que a memória está em um estado de contradição. Por um lado, atenta-se a detalhes específicos; por outro, ao contexto como um todo. Não podemos, infelizmente, termos os dois.

Na maior parte das vezes, damos mais atenção ao contexto do que aos detalhes. Quando se questiona a testemunha, na busca por esses detalhes, chega-se a três resultados distintos: ou não se descobre nada, ou se confabula e, conseqüentemente, criam-se falsas memórias (endógenas, a partir do processo de interpretação da pergunta e da resposta a ser dada), ou, diretamente, criam-se falsas memórias de maneira exógena. (SIMON, 2012, p. 94).

Um dos aspectos intrinsecamente ligados à falsa memória é a necessidade de se dar respostas positivas, ainda que não se lembre exatamente do que ocorreu. “Ao que parece, as pessoas estão mais dispostas a dar informações – precisas, falsas ou imaginadas – do que a não dizer nada (SIMON, 2012, p. 99)”. Esse fenômeno é maximizado tendo em vista o processo penal em si, na medida em que é utilizado para se definir os fatos sob julgamento. Há, no caso, um reforço natural a que se busque respostas positivas ao que se é perguntado.

Outrossim, as fontes externas das falsas memórias não são apenas as perguntas sugestivas. Pode, também, ser o próprio compartilhamento do testemunho com outras testemunhas (daí porque a vedação do art. 210 do CPP),

bem como a influência da mídia e de suas reconstruções. Tudo isso induz, falsamente, a precisão do testemunho (SIMON, 2012, p. 101-102).

Quanto a isso, “[há uma tendência] em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos (GESU, 2014, p. 135)”. Ainda, esse induzimento ocorre “através de questionamentos com viés eminentemente acusatório, como também através da mídia, a qual procura sempre fazer do crime um espetáculo (GESU, 2014, p. 155)”. O termo “acusatório”, nessas citações acima, muito mais se referem a características do dito sistema inquisitivo do que ao sistema acusatório. Assim, é preferível entendermos como um viés eminentemente inquisitorial, do que acusatório.

Para além desse tom difamatório, o que se extrai dessas passagens é que a memória, como fonte do testemunho, pode ser falha. Essa falha advém de fatores internos à testemunha e de fatores externos a ela. As perguntas sugestivas são fatores externos a ela que, não obstante, podem alterar a memória e, em momento posterior, tornarem-se a representação interna da testemunha do ocorrido.

Para lidar com isso, sugere-se a adoção da entrevista cognitiva. Ela nada mais é do que um meio de “[proporcionar] ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato ocorreu e quem dele participou, entre outras, diminuindo os riscos de criação de falsas memórias ou indução das respostas (GESU, 2014, p. 202)”.

Isso, todavia, viola o contraditório, na medida em que dá ao julgador o controle total da produção da prova testemunhal. Atendo-nos às premissas aqui estabelecidas, não há como, justificadamente, defender essa solução. Em que pese ela também ser a posição defendida por Stein, segundo a qual a entrevista cognitiva é “uma poderosa ferramenta para minimizar um problema muito comum em situações de investigação e julgamento de casos contra a lei (STEIN, 2010, p. 223)”, reduzindo as chances de falsas memórias e diminuindo as chances de sugestibilidade por parte dos entrevistadores.

Não é crível defender isso, tendo em vista o processo como um jogo entre forças opostas mediadas pelo magistrado. Esperar que o acusado ou que o acusador deixem sua parcialidade de lado e conduzam uma entrevista isenta de sugestibilidade é crer na utopia e, perversamente, aplicá-la na prática,

obscurando o que se deve ser estudado e pesquisado: como se evitar perguntas sugestivas, mantendo-se as posições do jogo processual.

Isso será melhor abordado nos próximos capítulos. Previamente, explico-lhes que a posição do magistrado, no momento da produção da prova testemunhal, é de controle e de fiscalização; não participando, portanto, em nenhuma espécie de entrevista – cognitiva ou não.

Uma melhor solução para a questão é dada pela prova científica. Essa prova, que contaria com a participação de um *expert*, pode versar sobre o testemunho que foi dado. É a chamada prova sobre a prova. Nesses casos, “pode-se explicar os mecanismos da percepção, do processamento, da memória e da rememoração, além de descrever quais pesquisas empíricas foram conduzidas e quais são seus resultados (MOENSSENS *et al.*, 1995, p. 1176)”.

Como exemplo, isso foi admitido em *State v. Chapple* (ARIZONA SUPREME COURT, 1983). Nesse caso, tendo em vista que a identificação feita em seara policial não trouxe certeza, assim como sete testemunhas de defesa disseram que o acusado não estava no local do crime, era necessário que se chamasse um *expert* em testemunho, o que, todavia, não foi feito. Foi decidido, assim, pela Suprema Corte que o juízo inferior abusou de sua discricionariedade ao rejeitar essa prova científica.

2.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Nesse capítulo definiu-se a quem e ao que as perguntas sugestivas são dirigidas: às testemunhas e aos testemunhos, respectivamente. Definiu-se, também, a possibilidade de existência dessas perguntas, tendo em vista a falibilidade dos testemunhos.

Em síntese, com esse capítulo, pretendeu-se dar os fundamentos para que se limite a atuação de acusador e de acusado na oitiva testemunhal. Sob o que essa limitação age é melhor explicada no capítulo seguinte.

Em um primeiro momento, a testemunha não pode ser a “pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade (NUCCI, 2009, p. 98)”. Essa definição não é adequada por três motivos: a relevância

do fato, a necessidade de confirmar a veracidade do ocorrido e o compromisso de dizer a verdade. A relevância jurídica só é dada depois de enunciado o fato, portanto não faz parte da definição de testemunha. A necessidade de confirmar a veracidade do ocorrido é ônus da acusação, não da testemunha: a testemunha deve relatar o que tem conhecimento e o que crê ser verdadeiro – o que pode, ou não, ser verossímil -. O compromisso de dizer a verdade se relaciona a isso. Como dito anteriormente, melhor aqui falar de certeza – como sendo aquilo no que se crê - do que de verdade.

Assim, adota-se o critério legal de testemunha. Considera-se, portanto, que a ela basta que cumpra o compromisso de dizer a verdade, que, a bem da verdade, é o compromisso de se dizer o que se tem certeza.

Tendo isso em vista, é importante que se defina certas características da testemunhas. Essas características servem para dar credibilidade ao que é falado, a partir de um argumento de autoridade. Afinal, valoramos não só o que é falado, mas também quem nos fala.

A testemunha é um ser “a cuja volta se agrupa toda uma série de fenômenos aos quais ela dá coesão e significado” (PERELMAN; OLBRECTHS-TYTECA, 2005, p. 336)”. É dizer, a própria narração que nos é dada passa, invariavelmente, por quem nos narra.

Isso importa, porque isso influencia o testemunho. Por exemplo, concluir que o relato de uma testemunha é diametralmente oposto ao que uma prova documental nos mostra acaba por enfraquecer todo o seu testemunho. Da mesma forma, é um caminho fácil para que se desconsidere tudo o que foi falado e se tome uma decisão fácil.

Quanto aos testemunhos, eles são enunciados que se referem a fatos, relatados através da predicação. Essa predicação se trata de juízos analíticos e de juízos sintéticos.

Os juízos analíticos enunciam, através da predicação, o que já está contido no conceito do objeto que é predicado. Por exemplo, o homicida que matou, o assaltante que roubou, etc. Assemelha-se à figura de linguagem do pleonasma.

Isso, por óbvio, conta com certo valor argumentativo, na medida em que traz à presença certa característica que deva ser salientada.

Os juízos sintéticos, por sua vez, designam novos atributos ao objeto que se está enunciando. *E.g.*, o homicida que matou com uma arma de fogo, o assaltante que roubou mediante o emprego de uma faca, e assim vai.

Para o trabalho, um testemunho útil, apto a ser considerado como tal, é o que traz juízos sintéticos. Do contrário, trata-se de prova meramente protelatória. Há que se considerar, também, a função do testemunho na medida em que explicita esses juízos analíticos: passam-se de premissas implícitas das partes para enunciados explícitos, aptos à consideração e a serem contraditados.

Ao longo do processo, essas premissas explícitas constroem a narrativa processual. Estabilizam-se os enunciados e chega-se em um ponto no qual, idealmente, não há mais juízos sintéticos a se fazer. Daí surge a importância dos testemunhos que servem como fundamento para a construção dessa narrativa processual, conduzida pelo acusado e pelo acusador.

Essa condução é dada, muitas vezes, pela utilização de esquemas gerativos. Esse termo – esquemas gerativos – pode ser substituído por figuras de linguagem, por argumentos, ou, enfim, pela retórica em si. Esses esquemas, como regra, substituem certos termos por outros, na busca do convencimento e da persuasão. O que deve ser salientado aqui é que isso se dá tanto em um campo amplo, considerando a narrativa processual como um todo, quanto em um campo estrito, considerando-se a produção da prova testemunhal. A retórica e a produção da prova testemunhal é tema de um capítulo próximo.

Para além disso, afirma-se que os testemunhos são falíveis por outros motivos, dos quais a retórica pode se aproveitar. Um desses motivos é a memória. Sinteticamente, a percepção e a memória do ser humano se dá em três estágios: a aquisição, a retenção e a evocação do que foi lembrado. Para o fim do testemunho, importa a evocação: a aquisição e a retenção, embora contenham, por certo, a possibilidade de serem errôneas, só serão analisadas na medida em que evocamos o que foi lembrado. Por isso, a análise que foi feita partiu da evocação.

Assim, a evocação dessa memória não é falsa quando a representação que nos é enunciada é idêntica – ou suficientemente similar – com o que já foi enunciado no passado. Com essa definição, afasta-se o problema da verdade, tendo em vista que o campo de análise se limita ao que foi enunciado. Vale salientar que o que foi enunciado não precisa ter sido, necessariamente, enunciado pela mesma testemunha: podem ser versões de duas testemunhas, ou até uma contraposição de um testemunho com uma prova documental.

Para além de definições psicológicas, a falsa memória se mostra na prova testemunhal através de uma maior distância entre as duas representações enunciadas pelo sujeito (no caso, a testemunha). Essa distância pode ser aumentada pela sugestão posterior ao evento que deve ser lembrado. Pode ser aumentada, assim, pelas perguntas sugestivas. Essa sugestibilidade é “uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior a ocorrência do evento original (STEIN, 2010, p. 26)”.

Em específico, o testemunho deve ser completo e preciso. Isso é uma contradição em si, na medida em que se tratam de duas grandezas inversamente proporcionais: quanto mais se atenta para a completude – para o contexto – menos se atenta para os detalhes do que está acontecendo. Disso, extrai-se que um testemunho fragmentado não deve ser considerado um testemunho confiável. Da mesma forma, não se deve considerar confiável um testemunho completo, que se assemelha a uma narrativa literária. A memória, a evocação dessa memória e, enfim, o testemunho, não funciona assim.

Para lidar com essas falsas memórias, diz-se que o adequado é proceder-se a uma entrevista cognitiva. Por meio dela, far-se-iam perguntas abertas, não sugestivas, em um ambiente confortável, para que se tenha um relato mais fidedigno.

Isso, todavia, não condiz com o jogo processual e viola o contraditório, na medida em que tira das partes a prevalência na produção da prova. A produção da prova testemunhal, pelo art. 212 do CPP, se dá pelas partes, com a participação subsidiária do magistrado.

Além disso, tendo em vista o próprio viés e as próprias pré-compreensões do entrevistador, não há como se defender essa ideia. O exame cruzado, dessa forma, continua sendo o método ideal para o jogo processual – que, não obstante, dever ser analisado e estudado -.

3 AS PERGUNTAS SUGESTIVAS

Eis o cerne do trabalho. Posta a visão do processo e a possibilidade de garantias do acusado que advém do ordenamento constitucional e infraconstitucional, passou-se pela testemunha e pelos testemunhos, dando a devida importância à falibilidade destes. Agora, analisarei como essa falibilidade é aproveitada pelos advogados das partes no jogo processual (HUIZINGA, 2012, p. 87-100).

É recorrente na prática jurídica a utilização de discursos e de perguntas que carreguem, em si, certo teor argumentativo. Afinal, a atividade do advogado pressupõe o convencimento, a retórica e a argumentação (MACCORMICK, 2008). Esse será o primeiro ponto do capítulo. Após, falarei, em específico, de discurso e de perguntas, para, então, conceituar e exemplificar as perguntas sugestivas, retomando o exposto no capítulo anterior, no que tange os testemunhos e as testemunhas. Afinal, um certo tipo de resposta é dado a um certo tipo de pergunta. Ao fim do presente capítulo, analisaremos os efeitos das perguntas sugestivas e a forma juridicamente correta de se perguntar, para além do que tange a vedação proposta no art. 212 de nosso CPP.

Portanto, o presente tópico será analisado nas seguintes etapas: a retórica e a produção da prova testemunhal, as perguntas sugestivas, seus efeitos e, por fim, a forma juridicamente correta de se perguntar. Com isso, pretendo trazer, de forma minuciosa, o problema que é a pergunta sugestiva na oitiva de testemunhas no processo penal. Por certo, não se trata de um discurso denunciador, mas sim científico, fundado, em específico, na base argumentativa do processo, passando pelas normas que a limitam e, enfim, demonstrando sua existência e a necessidade de nos preocuparmos com ela. Essa preocupação será melhor tratada no seguinte capítulo, ao se falar da retórica e da produção da prova testemunhal.

3.1 A RETÓRICA E A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

Neste capítulo, tratarei de como a produção da prova testemunhal abre espaço para a retórica e para a atividade argumentativa. Nesse contexto é que estão inseridas as perguntas sugestivas.

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 (REBOUL, 2004, p. 91)”.

A argumentação se dirige a um auditório e é expressada em linguagem natural, cujas premissas são verossímeis, cuja condução é dada pelo orador, cujas conclusões são contestáveis (REBOUL, 2004, p. 92). Analogamente, a produção da prova testemunhal dirige-se ao magistrado e à parte contrária, expressada em linguagem natural, cujas premissas são verossímeis, cuja condução é dada pelas partes, cujas conclusões são contestáveis.

No que tange a linguagem natural, é importante salientar que ela é baseada na fala. Assim, mais do que um bom texto, são necessários procedimentos oratórios. É necessário, para tanto, a utilização de “repetições, aliteraões, ritmos, metáforas, alegorias, enigmas, que desenvolvem a função poética em detrimento [ou não] da função crítica (REBOUL, 2004, p. 95)”.

Quanto à verossimilhança das premissas, elas são os acordos implícitos do auditório, bem como os chamados juízos analíticos acima descritos. São as convenções que tomamos como certas, a partir das quais nosso raciocínio se desenvolve. Por tratarmos de uma ciência social aplicada, não cabe aqui falar em termos lógicos de verdadeiro ou falso, mas sim de mais ou menos verossímil. Assim, para além das definições dadas no capítulo primeiro, verossímil é “tudo aquilo em que a confiança é presumida (REBOUL, 2004, p. 96)”.

Outrossim, a construção e a condução dessa verossimilhança depende do orador – no caso, do advogado, a partir da leitura do art. 212 do CPP -. O advogado, mediado pelo testemunho e pela testemunha, constrói a ponte entre os juízos analíticos e os juízos sintéticos. Todavia, não o faz a partir de um desencadeamento linear, mas sim a partir de uma persuasão heurística e interconectada (REBOUL, 2004, p. 97)”.

Por fim – e por óbvio, dadas as premissas estabelecidas – a conclusão a que se chega desse raciocínio é sempre contestável. Isso ocorre porque “[numa] argumentação, a conclusão não é ou não é só, um enunciado sobre o mundo; ela expressa acima de tudo o acordo entre os interlocutores (REBOUL, 2004, p. 97)”. Ainda, essa conclusão – que pode ser, por exemplo, a narrativa da testemunha –, nada tem de demonstrativo – somente como argumentação.

Cumpra, agora, fazer um juízo de valor sobre a boa argumentação, contrapondo-a a uma argumentação ruim, de forma a estabelecer seus limites. Uma argumentação boa é uma argumentação tanto eficaz quanto honesta.

Quando isso não é cumprido, diz-se que a argumentação é sofista. Nesse sentido, é famosa a crítica de Platão aos sofistas. Segundo essa objeção “[o] exemplo torna-se sofístico quando dele se extrai uma conclusão que ultrapassa o que ele mostra, quando se 'extrapola' do particular ao universal' (REBOUL, 2004, p. 101)”. Em que pese a conclusão da argumentação sempre ser maior que suas premissas, disso não decorre que ela, necessariamente extrapolará um limite. Esse limite é dado pela transparência – a partir da qual “o ouvinte [se torna] consciente ao máximo dos meios pelos quais sua crença está sendo modificada (REBOUL, 2004, p. 104)” - e pela reciprocidade – aqui entendida como o contraditório, “a simetria de relação entre o orador e o auditório (REBOUL, 2004, p. 104)”.

As figuras de retórica, cuja função argumentativa serve para fundamentar certo juízo sintético, não serão aqui explicitadas de forma pormenorizada. A base já foi dada quando falamos da metáfora e da metonímia.

Saliente-se, agora, que essas figuras servem de base para as perguntas sugestivas, na medida em que não há como ter uma pergunta sugestiva sem se apelar para certa figura de retórica. Em outras palavras, a definição da pergunta a ser feita passa, necessariamente, por algum artifício – bom ou não – que, de alguma forma, modifique o seu sentido mais aproximado da demonstração que, por sua vez, em tese, é o ideal para a busca da verdade.

Assim, em um primeiro momento, mais do que essas figuras, deve ser entendido o contexto em que elas são feitas, tendo em vista que a própria elocução

é parte da retórica. Nesse sentido, os tropos e os esquemas gerativos são “[torneios] de linguagem [nos quais] o argumento e aquilo que dele decorre formam uma única resposta (MEYER, 2007, p. 82)”. Assim, a retórica – por lidar com a identidade e a diferença precisa das figuras para acentuar e criar uma, deixando a outra de lado e eliminando-a (MEYER, 2007, p. 82)”.

Com Perelman, chama-se a atenção para o fim dessa retórica e de todo esse processo. O raciocínio judiciário visa a solução autorizada de uma controvérsia, na qual “argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados (2000, p. 184).

Essa é a visão geral da retórica no processo. Dado isso, passarei à visão da retórica na produção da prova testemunhal.

Como se utiliza a retórica na produção da prova testemunhal? Vimos já que os esquemas gerativos conduzem raciocínios e constroem narrativas. Isso é feito pela denúncia, quando se narram os fatos; pela resposta à acusação, quando se narra a versão da defesa e assim por diante, ao longo de todo o processo penal. Assim, nada obsta que essa narrativa seja complementada na produção da prova testemunhal, através da retórica.

A retórica na produção da prova testemunhal é limitada pelo art. 212 do Código de Processo Penal. Segundo ele, 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. Com isso, afastou-se o sistema tradicional de produção da prova testemunhal, importando-se, em parte, o procedimento norte-americano, pelo qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. A inobservância desse artigo gera uma nulidade absoluta, como será explicitada em capítulo posterior.

Apenas como observação, “[essa] disposição é fundada na concretização das normas constitucionais relativas ao sistema acusatório [...], que determinam um distanciamento do juiz das funções de acusação, dentre as quais se inclui o ônus da prova de acusação (ÁVILA, 2012, p. 23)”. Veja-se que, nesse caso, o distanciamento não implica completo afastamento. Essa hipótese, inclusive, mostra-se contrária ao devido processo, na medida em que não impõe limites à atuação das partes, o que, tendo em vista a falibilidade do testemunho, por exemplo, não é adequado.

Estabelecidos esses limites da atividade retórica, vemos que eles se dividem em três: a impossibilidade de indução à resposta, o necessário nexó com a causa e a vedação à repetição de pergunta já respondida.

Essa última já foi abordada anteriormente. A repetição de pergunta já respondida nada mais é do que o estabelecimento reiterado de um juízo já dado como analítico.

Quanto ao segundo limite, ele é infeliz, pois se mostra por demais aberto. Isso porque a relação com a causa é característica do testemunho, e não da pergunta que é feita. Outrossim, a relação com a causa pode ser expressa através de uma sequência de perguntas, ainda que, separadas, não se mostrem relacionadas.

Por exemplo, pensa-se na seguinte sequência de perguntas, feita a uma testemunha que, à noite, presenciou uma violação de sepultura (art. 210 do CP): (i) “a senhora enxerga bem?”, (ii) “a senhora usa óculos?”, (iii) “a senhora, ainda que sem óculos, à noite, conseguiu visualizar o acusado no local?”. Veja-se que as duas primeiras perguntas em nada se relacionam, à primeira vista, com a causa. Todavia, a partir do raciocínio conduzido por quem pergunta, vê-se que ela faz parte de um todo que, por sua vez, relaciona-se com a causa.

Da mesma forma, pode-se perguntar se a testemunha é pobre ou rica, como ela conhece o acusado, ou, até, qual o motivo de ela estar ali (QUINTILIANO, 1916, p. 246). Isso tudo diz respeito à credibilidade da testemunha, acima mencionada.

Quanto ao terceiro limite, ele será abordado nos capítulos seguintes, tendo em vista que é o foco desse trabalho. Dessa forma, vê-se que o campo para a atividade retórica na produção da prova testemunhal é bem amplo.

Quintiliano já expôs as posições usuais na produção da prova testemunhal. Se se sabe que o testemunho a ser dado é contrário ao acusado, o acusador deve proceder de forma que “não se faça conhecer a sua predisposição, não o perguntando diretamente o que se pretende averiguar [...] dando a entender que as conclusões a que se chegou se dão por força do próprio testemunho” (1916, p. 242). Ao contrário, o advogado, considerando a predisposição da testemunha, deve “perguntar de maneira dissimulada, de forma que a testemunha não suspeite o que o advogado pretende fazer” (QUINTILIANO, 1916, p. 245). Dessa forma, a testemunha fornecerá a sua representação dos fatos. Nesse sentido, é conhecida a máxima segundo a qual não devemos fazer perguntas para as quais não saibamos as respostas.

Vale salientar que essa atividade, por vezes, torna-se tão importante quanto a prova científica que é trazida a julgamento. A extensa, tediosa e complexa prova pericial estruturada para demonstrar certa fraude e para se caracterizar certo crime falimentar, por exemplo, muitas vezes tem menos valor do que um testemunho segundo o qual um funcionário afirma que o representante da empresa tinha ciência da possível fraude aos credores.

Todavia, cabe aqui uma visão mais cautelosa. Não é porque o campo da retórica na produção da prova testemunhal é amplo que devemos provar tudo que pode ser provado. Torna-se prática fastidiosa e protelatória perguntar o que já foi explicitado por outras provas, pelas quais o juiz já está persuadido. Afinal, “provar elementos evidentes [que possuem um alto valor demonstrativo, portanto] é o mesmo que iluminar a rua ao meio dia (QUINTILIANO, 1916, p. 282)“.

Os limites das perguntas sugestivas, a partir de uma visão teleológica, existem, considerando que elas produzirão testemunhos que são menos precisos e menos completos do que aqueles obtidos por perguntas não sugestivas. Da mesma forma, essas perguntas que induzem a resposta, se aliadas a um ambiente confortável, produzirão um maior número de erros (MARSHALL; MARQUIS; OSKAMP, 1970-1971, p. 1621). Esse ambiente confortável, por sua vez, pode ser induzido, na medida em que aquele que pergunta à testemunha tenta estabelecer algum vínculo com ela, deixando-a mais aberta ao diálogo.

Certamente, com esse trabalho, não se pretende expurgar a retórica do processo. Caso esse fosse o fim defendido, basta-se que se faça a entrevista cognitiva. Aqui, pretende-se pesquisar e oferecer uma resposta a como equilibrar esse viés retórico com a necessidade de se buscar a verdade no processo penal.

3.2 AS PERGUNTAS SUGESTIVAS

Explicitado todos os temas em torno das pergunta sugestiva, cabe, agora, conceituá-las, de forma a concretizar o exposto pelo art. 212 do CPP. Quanto a isso, de nada adianta uma norma infraconstitucional sem o mínimo de subsídio doutrinário para a sua aplicação. É com o intuito de se contribuir para esse fim que se trata desse assunto aqui.

Assim, neste capítulo, falar-se-á do que se entende por pergunta sugestiva, como ela pode ser utilizada no contexto processual e, para fins didáticos, procurar-se-á estabelecer suas utilizações mais usuais. Esse é o cerne do trabalho.

Em 1924, um magistrado paulista já escreveu sobre as perguntas sugestivas. 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 (CARVALHO, 1924, p. 68)”. Diz-nos, ainda, que “certos inquiridores não se limitam a forçar a memória da testemunha e lançam perguntas concebidas de tal forma que colocam o depoente na necessidade de optar por uma de duas hipóteses que lhe são apresentadas, assim como dirigem outras que levam implicitamente a testemunha a aceitar como verdadeiros certos fatos” (CARVALHO, 1924, p. 69). Por fim, seguindo ainda o que esse magistrado disse, as perguntas sugestivas vão além do que é enunciado através de palavras: “o efeito sugestivo de certas perguntas [...] é muitas vezes aumentado pela entonação do inquiridor, pelo gesto, pela mímica de que elas são acompanhadas” (CARVALHO, 1924, p. 69).

Mittermaier, por sua vez, afirma que essas perguntas são reprováveis. Afinal, tendo em vista o contexto da oitiva, a testemunha “muitas vezes compreende mal a pergunta que lhe é feita, e responde contra a verdade, querendo sinceramente responder ao que julga que lhe foi perguntado (1917, p. 434)”. Arremata dizendo que “[importa] muito, para julgar o valor do testemunho, conhecer o texto e a substância da pergunta”.

Como regra, a técnica para se perguntar às testemunhas é conduzir a narrativa por meio de pequenas perguntas, cujas respostas se limitem a sim ou a não, considerando que respostas a perguntas abertas podem acabar por tornar falsa a narrativa que se quer construir (WALTON, 2008, p. 259). Essas perguntas podem ser objeto de indeferimento por parte do magistrado. Da mesma forma, perguntas compostas também podem ser. O problema com ambas que “elas podem não permitir à testemunha que cumpra sua função de dizer a verdade [...]” (WALTON, 2008, p. 260).

Assim, de forma ampla, uma pergunta sugestiva – ou, nos termos do CPP, uma pergunta que possa induzir a resposta - é aquela que sugere a resposta para a testemunha (WALTON, 2008, p. 262). Em outras palavras, a pergunta sugestiva é aquela que sugere à testemunha, antes que a pergunta seja respondida, qual a resposta preferida por quem pergunta.

Assim, aqui, o verbo sugerir não diz respeito a uma recomendação do tipo “sugiro que você vá neste restaurante”. A utilização desse verbo se dá para nos informar que a sugestão que é feita não corresponde a um juízo analítico (ou a premissas já estabelecidas), mas sim a uma hipótese de quem pergunta.

Especificando-se um pouco, uma pergunta sugestiva pode ser definida como uma pergunta que ou sugere a resposta que se quer ou assume certa versão de um fato controverso como verdadeira (COURT OF APPEALS OF TEXAS, 1996). Isso ajuda a construir um conceito um pouco melhor estabelecido.

Esse é um artifício que, na pior das hipóteses, confunde a testemunha. Isso pode ser atingido de várias formas. Por exemplo, pode-se usar termos especificamente jurídicos, com os quais a testemunha não tenha familiaridade.

Pode-se, também utilizar a forma negativa – ou até uma dupla negativa - (SIMON, 2012, p. 183), como, por exemplo: “a senhora não viu o réu no local do crime, não é mesmo?”

Mas o que é sugerir a resposta para testemunha? Vale precisar essa ideia. A título de exemplo de perguntas sugestivas, imaginemos que uma das partes faça a seguinte pergunta à testemunha: “O réu continua batendo na sua mulher?”. Essa é uma pergunta sugestiva, que serve para induzir a resposta da testemunha, por dois motivos.

O primeiro diz respeito à locução verbal empregada (continuar batendo). Ela parte de uma premissa segundo a qual é dado como verdade que o réu batia em sua mulher. Isso está contido na definição de perguntas sugestivas que foi dada acima.

O segundo motivo se refere à palavra “sua”. No contexto, pode-se entender que a mulher ou é esposa da testemunha ou é esposa do réu. Tratando-se, hipoteticamente, de um fato isolado, no qual o réu efetivamente agrediu sua esposa, não há problema. Agora, pensemos em um ambiente familiar, no qual muitas pessoas convivam e no qual haja um histórico de situações de violência doméstica. A questão se torna mais complexa.

Posso expandir um pouco mais o exemplo. Imaginemos que se trata de um promotor questionando a testemunha. Nesse caso, certos detalhes podem mudar a visão da testemunha e até incentivá-la a exagerar no que foi relatado. Como, por exemplo, pode-se fazer a seguinte pergunta: “O réu, que passa o dia longe de sua família e só volta para casa à noite, depois de ter passado no bar, continua batendo na esposa, vítima, que após passar o dia cuidando da casa, ainda tem de aguentar isso?”.

Da mesma forma, um advogado do acusado pode perguntar à testemunha se o réu, que passa o dia trabalhando para o sustento da família, que se estressa ao ter de passar horas no ônibus voltando para casa, que passa no bar para comprar os alimentos de sua família, chegou, um dia sequer, a levantar a voz para a sua esposa.

Uma constatação interessante que esses exemplos trazem é que, usualmente, a resposta a essas perguntas podem ser dadas com sim ou com não. Essa é outra característica das perguntas sugestivas, quando se vê que aquele que pergunta apenas traz a sua versão e busca na testemunha apenas uma confirmação.

Extrapolando-se isso, a seguinte pergunta pode ser formulada: “Por favor, diga tão somente se você viu o réu receber cinco mil reais referentes à compra de uma Ford EcoSport de origem ilícita.” Provavelmente, a resposta, dado o nível de detalhes que se busca a confirmação, seria parecida com o seguinte enunciado: “Não, eu não vi o réu receber cinco mil reais referentes à compra de uma Ford EcoSport de origem ilícita”. Nesse diálogo, aquele que perguntar quer muito mais fazer constar a sua versão dos fatos do que perguntar à testemunha o que ela sabe. Busca, na testemunha, apenas um meio para veicular a sua narrativa.

Assim, as seguintes características são elementos de uma pergunta sugestiva. Elas são formuladas de forma confusa. Elas trazem, em si, a resposta. Elas pressupõem enunciados debatíveis. Elas, normalmente, tem como resposta ou sim ou não. Elas, por óbvio, podem ser variadas, não precisando, necessariamente, contar uma pergunta com todas elas.

Ainda, a prevalência da persuasão em relação à demonstração é o elemento fixo que as define. Com isso, não se quer dizer que se adota uma visão demonstrativa da atividade probatória. Como visto nos capítulos referentes à busca da verdade e à prova, o direito à prova e os limites à busca da verdade, a demonstração nada mais é do que um argumento demonstrativo, fundado na estrutura do real. Assim, não se nega que se possa demonstrar para persuadir, mas se afirma que a pergunta sugestiva mostra-se muito mais persuasiva do que demonstrativa.

Utilizando-se do vocabulário exposto no capítulo atinente às testemunhas e aos testemunhos, uma pergunta sugestiva pressupõe um juízo analítico (ou premissa) que não é aceito como verdade pelo auditório – por aqueles que participam do diálogo -, e, a partir dele, estabelece juízos sintéticos. Termina o capítulo com uma definição mais precisa de pergunta sugestiva (ou de pergunta que

pode induzir a resposta). A pergunta sugestiva é aquela que persuade a testemunha a enunciar conteúdos que corroborem a narrativa processual de quem pergunta, a partir de juízos sintéticos.

3.3 A FORMA JURIDICAMENTE CORRETA DE SE PERGUNTAR

Neste capítulo, será definida a forma juridicamente correta para se perguntar, de forma a se evitar perguntas sugestivas. Outrossim, abordarei outras formas de perguntar que não definem uma boa atuação do advogado ou do promotor. Em que pese não haver vedação para algumas dessas formas, devem elas serem mencionadas, na medida em que se pretende, com esse trabalho, tangenciar certo aspecto prático.

Já foi dito que, idealmente, as perguntas feitas são feitas para se apreender a verdade e não para tornar o falso verdadeiro (WALTON, 2008, p. 229). Todavia, essa visão incorre em um erro: ela pressupõe que quem pergunta sabe, exatamente, qual é a verdade. Na maior parte das vezes, não é isso que ocorre, pois, afinal, os atores do jogo processual não possuem todas as informações de antemão. Pode-se dizer, até, que essa visão é, em si, sugestiva.

É bom lembrar que o processo penal, se enquadrado na teoria dos jogos, caracteriza-se como um jogo dinâmico de informação incompleta. Por ele, é preciso “entender que tipo de jogador se está enfrentando e qual o julgador a quem se dirige a informação do jogo (ROSA, 2013, p. 18)”. Nesse contexto, idealmente, a pretensão de verdade e de conhecimento anterior deve ser buscada, todavia, não é ela absoluta. Afinal, “por mais que a tese acusatória ou defensiva esteja antecedentemente posta, no decorrer, diante dos significantes probatórios envolvidos [...], cabem novos desígnios (ROSA, 2013, p. 14)”.

O que se precisa salientar, para se definir uma forma juridicamente correta de se perguntar é que aquele que pergunta tome como premissa que a testemunha fala e falará aquilo que ela tem certeza. Aquele que pergunta também tem de ter em mente o fim de se perguntar.

Por óbvio, buscar informações não é o único fim da oitiva testemunhal. Caso fosse esse o fim, adotaríamos a entrevista cognitiva (que não é uma resposta

adequada às premissas que estabelecemos nos capítulos anteriores) e o modelo inquisitivo, alheio ao contraditório.

O fim da oitiva testemunhal é buscar informações da testemunha que possam servir para que o juiz elabore um juízo de fato fundamentado em argumentos racionais. “Essa informação não é nem conhecimento, nem verdade, [mas] deve ser suficientemente confiável, [que possa] ser testada, [...] posta à prova e criticada, de forma que argumentos contrários e favoráveis possam ser revelados (WALTON, 2008, p. 230)”.

Assim, o objetivo vai além de estabelecer os fatos objeto da discussão. “Esse propósito serve para que se subsidie o diálogo crítico, que é o principal tipo de diálogo em um processo (WALTON, 2008, p. 231)”.

Outrossim, para se estabelecer a forma correta de se perguntar, é importante que se note que a oitiva testemunhal não é um interrogatório. Um interrogatório é um diálogo com a prevalência de um lado: no caso, daquele que pergunta.

Um interrogatório pressupõe certos elementos que dão a unilateralidade do diálogo. Ele, não exaustivamente, caracteriza-se por perguntas que podem ser respondidas com sim ou com não, pela necessidade de se dar explicações a quem pergunta, pela necessidade de não se contradizer (tendo de responder a pergunta), e, principalmente, pelo fato de não se poder contra-argumentar (WALTON, 2008, p. 234). Em síntese, a posição do interrogado é muito mais limitada do que a posição em que se coloca a testemunha.

Ao contrário disso, o art. 212 do CPP estabelece que as perguntas serão formuladas pelas partes. Isso é o mesmo que dizer que ambas as partes perguntarão, não só uma delas, nem só o juiz.

No outro extremo disso, temos o uso de artifícios e de argumentos falaciosos para influenciar a visão do magistrado. Utilizando-se dos termos de Platão, podemos chamar isso de um argumento sofístico.

Então, para qual lado pende a forma juridicamente correta de se perguntar? Pesando os valores que informam cada lado, penso que a forma correta de se

perguntar se aproxima a esse último extremo. Isso se dá pois o sistema conta com formas de se mitigar eventual extrapolação da forma correta de se perguntar.

Como visto no capítulo atinente ao processo penal, ainda que o art. 212 traga elementos adversariais, há garantias que limitam esses elementos. Cite-se, como exemplo, a necessidade de uma defesa técnica efetiva, bem como a própria atuação do magistrado na produção probatória. Outrossim, esse sistema conta com outros benefícios, tais como a contraposição de versões e a legitimação democrática do procedimento.

Outrossim, de forma ampla, com isso legitima-se o direito ao confronto, que “é um elemento essencial e fundamental para o processo justo, que é um dos objetivos constitucionais desse país (MARCUS; WILSON; ZIMMERMAN, 2014, p. 265)”. Afinal, em uma discussão fundada no contraditório, deve-se permitir que as partes contra-argumentem o que foi dito. Afinal, “[cada] lado deve trazer sua versão e questionar os argumentos da outra parte. Ambos os lados devem ser livres [e devem] ativamente participar da argumentação (WALTON, 2008, p. 237)”.

Deve-se, todavia, evitar certos usos disso. Em específico, citarei três formas de utilização que não levam a uma forma correta de se perguntar: descobrir, evitar críticas e satisfazer o ego. Vamos por partes.

Aquele que pergunta não se deve surpreender com a resposta que foi dada. Assim, repete-se a máxima já exposta: não se deve fazer perguntas para as quais não se sabe a resposta. As perguntas devem ser feitas para expor mentiras e desvelar a verdade, não para descobri-la. Afinal, “o processo é um exercício para revelar interpretações concorrentes da verdade para quem julga, que, então, entre essas, escolherá uma versão (CLARK; DEKLE SR.; BAILEY, 2011, p. 26)”.

Outrossim, por vezes, perguntas são feitas por motivos alheios ao processo. Por vezes, são feitas para impressionar clientes, ou, também, para evitar críticas. Nesses casos, ou se faz da audiência um palco, ou uma experiência entediante. “[Esses casos] são como uma história contada por um idiota. Evite isso a todo custo (CLARK; DEKLE SR.; BAILEY, 2011, p. 26)”.

Por fim, perguntas podem ser feitas apenas para o efeito de se fazer perguntas. Afinal, de que serve tirar a credibilidade e envergonhar a testemunha

que, com o seu testemunho, em nada afetou o caso? A utilidade disso é nula. Em tempos contemporâneos, isso é aumentado pela presença da mídia, que “pode induzir a uma perda de controle, em detrimento da credibilidade do advogado (CLARK; DEKLE SR.; BAILEY, 2011, p. 27)”.

Tendo isso em vista, pode-se definir a forma correta de se perguntar. Para tanto, deve-se, antes, abordar o que é dito a respeito da entrevista cognitiva e definir se ela é, ou não, uma forma juridicamente correta de se perguntar.

“O objetivo primordial da entrevista cognitiva é a obter informações quantitativas e qualitativamente superiores às dos interrogatórios tradicionais (GESU, 2014, p. 202)”. Esse processo é dividido em quatro etapas: reinstaurar o contexto, informar tudo, mudar a perspectiva e alterar a ordem. “A entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas [...], diminuindo os riscos de criação de falsas memórias ou indução de respostas (GESU, 2014, p. 202)”.

Ainda, “o principal objetivo [da entrevista cognitiva] é obter melhores depoimentos, ou seja, ricos em detalhes e com maior quantidade e precisão de informações (STEIN, 2010, p. 210)”. A entrevista cognitiva, enfim, “[mostrou-se] mais eficaz na produção de informações juridicamente relevantes com alto grau de precisão em comparação a uma entrevista padrão (STEIN, 2010, p. 212)”.

Com isso em vista, sugere-se que “entrevistador deve estar atento para seguinte regra: dar sempre prioridade para as perguntas abertas, baseadas nas informações já relatadas pelo entrevistado, em detrimento [de perguntas] fechadas (STEIN, 2010, p. 221)”. Arremata, afirmando que “o entrevistador deve conduzir a etapa de questionamento de modo que suas indagações façam uma espécie de afunilamento (STEIN, 2010, p. 221)”.

Com essa visão, não se concorda. A entrevista cognitiva não é contemplada na fase de oitiva testemunhal no processo penal brasileiro. Primeiro, pelo art. 212 do CPP, que só prevê a forma que não se deve perguntar, nada falando sobre a forma que se deve perguntar. Também, pelo art. 213, que limita apreciações pessoais.

Caso, ainda assim, o advogado queira adotar essa postura e ser um entrevistador que segue essa visão, na prática, não há nenhum óbice. Todavia,

estará ele alheio à dimensão retórica da produção da prova testemunhal, como anteriormente estabelecido.

A oitiva testemunhal não é um interrogatório. Não é, também, uma mídia para interesses dos procuradores. Por fim, não é um campo de entrevistas. É um momento de produção de prova que, dentro do limite (negativo) estabelecido pelo ordenamento jurídico, pode-se persuadir e construir a narrativa e os fatos objetos do processo.

Assim, vê-se a forma juridicamente correta de se perguntar pelo seu viés negativo. Ou seja, o ordenamento jurídico nos mostra muito mais a forma juridicamente incorreta de se perguntar. Não devemos fazer perguntas que possam induzir a resposta, não devemos repetir perguntas e não devemos elaborar perguntas irrelevantes. Idealmente, evitar essas perguntas é pedir muito para uma das partes, mormente quando se trata do processo penal e da liberdade de um indivíduo.

Excetuando-se isso, qualquer pergunta é válida. A entrevista cognitiva, por sua vez, trata-se de mera recomendação, que não conta com nenhuma pretensão de validade jurídica.

Deve-se ressaltar, por fim, que um meio mais efetivo de controle dessas perguntas – para além da entrevista cognitiva – é a participação do magistrado. Cabe lembrar que a norma prevista no art. 212 do CPP diz, justamente, que o juiz pode participar da produção da prova testemunhal – e isso nada diz com a sua imparcialidade.

Isso ocorre porque a prova é tanto uma oportunidade de defesa como uma atividade destinada a convencer o juiz. “Sendo assim, parece razoável que todos os atores implicados na prova, o juiz e as partes, possam participar dela (FENOLL, 2010, p. 187)”.

Apenas se deve salientar que essa participação deve estar, de antemão, prevista, não importando em surpresa ou em iniciativa desprovida de fundamentos para as partes. O parágrafo único do art. 212 é elucidativo, tendo em vista que afirma que “[sobre] os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. Disso, todavia, falar-se-á no capítulo seguinte.

3.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Nesse capítulo, foi dada a base teórica para se entender uma pergunta sugestiva e, também, para se entender como ela se insere no jogo processual. Isso foi feito a partir da constatação do espaço para a retórica no campo processual e do conceito de pergunta sugestiva.

Após, foi dada a forma juridicamente correta de se perguntar, abordando-se, ao mesmo tempo, tópicos que tangenciam o tema e que consolidam uma prática forense positiva.

Quanto à retórica, ela foi tratada em âmbito geral no processo e, em específico, no que ela se refere à produção da prova testemunhal. Essa explicação se deu graças à constatação de que, para que se demonstre algo, no âmbito processual, a argumentação se faz necessária. Afinal, o Direito não se assemelha a uma ciência natural que contempla enunciados absolutamente verdadeiros e falsos.

Tudo isso tem por base a constatação de que, na prática, as premissas sobre as quais se baseiam os enunciados de um processo são, no máximo, verossímeis, remetendo-se, aqui, ao conceito de verdade utilizado no primeiro capítulo. Essas premissas verossímeis, na linguagem de Perelman, são os acordos pressupostos do auditório, sobre os quais se fundamenta a argumentação.

Esses acordos, na linguagem da semiótica, são juízos analíticos, que, de forma exagerada, nada mais são do que pleonasmos. Eles são as convenções que tomamos por certas – verdadeiras ou falsas – na prática argumentativa. Esses juízos analíticos se diferenciam dos juízos sintéticos que atribuem novas características – enunciam novos predicados – a enunciados já estabelecidos.

Especificamente, afirmei, em relação à produção da prova testemunhal, que ela deve buscar a formação de juízos sintéticos, a partir de juízos analíticos, em um verdadeiro encadeamento. É tarefa do acusado e do acusador construir esses juízos sintéticos, a partir da mediação da testemunha e de seu testemunho.

Essa construção se dá, principalmente, através de artifícios retóricos, limitados pela boa argumentação, que conta, todavia, com o perigo de cair em

sofismas. Esses artifícios, na maior parte das vezes, são figuras de linguagem. Podem, todavia, tratar-se de gestos, de diferentes tons de voz, de imagens, e assim por diante.

Legalmente, essa boa argumentação também é limitada pelo art. 212 do CPP. Segundo a sua norma, é vedada a construção de perguntas sugestivas. Esse dispositivo, além de, primariamente, dispor que é tarefa predominante da parte perguntar, traz a atuação positiva do magistrado na condução da oitiva testemunhal.

Esse artigo limita a pergunta sugestiva, tendo em vista que a resposta a essas perguntas não possuem uma correspondência com a verdade. A resposta à pergunta feita de forma sugestiva é eivada de erros, os quais, muitas vezes, nem são percebidos por aquele que a responde. Assim, a limitação à pergunta sugestiva é uma das formas de se privilegiar a busca da verdade, considerando que respostas inverossímeis são inadmissíveis em um processo penal.

Após isso, foi dado o conceito de pergunta sugestiva, a partir de como, usualmente, é conduzida a oitiva testemunhal. Na maior parte das vezes, é comum que se façam perguntas simples, cujas respostas se limitem a sim ou a não, de forma a introjetar, na narrativa da testemunha, a narrativa da parte. Outrossim, essas perguntas, por vezes, mostram-se complexas, contando, inclusive, com negativa dupla, de forma que a testemunha fique confundida.

Assim, a pergunta sugestiva é aquela que, antes de ser respondida, sugere à testemunha qual a resposta que deva ser dada. Em específico, é, também, uma pergunta que toma como premissa verdadeira certo aspecto que ainda esteja sendo discutido. Em outras palavras, é uma pergunta que parte de um juízo sintético para se formular outro juízo sintético. Portanto, a pergunta sugestiva, como regra, é formulada de forma confusa. Ela traz, em si, a resposta. Ela pressupõe premissas debatíveis. Ela conta, normalmente, com respostas meramente positivas ou negativas.

Por fim, foi feita referência à forma juridicamente correta de se perguntar, de forma a se evitar essas perguntas sugestivas. Tomo como ponto de partida a premissa de que quem fala – e o que será falado – seja enunciado com certeza,

para que, na medida do possível, busque-se apreender a verdade e não se tente transformar o falso em verdadeiro.

O que é enunciado pela testemunha tem o fim de fundamentar o juízo de fato do magistrado, privilegiando-se, sempre, o contraditório e a construção dialógica dos fatos sob julgamento. Assim sendo, não se pode afirmar que o objetivo da oitiva testemunhal é tão somente definir os fatos que são julgados. Ela conta, também, com um aspecto que abre espaço ao contraditório e ao jogo processual. Por isso, ela não pode ser considerada nem um interrogatório, nem uma entrevista.

Tendo em vista o que a legislação brasileira dispõe a respeito – bem como certos aspectos éticos da profissão advocatícia brasileira -, deve-se entender que a forma juridicamente correta de se perguntar muito mais se mostra por um aspecto negativo do que positivo. Em outras palavras, é mais correto falarmos em vedações a perguntas do que a uma forma ideal de se formular uma questão.

Em específico, três usos que não devem ser feitos são mencionados. O primeiro, diz respeito à descoberta de novos fatos; o segundo, ao relacionamento com a parte; o terceiro, à satisfação do ego.

Não se deve perguntar de forma a se surpreender com a resposta dada. Antes de se perguntar, é ideal que já se tenha uma narrativa processual iniciada, de forma que a testemunha e o que por ela é enunciado reforce esse fator – e não o inove.

Em relação à parte, o que foi dito muito mais se relaciona com a postura do advogado. Não se deve perguntar para satisfazer clientes – ou para se evitar suas críticas. Afinal, isso pode ter reflexos não só no relacionamento com o cliente, mas também no relacionamento com o magistrado e na forma como ele – ou não – persuadido da versão apresentada.

Em relação à satisfação do ego, não se deve perguntar de forma a embaraçar e a humilhar a testemunha. Deve-se limitar, afinal, à utilidade da oitiva testemunhal: fortalecer a narrativa apresentada, desvelando, na medida do possível, a verdade.

4 O TRATAMENTO JURÍDICO DAS PERGUNTAS SUGESTIVAS

Neste capítulo, falarei de como se concretiza, no ordenamento jurídico, o que até aqui foi demonstrado. É a síntese do exposto nos quatro capítulos anteriores, com o qual pretendo, trazer observações processuais a todo o conteúdo acima passado. Lembro, ainda, que, para tanto, valemo-nos de exposições de princípios e garantias constitucionais que também dão fundamento a vedação estabelecida.

Dessa forma, há dois institutos importantes que devem ser analisados: as *leading questions* e a inutilizabilidade. Para que o presente trabalho seja efetivamente científico e contribua, na medida do possível, com a ciência jurídica, soluções devem ser apresentadas. É o que farei na última parte deste capítulo. Ao tratar da atividade probatória em específico, proporei a resposta jurídica – brasileira - ao problema das perguntas sugestivas. Ao tratar do efeito sobre o ato processual, proponho que, feita a pergunta sugestiva, ao arrepio do critério de admissão da prova, como exposto no terceiro capítulo, outra solução não há que a decretação de sua nulidade absoluta, pela impossibilidade de se aproveitar qualquer parte do testemunho dado, como exposto no capítulo anterior, pela coerência narrativa.

Tem-se, aí, a divisão básica do capítulo: as *leading questions*, a inutilizabilidade, e o tratamento brasileiro das perguntas sugestivas. Esse capítulo é eminentemente jurídico, com um bom propósito: fazer prevalecer as garantias do processo penal frente aos valores que com elas se imbricam. Sob outro viés, é, inclusive, uma explicitação do necessário rigor a ser observado quando se trata de buscar a verdade.

Com isso, pretendo demonstrar que o limite exposto no art. 212 é juridicamente fundamentado e argumentar a favor das formas corretas de cumprir o exposto no artigo, sob o ponto de vista do acusador, do acusado e do juiz.

4.1 AS LEADING QUESTIONS

Neste capítulo, será abordada a forma como o direito norte-americano lida com as perguntas sugestivas, a título de exemplo e de comparação. Lá, o fenômeno que até aqui foi descrito, é referido como *leading questions*.

As *leading questions* são objeto de normas tanto estaduais quanto federais. Em específico, elas são tratadas na *Rule 611* das *Federal Rules of Evidence* (FRE).

São normas que tratam do exame cruzado, de maneira mais exaustiva do que a explicitada por nosso legislador.

Lá, como regra, é dado o poder de exercer controle razoável sobre a forma e a ordem em que as testemunhas são examinadas e sobre a forma e a ordem em que as provas são apresentadas. A finalidade disso é tornar o procedimento eficaz para a determinação da verdade, evitar a perda de tempo e proteger a testemunha de assédio e de embaraços.

Ainda, os questionamentos devem se ater ao objeto do processo e à credibilidade da testemunha. Outrossim, é permitido que o órgão julgador questione a testemunha, em relação a outros assuntos, como também é permitido no sistema esboçado pelo art. 212 do CPP.

Em específico, as *leading questions* não devem ser usadas no exame direto. Portanto, como regra, são elas permitidas no exame cruzado e no que se tratar de testemunhas hostis.

Estabelecer todas as regras para disciplinar o modo e forma de interrogar testemunhas não é desejável nem viável. A responsabilidade final para o funcionamento eficaz do sistema cabe ao juiz. Essas regras estabelecem os objetivos que ele deve procurar atingir.

Reafirma-se, em termos gerais, com essas regras, o poder e a obrigação de o juiz bem guiar a audiência. Afinal, muitas das perguntas que surgem durante o curso de um julgamento só podem ser resolvidas pelo magistrado, tendo em conta as circunstâncias particulares de cada caso, de cada pergunta e, enfim, da narrativa a ser construída.

Quanto à perda de tempo, vê-se que ela foi reproduzida no art. 212 do CPP e, da mesma forma, na *Rule 403* das *FRE*. Segundo essa, “pode-se excluir provas relevantes se o perigo de preconceito injusto, de confusão da matéria, de induzir em erro o julgador, de atraso injustificado, de perda de tempo e de repetição de prova pesa mais que seu valor probatório”.

Vale lembrar, quanto ao indevido assédio e embaraço, o que foi definido, em *Alford v. United States* (UNITED STATES SUPREME COURT, 1931), segundo o

qual o exame cruzado é matéria de direito. Isso é importante, pois fundamenta a visão da inadmissibilidade da pergunta sugestiva. Nesse caso, julgava-se se a pergunta “onde você vive?” é um questionamento pertinente a ser feito à testemunha. Foi decidido que “embora seja o dever da Corte proteger a testemunha de questionamentos que vão além dos limites [...] apenas para assediar, incomodar ou humilhar [a testemunha], não há dever de proteger a testemunha de ser descreditada [...]”. Em específico, no caso, a testemunha cumpria pena e, por isso, a resposta a essa pergunta seria “no presídio”. A pergunta, assim, foi feita para se desacreditar a testemunha, como dito.

Da mesma forma, ainda em relação a isso, vale mencionar o caso *Berger v. United States* (UNITED STATES SUPREME COURT, 1935), no qual a conduta de um *United States Attorney* foi veementemente criticada, na medida em que ele “ultrapassou os limites de justiça que devem caracterizar a atuação de um servidor público”. A Corte o considerou culpado de deturpar os fatos no questionamento de testemunhas. Relatou, também, que ele “[colocava] palavras na boca das testemunhas; [sugeria] que testemunhas relataram fatos a ele fora do processo; [assumia] como verdadeiros fatos controversos [...]” Enfim, em geral, ele se comportava de maneira imprópria e indecorosa, assediando e embaraçando a testemunha.

Quanto ao momento no qual essas perguntas sugestivas são aceitas, de início, pode-se parecer estranho vedá-las no exame direto. É bom lembrar, nesse contexto que o exame cruzado se dá, justamente, dentro daquilo que é estabelecido, inicialmente, pelo exame direto. Todavia, essa disciplina é bem mais casuística do que regrada no sistema norte-americano, contado ele com casos nos quais as perguntas sugestivas são, sim, permitidas no exame direto. É bom lembrar. Também, que, de forma excepcional, elas podem ser utilizadas se a consequência de sua não utilização será a confusão, a complicação e a demora do caso.

O sistema norte-americano evita as perguntas sugestivas com a conhecida *objection*. Ela pode ser aceita – *sustained* – ou não – *overruled* -. Quando ela é aceita, àquele que pergunta é permitido que se refaça a pergunta. Caso se trate de reiterações de perguntas sugestivas, a advertência dada pela Corte já é suficiente para que aquele que pergunta corrija sua postura.

Em específico, no que tange as *leading questions*, a regra segue a visão tradicional de que a força de sugestão de um questionamento é tida como indesejável. Dentro dessa tradição, todavia, reconhece-se várias exceções: a pergunta sugestiva é permitida em relação à testemunha que é hostil, que não coopera, que se mostra tendenciosa e, também, em relação à testemunha criança ou ao adulto com problemas de comunicação, entre outras.

Como regra, a exclusão de provas se dá pela *Rule 403*, que acima foi transcrita. Segundo ela, “[a Corte] pode excluir provas pertinentes, se o seu valor probatório seja substancialmente inferior ao perigo de um ou mais dos seguintes procedimentos: preconceito injusto, confundir a matéria, enganar o júri, atraso injustificado, desperdício de tempo, ou se tratar de prova repetida”.

As hipóteses acima descritas trazem riscos de se trazer uma decisão injusta – tomada somente em bases emocionais, por exemplo -, bem como não trazer qualquer decisão – tendo em vista a demora injustificada -. Essas hipóteses, não exaustivas, refletem os valores por trás da regra, que servem de guia para se manejar situações nas quais regras mais específicas ainda não existam.

Outrossim, a vedação a perguntas sugestivas no exame direto se dá para que se evite que a testemunha apenas concorde com a visão proposta por aquele que pergunta – em vez de enunciar o ocorrido como se lembra. Por exemplo, perguntas que se iniciem muito mais com uma narrativa do que com um efetivo questionamento se adéquam a esse padrão.

Curiosamente, pode-se questionar de forma sugestiva policiais que, claramente, seguem a visão da acusação. Isso foi decidido em *United States v. Bryant* (UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT, 1972).

Burnis Bryant foi condenado pelo cometimento de crimes relacionados à venda de bebidas alcoólicas. Na audiência, o testemunho de agentes da *Alcohol, Tobacco, and Firearms Division of the United States Department of the Treasury* estabeleceu os fatos.

Nesse caso, à defesa foi permitido que se faça perguntas sugestivas a um agente do Estado ou a qualquer outra testemunha intimamente relacionada com o

interesse da acusação. Isso ocorre porque é presumível que a testemunha não cooperará com o questionamento feito pela defesa. Assim, é permitido que se induza a resposta dessas testemunhas, excetuando-se a situação na qual a própria acusação estabeleça que a testemunha não possua os mesmos interesses que ela.

As *leading questions*, fundadas na existência da *cross-examination*, mostram-se também como decorrência do direito ao confronto. “Esse direito ao confronto permite ao acusado que sonde a testemunha (MARCUS; WILSON; ZIMMERMAN, 2014, p. 265)”. Assim, como visto, restrições a isso podem ser objeto de exame de juízos superiores.

4.2 A INUTILIZABILIDADE

A inutilizabilidade se refere a duas características de um mesmo fenômeno. Primeiro, indica o vício que pode conter um ato ou um documento. Também, indica o regime jurídico ao qual o ato viciado é submetido: a sua inutilização para certo fim (que, no caso, é a decisão da causa).

Ela é uma invalidade que atinge o valor probatório do ato. É dizer que, do ponto de vista formal, o ato pode ser válido, “mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja, servir de fundamento para a decisão do juiz (ROSA, 2013, p. 165)”.

Ela pode ser ou absoluta, se o magistrado não puder se basear nela para fundamentar qualquer decisão, ou relativa, se há diferentes tipos de decisões que podem ser tomadas em relação a esse ato.

Em síntese, a inutilizabilidade é uma vedação à valoração. Outrossim, “a proibição idônea a gerar a inutilizabilidade é somente aquela prevista por uma norma processual (TONINI, 2002, p. 77)”. A inutilizabilidade, assim, é a consequência “que deriva do fato de ter sido adquirida uma prova com violação de uma proibição probatória (TONINI, 2002, p. 78)”.

Ela difere da nulidade – absoluta ou relativa -. Isso se dá porque “enquanto o juízo [de nulidade] é limitado ao caso em seu momento estático, a inutilizabilidade é o paradigma normativo que se refere a todo o procedimento probatório (DINACCI, 2008, p. 13)”.

No que aqui interessa, por exemplo, é vedada a utilização, “[até] mesmo com o consenso da pessoa interessada, [vedando-se] métodos ou técnicas idôneos a interferir na liberdade de autodeterminação ou a alterar a capacidade de memória e de valoração dos fatos (TONINI, 2002, p. 78)”. O *art. 188 do Codice di Procedura Penale* – Código de Processo Penal italiano (de agora em diante, denominado CPPI), no que tange a liberdade moral do indivíduo na produção da prova, dispõe exatamente isso.

De forma ampla, é uma forma de legitimação do procedimento. “A introdução de um limite geral de utilizabilidade do dado cognoscitivo revela a recepção de uma concepção legalista da condição de legitimidade do procedimento probatório (DINACCI, 2008, p. 15)”. Segundo esse, não só o resultado do julgamento é um fator autossuficiente de legitimação, mas também o modo pelo qual se produz essa verdade (DINACCI, 2008, p. 15).

Ela é um limite ao livre convencimento do juiz, que “não pode ser [sanado], porque o ato foi realizado por meio do exercício de um poder vetado pela lei processual (TONINI, 2002, p. 79)”. “Nesses casos, a inutilizabilidade torna-se uma espécie de ‘filtro’ dos elementos de prova que podem ser utilizados para os fins da decisão (TONINI, 2002, p. 81)”.

Ainda, no que tange a prova testemunhal em específico, o *art. 194 do CPPI* determina que a testemunha deva ser indagada sobre os fatos que constituem objeto de prova. Não se pode testemunhar sobre a moral do acusado, salvo se para qualificar a personalidade em relação à ofensa ou ao perigo que ele pode apresentar à sociedade.

Esse dispositivo permite, também, que se questione acerca da personalidade da própria testemunha, bem como da vítima. Essa última se dará no caso específico de o comportamento da vítima influir no fato que se está julgando.

A decisão legislativa para introduzir uma sanção específica, nesse contexto, revela uma vontade de ir além da tradicional dicotomia validade-invalidade do procedimento, “substituindo-a por uma mais extensa compreensão sobre a conformidade ou não-conformidade do ato com o regime legal, recompreendendo a deficiência que se tornará inutilizável (DINACCI, 2008, p. 8)”. A inutilizabilidade,

assim, “[alcança] a proibição de utilização de provas em espectro amplo, abrangendo tanto a ilegalidade intrínseca, bem como a deformidade na projeção de uso do conhecimento dado (DINACCI, 2008, p. 11)”. Esse último ponto é importante. A resposta à pergunta sugestiva, afinal, é justamente a deformação na projeção de um conhecimento.

Assim, o ato inutilizado continua a existir, mas é colocado “em um estado de paralisia que garante a improdutividade de um efeito cognoscitivo (DINACCI, 2008, p. 12)”. É o mesmo que dizer que ele impede a sua valoração – positiva ou negativa.

Outrossim, para a visão italiana de inutilizabilidade, não importa se o ato violou norma processual ou norma material. A generalidade e a falta de clareza do art. 191 do CPPI não nos afirma que se refira, taxativamente, ao processo, podendo-se, assim, falar em outros ramos do ordenamento jurídico (DINACCI, 2008, p. 63). Esse artigo é o que consagra a inutilizabilidade. Segundo ele, “provas obtidas com violação das proibições estabelecidas por lei não podem ser utilizadas”. Veja-se que se refere à lei, de forma ampla.

Em específico, o *art. 499* do CPPI dispõe sobre a audiência e sobre a produção da prova testemunhal, que se dará pelo exame cruzado. Nesse dispositivo, assim como no art. 212 do CPP, dispõe-se que “o presidente do órgão julgador tem a função de ‘assegurar a pertinência das perguntas, a genuinidade das respostas, a lealdade do exame e a exatidão das contestações’ (TONINI, 2002, p. 137)”.

Da mesma forma que ocorre no processo norte-americano, como acima demonstrado, são vedadas as perguntas sugestivas no exame direto. Conforme o mesmo *art. 499*, “[no] exame realizado pela parte que requer a oitiva da testemunha e [naquele] realizado em testemunha que tem interesse em comum, são proibidas questões que sugiram respostas”. Ao contrário, pode-se utilizar delas no contra-exame, “porque têm como escopo verificar a reação da testemunha, bem como fazer com que esta caia em contradição (TONINI, 2002, p. 138)”. Isso também é permitido no eventual reexame da testemunha.

Em síntese, segue-se a ideia segundo a qual “a prova capaz de resistir às sugestões é aquela com mais credibilidade (TONINI, 2002, p. 139)”. Tal definição se

baseia no fato de que quanto maior a dialética e o contraditório estabelecido, mais facilmente construir-se-á a verdade.

A inutilizabilidade, para o que interessa, mostra-se como um caminho alternativo à dicotomia nulidade absoluta – nulidade relativa. Ela, ao contrário dessas, não atinge a admissibilidade, mas sim a valoração, proibindo-a. Com isso, evita-se em falar de demonstração de prejuízo para se declarar a inadmissibilidade de uma prova que seria nula, relativamente. Vê-se que é uma proposta interessante, mormente quando se mostra impossível a demonstração de prejuízo, como é o caso das perguntas sugestivas. Desse tópico, todavia, falar-se-á no capítulo seguinte.

4.3 AS FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO, A ILICITUDE E A NULIDADE

Neste capítulo, tratarei de como o sistema processual penal brasileiro lida com uma pergunta sugestiva. É dizer, será falado sobre o conteúdo normativo do dispositivo segundo o qual o juiz não as admitirá.

Para tanto - e indo além do tratamento dado por outros países – aqui será abordada a diferença entre admissibilidade, produção e valoração. Também, falarei sobre a distinção entre ilegitimidade e ilicitude da prova, bem como sobre a distinção entre nulidade absoluta e relativa. São aspectos que prepararão o terreno para a conclusão, que, em específico, é a inadmissibilidade da pergunta sugestiva e, caso ela ainda assim ocorra, é a decretação de sua nulidade. Em síntese, defende-se, aqui, que a norma referente às perguntas sugestivas atua na fase de admissibilidade da prova, e, caso ocorra, torna a prova ilícita, ensejando a decretação de sua nulidade.

Essa regulamentação, considerada correta, “longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial [...] (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 17)”. Para além disso, também é um “instrumento útil para alcançar a verdade [sic] sobre os fatos que deve decidir (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 17)”.

Como corolário, as perguntas encadeadas a essa nula também o serão, tendo em vista a conhecida doutrina dos frutos da árvore envenenada. Além disso, nada obsta que se defenda a inutilizabilidade dessa prova, a partir de uma argumentação que visa a afetar o convencimento do magistrado, a partir de modelos de constatação. Isso qualifica o debate jurídico e o aproxima de um diálogo racional. Assim, tendo em vista a grave falibilidade da construção de fatos, cabe a “formulação de uma lógica intra-sistemática de controle, que vai desaguar, justamente, nos *standards* que a doutrina preconiza (KNIJNIK, 2001, p. 30)”. Eles nada mais são “do que [uma forma de] reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático (KNIJNIK, 2001, p. 30)”.

Inicialmente, a prova é realizada nas seguintes fases: a proposição, a admissibilidade, a produção e a valoração. A prova testemunhal, em específico, apresenta uma peculiaridade no que tange sua admissibilidade e sua produção. A doutrina costuma mencionar que a admissibilidade da prova testemunhal se dá a partir da admissão da testemunha, ou não. Todavia, o próprio verbo utilizado pelo art. 212 do CPP nos mostra que a admissibilidade se dá, também, em relação às perguntas que são feitas. A peculiaridade se dá a partir da constatação de que a admissibilidade dessas perguntas se dará, justamente, em meio da produção da prova testemunhal. Assim, para fins de clarear quaisquer confusões, cumpre distinguir essas fases.

“O juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e é preliminar à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento (KNIJNIK, 2007a, p. 21)”. Ele não se confunde, portanto, com a valoração da prova. Outrossim, a admissibilidade probatória é matéria de direito, passível, portanto, de reexame em Recurso Especial (KNIJNIK, 2007a, p. 23). Por se tratar de questão de direito – questão federal -, é que é cabível esse recurso (KNIJNIK, 2005, p. 192).

Quanto à fase de produção da prova testemunhal, pouco há a falar. “[A] regra do processo penal é que as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, [...] desde que respeitado o contraditório (OLIVEIRA, 2014, p. 344)”. Vale salientar que, considerando o que até aqui foi dito, o contraditório está presente ao longo de todas as fases do procedimento probatório, como próprio fator de legitimação do processo.

Assim, voltamos ao juízo de admissibilidade. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Disso – e de tudo que foi dito – extrai-se que uma pergunta sugestiva é um meio ilícito de se obter uma prova. A vedação das provas ilícitas “atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais [...]. (OLIVEIRA, 2014, p. 345)”. Para o autor citado – no que importa ao presente trabalho – “[tratando-se] de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão [da nulidade] (OLIVEIRA, 2014, p. 346)”. Em que pese a distinção doutrinária de prova ilegítima – que viola norma processual – e ilícita – que viola norma material, vê-se que elas andam juntas, no caso, por dois motivos: de um lado, viola-se o contraditório; de outro, a busca da verdade.

Como se verá adiante, a pergunta sugestiva não é mero vício de forma, pois afeta o conteúdo do enunciado da testemunha e, portanto, contamina a informação que seria dada (ROSA, 2013, p. 165). Por isso, essa distinção se mostra inútil no presente trabalho. Afinal, a consequência de ambas é a mesma: sua nulidade e sua inutilizabilidade.

Assim, essa prova não serve de suporte suficiente ao juízo condenatório (GIACOMOLLI, 2014, p. 164). Para além do momento de admissibilidade, vale dizer que a vedação a perguntas sugestivas encontra barreira na observância dos direitos fundamentais das testemunhas, “desde o momento da admissibilidade dos meios propostos, passando pela sua produção, pela metodologia de colheita, atingindo a sua valoração pelo julgador (GIACOMOLLI, 2014, p. 165)”, pois, a bem da verdade, a pergunta sugestiva instrumentaliza demasiadamente a testemunha, tornando-a mera reprodutora de conteúdo nela inculcido.

“[Ao] contrário, em coerência com o desenho legislativo, deve sustentar-se que cada elemento recolhido à margem ou em contraste com o rito fixado pela lei integra um ato *contra legem* que juridicamente não é prova e não é utilizável como tal aos fins da decisão (KNIJNIK, 2007a, p. 21)”. Assim, claro está que a pergunta sugestiva é uma hipótese de violação a uma norma legal. Portanto, deve ela ser inadmitida.

Quanto aos frutos da árvore envenenada, isso é a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita. “[A] teoria da ilicitude por derivação é uma

imposição da aplicação do princípio [*sic*] da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (OLIVEIRA, 2014, p. 363)”. Assim, clara é a inadmissibilidade uma pergunta sugestiva decorrente – derivada – de outra. Diferente de outros assuntos polêmicos, o nexo de causalidade aqui é claro, tendo em vista o encadeamento dos questionamentos feitos e a construção da narrativa sugestiva.

Afinal, “[admitir] a prova derivada de uma ilicitude seria incrementar a utilização de procedimentos inconstitucionais e inconventionais que, indiretamente, surtiriam efeito (GIACOMOLLI, 2014, p. 167)”. Como exceção, é admitida a prova ilícita por derivação se não ficar evidenciado o nexo de causalidade e se as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira. Todavia, tendo em vista o conceito de pergunta sugestiva, bem como a sua não correspondência com a verdade, não há falar na aplicação dessas exceções à hipótese aqui tratada.

Agora, cabe falar da nulidade absoluta e da nulidade relativa. “A diferença entre as duas categorias está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo [...] (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 23)”. Ainda, “[sendo] a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional [...] será sempre nulo [...] (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 23)”. Assim, uma norma que veda perguntas sugestivas, a ambas as partes, privilegiando muito mais a verdade e a proteção da testemunha, certamente, conta com suporte constitucional para que se defenda uma nulidade absoluta.

Nesse caso, não há falar em nulidade relativa e em demonstração de prejuízo. Ainda que se defenda isso, o prejuízo é patente: a resposta dada à pergunta sugestiva não corresponde à verdade. Esse prejuízo não é só da parte; é, também, da ordem pública e da legitimidade do procedimento. Considerando que, idealmente, o processo tem como esses seus valores informativos, mais nada é necessário falar para se demonstrar o prejuízo. Da mesma forma, o contraditório é comprometido, resultando claro prejuízo, tendo em vista que se estabelece em premissas equivocadas, conforme o art. 563 do CPP (*a contrario sensu*). Outrossim, é um óbvio prejuízo à apuração da verdade, conforme o art. 566 do CPP (*a contrario sensu*).

Da mesma forma, não há como falar em convalidação desse ato. Para tanto, é bom lembrar, que o ato pode ser convalidado se atingiu “sua finalidade, que não tenha havido prejuízo para as partes [e que] o contraditório tenha sido preservado (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2009, p. 30)”. Como visto, não há como sustentar que a resposta a uma pergunta sugestiva tenha atingido sua finalidade e que não haja prejuízo para as partes. Ela, em si, obsta o contraditório, por argumentar a partir de premissas falsas.

Nesse contexto, a situação do art. 212 do CPP já foi exaustivamente estudada. Alexandre Morais da Rosa afirma que esse dispositivo é a busca de “adequação da norma processual penal à Constituição da República, eis que, ao abandonar o modelo presidencialista de condução da colheita da prova testemunhal, situa o magistrado no lugar de garantidor da forma da informação oral (2013, p. 158-159)”. Sendo essa uma norma constitucional-processual, aduz, também, que “todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial, serão declaradas nulas (2013, p. 158)”. Com essa visão, concorda-se, tendo em vista que a distinção entre nulidade absoluta e relativa não se coaduna com uma boa prática processual. Assim, “evidenciada a mácula ao devido processo legal substancial, é de se reconhecer a nulidade pretendida pela defesa (ROSA, 2013, p. 159)”.

Outrossim, é bom lembrar que aqui se toma como premissa a visão de um suporte fático amplo para a incidência de princípios, como exposto no capítulo atinente ao processo penal. Assim sendo, claro está que a violação a essa norma que inadmite perguntas sugestivas é uma violação aos princípios processuais constitucionalmente estabelecidos.

Da mesma forma, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que “[a norma do art. 212 do CPP] se encontra alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção de prova” (2014, p. 422)”. Assevera, também, que “[eventual] resistência do magistrado na adoção das atuais regras [...] não implicará nulidade do processo, a não ser que se demonstre o prejuízo ou a efetiva violação da imparcialidade do julgador (2014, p. 423)”.

Com essa última afirmação, não se concorda, por duas razões. Por vezes, a demonstração de prejuízo – fora da formulação de uma situação hipotética – é impossível. Da mesma forma, quando se tratar de perguntas sugestivas, o prejuízo,

como reiteradas vezes já demonstrado, é óbvio: estabelece-se um campo de discussão que não condiz com as premissas dadas como verdadeiras pelos participantes do diálogo e, com isso, muitas vezes, distancia-se da verdade. Defender que não há prejuízo nisso é uma postura inaceitável, tanto em termos epistemológicos, quanto em termos da prática cotidiana.

4.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Após a exposição teórica dos capítulos anteriores, aqui falei como o ordenamento jurídico lida com as perguntas sugestivas. Para tanto, mencionei dois institutos, um do direito norte-americano e outro do direito italiano: as *leading questions* e a inutilizabilidade. Feito isso, expus o tratamento jurídico brasileiro do procedimento probatório e, em específico, o que pode ser estudado no procedimento da prova testemunhal.

As *leading questions* são o correspondente às perguntas sugestivas. Elas contam, no direito norte-americano, com um maior número de regras do que contamos aqui. Dessa forma, traçou-se um paralelo entre o que lá é definido e o que aqui é tentado definir.

Como regra, é dado ao juiz o poder para exercer controle razoável sobre a oitiva testemunhal – o que, no direito brasileiro, também é feito -. É, em síntese, o poder de gerir a prova, de forma a tornar o procedimento eficiente, evitar protelações e, de forma ampla, proteger a própria testemunha.

Outrossim, é importante ressaltar que essas regras atinentes à produção da prova testemunhal e, enfim, ao procedimento como um todo, são tratadas como matéria de direito. Portanto, podem ser objeto de revisão por tribunais superiores. Essa visão é a mesma utilizada no sistema brasileiro, tendo em vista que a regra exposta no art. 212 do CPP se trata de regra de admissibilidade. Afinal, “o juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito [...] (KNIJNIK, 2007a, p. 21)”.

As regras norte-americanas disciplinam, também, a questão das perguntas protelatórias e daquelas que humilhem ou envergonhem a testemunha. Foram citados casos que dão subsídios a essas regras.

Esse sistema, no que tange as *leading questions*, veda-as, porque é indesejável que se tenham respostas que não correspondam a um dos fins do processo penal: a busca da verdade. Acredita-se, como dito, na construção dialética dessa verdade, a partir do procedimento em contraditório, privilegiando-se a atuação das partes, para que se construa uma decisão justa.

Há, todavia, exceções em relações a essas perguntas. Uma dessas, que vale salientar, é aquela segundo a qual se pode perguntar, de forma sugestiva, a alguém que, claramente, possua um viés a favor de certa parte, como, por exemplo, policiais.

Da mesma forma, foi dado um panorama sobre a inutilizabilidade do direito italiano. Ela é, em síntese, a vedação à valoração de uma prova que, em um primeiro momento, é considerada legal. A inutilizabilidade é a consequência da produção probatória feita contrária à vedação legal.

Vedam-se, nesse contexto, métodos que, apesar de contar com o consentimento da pessoa, interfiram na liberdade, na memória e na capacidade de atuação da própria pessoa. É, assim, um limite que privilegia certas garantias frente a outros valores informadores, como, por exemplo, a busca da verdade.

Outrossim, na produção da prova testemunhal, vale dizer que o CPPI traz, em si, a possibilidade de se perguntar tanto em relação ao fato sob julgamento quanto em relação à personalidade da testemunha, da vítima e do acusado. Dispõe, também, quanto às perguntas sugestivas de forma análoga ao direito norte-americano, fazendo uso de distintas fases, dentre as quais constam o exame direto e o exame cruzado.

Ainda, em relação à inutilizabilidade, ela se mostra como definição que vai além da dicotomia invalidez-validade do ato, tendo em vista que o atinge em outro momento do procedimento. Ela também abrange hipóteses mais amplas, visto que não se fundamenta somente em violações a normas materiais – que, pela doutrina brasileira, seria uma prova ilegal – ou em violações a normas processuais – que, pela doutrina brasileira, seria uma prova ilegítima -.

As perguntas sugestivas, em específico, são aceitas no exame cruzado, sendo utilizadas para que se constate a reação da testemunha a elas. Todavia, no

exame direto e no exame daquela testemunha que, claramente, demonstre certo viés, elas são vedadas.

A inutilizabilidade, assim, mostra-se uma alternativa à dicotomia nulidade relativa e nulidade absoluta, tendo em vista que foge da necessidade de se demonstrar o prejuízo, mormente porque atua na fase da valoração. Por atingir o valor probatório da prova, não há necessidade de se demonstrar esse prejuízo, o que a torna um conceito proveitoso para o presente trabalho, tendo em vista a impossibilidade fática de se demonstrar um prejuízo a partir de uma pergunta sugestiva.

Após essas contribuições do direito estrangeiro, foi analisado o procedimento brasileiro, a partir de três tópicos: as fases do procedimento, a ilicitude e a consequente nulidade.

O procedimento probatório é dividido em certas fases: a proposição, a admissibilidade, a produção e a valoração. Todavia, torna-se tarefa difícil adequar a prova testemunhal nessa divisão, na medida em que a produção e a admissibilidade ocorrem de maneira concomitante, como a própria leitura do art. 212 do CPP nos mostra.

Em específico, o juízo de admissibilidade – matéria de direito, como relatado – distingue-se da fase de valoração. Como mencionado, a inadmissibilidade desagua na nulidade da prova, matéria que deve ser analisada pelo juízo imediatamente ao levantamento da questão. Aqui, não se concorda com a distinção entre prova ilegítima e prova ilícita, seja porque a consequência de ambas é a mesma, seja pelo que foi dito em relação ao suporte fático amplo da inutilizabilidade.

A vedação exposta no art. 212 do CPP atinge, dessa forma, todos os atos consequentes à admissibilidade de uma prova que viola sua proibição. Isso se dá pois, ao se violar essa admissibilidade, interfere-se, justamente, na valoração da prova, tendo em vista que o que for enunciado pela testemunha a partir de uma pergunta sugestiva, tenta-se mostrar como suporte fático ao julgamento do magistrado. Por não corresponder, de forma suficiente, à verdade, por violar o contraditório e, em específico, por, claramente, violar uma regra, não há como falar

em qualquer consequência além daquela prevista: a nulidade da pergunta e do procedimento e a sua consequente inutilizabilidade.

Dito isso, por certo, a vedação à pergunta sugestiva visa a preservar a ordem pública no processo, tendo em vista que serve para legitimar o procedimento de forma democrática, construída a partir de valores que fundamentam o sistema e vão além daquele fato específico. Afinal, essa vedação é informada por valores como a busca da verdade, o contraditório e a proteção à testemunha.

CONCLUSÃO

A oitiva testemunhal, por tudo que foi falado, mostra-se como procedimento complexo, que conta com várias áreas de tensionamento entre valores que informam o processo penal. Em específico, falei das perguntas sugestivas, que, por certo, não esgotam o tema.

Aqui, buscou-se mostrar que a sugestão “é o cupim mais sutil e perigoso da verdade testemunhal (DONÀ, 1923, p. 83)”. Assim, para além de quaisquer discursos difamatórios ou denunciadores, buscou-se construir o âmbito de atuação dessas perguntas, bem como conceituá-las e mostrar as suas consequências.

Sob esse ponto de vista, em um primeiro momento, mostrou-se os valores informativos do processo penal brasileiro. Mencionei as garantias do processo ao acusado e ao processo e as relatei com a busca à verdade, que, também, é um valor informativo do processo penal.

Após, falou-se da testemunha e do testemunho, vinculando-os, principalmente, com a garantia ao contraditório e demonstrando como tanto a testemunha quanto o testemunho podem ser falíveis. Por essa razão, faz-se necessário estabelecer regras que disciplinem o procedimento da oitiva testemunhal, como é feito pelo art. 212 do CPP.

No terceiro capítulo, a partir da constatação do âmbito retórico no processo, tentei definir o uso juridicamente correto das perguntas, a partir de limitações negativas a elas, estabelecidas por lei. Trouxe, também, certas limitações mais morais do que legais, que, todavia, é de bom tom que se levem em consideração. Conceituei, no meio disso, a pergunta sugestiva, sob a qual incide a regra do art. 212 do CPP.

No último capítulo, demonstrei qual a consequência da incidência dessa regra, bem como assinalei a forma como dois sistemas de direito tratam desse assunto: as *leading questions* norte-americanas e a inutilizabilidade italiana. Especifiquei, após, o procedimento probatório brasileiro, estabelecendo que a consequência de uma pergunta sugestiva é a sua inadmissibilidade, a partir de sua nulidade, tendo como corolário sua inutilizabilidade.

De forma lúdica, agora, tentarei expor em um encadeamento lógico o que foi demonstrado nesse trabalho. É a conclusão de todo o raciocínio que se tentou traçar.

A busca da verdade é, como regra, um valor informador do processo que é limitado pelo contraditório e por outros valores. O testemunho dado pela testemunha é falível e, considerando-se a existência dessas falhas, devem-se concretizar os valores informativos do processo, para corrigi-las. A pergunta sugestiva vai de encontro a essa necessidade de correção, tendo em vista que maximiza essa falibilidade, ao invés de mitigá-la. A vedação a essas perguntas, assim, dá efetividade a valores como a busca da verdade e o contraditório, visto que expurgam do processo esse vício.

REFERÊNCIAS

- ALCOY, F. P. **Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia**. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- AMBOS, K.; LIMA, M. P. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e basileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 - Leis 11.689, 11.690 e 11.719**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANDRADE, M. F., **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 01. ed. Curitiba: Juruá, 2008
- ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ÁVILA, T. A. P. D. A Interpretação do "novo" art. 212 do CPP Brasileiro: Uma Contribuição Metodológica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 917, p. 329, Março 2012.
- BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Especial. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BERNECKER, S. **Memory: A Philosophical Study**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 14/11/2014.
- _____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em 14/11/2014.
- _____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 14/11/2014.
- CARNELUTTI, F. **As Misérias do Processo Penal**. 1ª. ed. São Paulo: Conan Editora, 1995.
- CARVALHO, A. J. D. **Inquirição Cível**. 1ª. ed. São Paulo: Saraia & C. - Editores, 1924.
- CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CLARK, R. H.; DEKLE SR., G. R.; BAILEY, W. S. **Cross-Examination Handbook: Persuasion, Strategies, and Techniques**. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

DINACCI, F. R. **L'Inutilizzabilità Nel Processo Penale: Struttura e Funzione Del Vizio**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008.

DONÀ, G. **La Testimonianza: Nel Fatto Comune e Nella Vicenda Giudiziaria**. 1ª. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1923.

DOYLE, S. A. C. **The Complete Sherlock Holmes**. 1st. ed. Londres: Collector's Library Edition, 2005.

ECHANDIA, H. D. **Compendio de Derecho Processal**. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973.

ECO, U. **Tratado Geral da Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ELLERO, P. **De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de La Prueba en Materia Penal**. 1. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Arizona Supreme Court. **State v. Chapple, 660 P.2d 1208, 135 Ariz. 281**. Arizona. J. em: 11/01/1983. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1119321/state-v-chapple/?q=state+v.+chapple>> . Acesso em: 12/11/2014.

_____. Court of Appeals of Texas. **Callahan v. State, 937 S.W.2d 553**. Texarkana. J. em: 05/11/1996. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1743096/callahan-v-state/>> . Acesso em: 10/11/2014.

_____. United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. **United States v. Bryant, 461 F.2d 912 (1972)**. Cincinnati. J. em: 14/06/1972. Disponível em: <<http://openjurist.org/461/f2d/912/united-states-v-bryant>> . Acesso em: 12/11/2014

_____. **Federal Rules of Evidence**. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/fre>> . Acesso em: 14/11/2014.

_____. United States Supreme Court. **Alford v. United States, 282 U.S. 687 (1931)**. Washington. J. em: 24/02/1931. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/687/>> . Acesso em: 12/11/2014.

_____. United States Supreme Court. **Berger v. United States, 295 U.S. 78 (1935)**. Washington. J. em: 15/04/1935. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/78/case.html>> . Acesso em: 12/11/2014.

FENOLL, J. N. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FONTANILLE, J. **Semiótica do Discurso**. 1. ed. São Paulo: [s.n.], 2008.

- FOSTER, J. K. **Memory: A Very Short Introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- GADAMER, H.-G. **Verdade e Método**. 13. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.
- GARCIA, O. M. **Comunicação em Prosa Moderna aprenda a escrever, aprendendo a pensar**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- GESU, C. D. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2014.
- GIACOMOLLI, N. J. **O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 1ª. ed. São Paul: Atlas, 2014.
- GORPHE, F. **La Critica Del Testimonio**. 1ª. ed. Madrid: Editorial Reus, 1933.
- GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- HUIZINGA, J. **Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale, di 22 settembre 1988**. Disponível em: < <http://www.altalex.com/?idnot=2011> >. Acesso em: 14/11/2014.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 8ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KNIJNIK, D. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.
- _____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: CARPES, A. T., et al. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b. p. 11-25.
- _____. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato Pelo Superior Tribunal de Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-48, Janeiro-Fevereiro 2001.
- LOFTUS, E. F. **Eyewitness Testimony**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- LOPES JR., A. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da Argumentação Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARCUS, P.; WILSON, M. D.; ZIMMERMAN, J. B. **Criminal Procedure in Practice**. 4th. ed. [S.I.]: American Bar Association, 2014.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Provas**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHALL, J.; MARQUIS, K. H.; OSKAMP, S. Effects of Kind of Question and Atmosphere of Interrogation on Accuracy and Completeness of Testimony. **Harvard Law Review**, v. 84, p. 1620-1643, 1970-1971.

MATTOS, S. L. W. D. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEYER, M. **A Retórica**. 1ª. ed. São Paulo: Ática, 2007.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1917.

MOENSSENS, A. A. et al. **Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases**. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1995.

NUCCI, G. D. S. **Provas no Processo Penal**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, C. A. A. D. **Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____; OLBRECTHS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

QUINTILIANO, M. F. **Instituciones Oratorias**. Madrir: Librería de Pelado y Páez, v. I, 1916.

REBOUL, O. **Introdução à Retórica**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROSA, A. M. D. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013.

SILVA, V. A. D. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMON, D. **In Doubt**. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

STEIN, L. M. A Memória em Julgamento: Uma Análise Cognitiva dos Depoimentos Testemunhais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 43, p. 151, Abril 2003.

_____. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Jurídicas**. 1ª. ed. Porto Alegre: Arned, 2010.

STRECK, L. L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, M. **Simplemente la Verdad:** El juez y la construcción de los hechos. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TONINI, P. **A Prova no Processo Penal Italiano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, C. A. **Valoración de la Prueba.** 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.

WALTON, D. **Legal Argumentation and Evidence.** 1^a. ed. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2002.

_____. **Witness Testimony Evidence:** Argumentation, Artificial Intelligence and Law. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.