

O DISCURSO DA TESTEMUNHA EM PROCESSOS PENAIS: UMA ANÁLISE DA ‘VERDADE’ E DA ‘OBJETIVIDADE’ DAS PROVAS TESTEMUNHAIS À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

DISCURSO DE TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL: UN ANÁLISIS DE LA VERDAD Y OBJETIVIDAD TESTIMONIOS DE PRUEBAS EN EL ANÁLISIS DE DISCURSO

Carolina Salbego Lisowski¹
Leonardo Sagrilo Santiago²

RESUMO:

Neste estudo, problematiza-se como se constituem depoimentos testemunhais que, via transcrição, compõem processos penais. O objetivo é a análise de como funciona essa discursividade, caracterizada pelo discurso relatado (DR), considerando-se que por meio dela visa-se ao efeito de verdade. O corpus da pesquisa é formado por dois depoimentos testemunhais realizados no ano de 2009, integrantes de processos distintos que tramitam na 1ª Vara da Comarca de Santa Maria-RS. O que se considera para a análise, além dos estudos acerca da prova, no âmbito do Direito, é a Análise de Discurso de orientação franco-brasileira, de modo que o trabalho fundamenta-se em noções que permitem analisar as marcas de objetividade e os vestígios da subjetividade que emergem na materialidade linguística das transcrições. Após uma retoma das condições que constituem, historicamente, a constituição das provas no âmbito processual brasileiro, passou-se a uma análise que possibilitou a compreensão de como o Direito mobiliza o discurso relatado enquanto técnica para a constituição dos depoimentos testemunhais, o que se estrutura de duas formas: relato/oralidade (DR1) e transcrição/escritura (DR2). Nos depoimentos analisados, observou-se marcas de subjetividade mostrada (DR1) que visam a assinalar autoria, no âmbito da responsabilização do sujeito testemunha, criando um efeito de objetividade e de verdade na constituição das provas e, por conseguinte, na própria constituição do Direito enquanto prática social.

PALAVRAS-CHAVE: PROVA, DIREITO PENAL, DISCURSO TESTEMUNHAL.

RESUMEN

En este estudio se analiza como si fueran testimonios de testigos que por la transcripción, hacer juicios. El objetivo es el análisis de cómo este discurso, que se caracteriza por el estilo indirecto (dr), considerando que a través de su objetivo en el sentido de la verdad. El corpus de investigación se compone de dos declaraciones de testigos realizadas en 2009, los miembros de los distintos procesos tramitados por el tribunal primero de la provincia de santa maria-rs. Lo que se considera para el análisis, además de los estudios de la prueba conforme a la ley, es el análisis del discurso de franco-brasileño orientación, para que el trabajo se basa en las nociones que nos permitan analizar las marcas de objetividad y vestigios de subjetividad que surgen en la materialidad de las transcripciones del lenguaje. Después de la reanudación de las condiciones que son históricamente la constituição de pruebas en el brasileño legal, se trasladó a un análisis que nos permitió entender cómo la ley moviliza el discurso reportado

¹ Licenciada em Letras pela Universidade Federal de Santa Maria (2008), Bacharel em Direito pela Centro Universitário Franciscano (2011), professora dos Cursos de Direito do Centro Universitário Franciscano e da Faculdade Palotina de Santa Maria, Mestre e Doutoranda em Letras – Estudos Linguísticos, pela Universidade Federal de Santa Maria, Assessora Jurídica do Município de Itaara – RS.

² Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2011), pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade Anhanguera - UNIDERP.

como una técnica para el establecimiento de declaraciones de testigos, que se estructura de dos maneras: informe / oral (dr1) y la transcripción / escritura (dr2). En los estados analizados, encontramos marcas de subjetividad se muestra (dr1) con el objetivo de marcar la autoría, bajo la responsabilidad del testigo sujeto, creando un efecto de objetividad y verdad en la constitución de las pruebas y, por lo tanto, en la constitución misma de la ley como una práctica social.

PALABRAS CLAVE: PRUEBAS, LA LEY PENAL, DISCURSO TESTIMONIAL.

INTRODUÇÃO

O crime sempre existiu e sempre existirá. É parte da sociedade. O que mudou, e continuará mudando, são as tipificações, os métodos de investigação acerca de seu acontecimento e as sanções para este. O processo penal que, conjuntamente com o crime, tem sofrido mutações, busca, ou ao menos deveria buscar, chegar o mais próximo possível do que aconteceu para que, com isso, construa-se a decisão.

Sob uma análise conceitual, é possível caracterizar como crime tudo aquilo que o legislador definiu como tal, ou ainda, é admissível, da mesma forma, definir que para a existência de um crime é necessário que o fato seja ao mesmo tempo típico, ilícito e culpável. Isso significa dizer que, além de verificar se o fato está definido pelo legislador como crime, é necessário que não esteja presente nenhuma excludente de ilicitude ou excludente de culpabilidade.

O procedimento que nos leva a verdade processual em matéria criminal é o processo penal³. Este, no entanto, não é apenas um conjunto de métodos que o legislador transcreveu para se chegar a um fato que ocorreu no passado. É mais do que isso. É uma soma de garantias, ou seja, constitucionalmente, o processo penal visa, acima de tudo, não rechaçar as regras processuais, sob pena de cometer barbáries já vivenciadas em outras épocas.

Além disso, o processo penal é o instrumento em que os direitos fundamentais buscarão eficácia plena, sem que com isso deixe de lado o direito do Estado de punir, sendo, assim, o processo é a própria manifestação de ambos. Dessa forma, o processo, conforme Lopes 2009, “não pode ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”.

³ Vale transcrever aqui, o que preleciona Carnelutti: “Denominamos processo a um conjunto de atos destinados à formação ou atuação de imperativos jurídicos, cuja característica consiste na colaboração, para este fim, das pessoas interessadas com uma ou mais pessoas desinteressadas” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal* – volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.p.27).

Nessa esteira ainda, José Frederico Marques (1997) ao definir o processo penal, sustenta que o processo é “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.

É no processo que ocorre a disputa entre as partes para capturar a convicção do julgador. Para tanto, as partes usam meios para que o juiz, ao dizer o direito, possa deferir o que se pleiteia. E é neste momento que a prova toma lugar no processo, pois é através desta que as partes poderão convencer o julgador. Para Gustavo Henrique RighiIvahy Badaró (2003), a prova “se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato”.

Tomando como pressuposto esse instituto jurídico da prova, este trabalho pretende problematizar como se constituem depoimentos testemunhais, materialidade das provas, que via transcrição, compõem processos penais. O objetivo é a análise de como funciona essa discursividade, caracterizada pelo discurso relatado (DR), considerando-se que por meio dela visa-se ao efeito de verdade. Para esta proposta, o que se considera, além dos estudos acerca da prova, no âmbito do Direito, é a Análise de Discurso de orientação franco-brasileira, de modo que o trabalho fundamenta-se em noções que permitem analisar as marcas de objetividade e os vestígios da subjetividade que emergem na materialidade linguística das transcrições. Ou seja, mais do que se considerar o Direito, como área de conhecimento, entende-se ele aqui enquanto prática de entremeio, já que se comunica e pode se utilizar de áreas afins, como é a área da linguagem, para que possa compreender e pensar sobre as práticas jurídicas que, a primeira vista, na podem evidenciarem-se como simples trâmites cotidianos de realização do Direito, mas que, depois de uma criteriosa análise, mostram-se para além disso.

Desta forma, para que seja possível transcorrer-se com a referida análise, mostra-se necessário entender, inicialmente, os princípios estipulados pela Constituição Federal. Além disso, uma anamnese da evolução histórica dos sistemas processuais, bem como do por que da utilização de tantas garantias à parte passiva do processo penal.

1. CONCEITUAÇÃO E HISTORICIDADE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS: EVOLUÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO HISTÓRICO DO SISTEMA INQUISITIVO E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O direito penal sempre se preocupou em dar respostas para acontecimentos da sociedade e, com isso, oscilou entre a punição estatal totalitária e a liberdade excessiva. Ocorre que há esta antítese entre a liberdade do cidadão e o poder estatal, sendo que o embate entre ambas direciona as mudanças do direito penal para determinadas épocas.

O Egito, na antiguidade, tinha a jurisdição centralizada nas mãos dos sacerdotes, sendo que havia cidades, como Mênfis, Tebas e Heliópolis, que forneciam juízes para julgar os crimes mais graves. Os crimes mais leves, por sua vez, eram julgados nas próprias províncias por uma espécie de prefeito.

Na Palestina, diferentemente, havia três qualidades de tribunais, formando três graus de jurisdição, sendo eles: Tribunais dos Três, dos Vinte e Três e o Sinédrio. O tribunal dos Três era composto por três juízes, tendo suas decisões apeláveis para o tribunal dos Vinte e Três. Este conhecia originariamente os processos de crimes puníveis com pena de morte. O Sinédrio, ou Tribunal dos Setenta, como também era conhecido, era o mais alto grau da magistratura, para a qual competia “a interpretação das leis e o julgamento dos senadores, profetas, chefes militares, além das cidades e tribos rebeldes”. (Prado, 2005)

Os Hebreus tinham o recurso como direito sagrado e prevalecia o princípio de que só uma testemunha não valeria de prova contra alguém, devendo, qualquer decisão, fundamentar-se no depoimento de duas ou mais testemunhas.

Em Atenas havia uma peculiaridade no processo penal, pois este era caracterizado pela participação do povo na acusação, bem como pela oralidade e publicidade dos debates. Além do mais, no julgamento, o primeiro a ter a oportunidade de falar era o acusador, inquirindo, posteriormente, as testemunhas. Os juízes, por sua vez, mantinham-se em uma posição passiva frente às partes e a decisão era tomada pela maioria dos votos, sendo que o empate resultava na absolvição, conforme Tourinho Filho (1972). Havia quatro importantes tribunais: Assembleia do Povo, dos areópago, dos éfetos e dos heliastas.

Em Roma, o Estado atuava de duas formas distintas. Em se tratando de “*delicta privata*”, este atuava de forma arbitral, apenas solucionando a lide entre as partes, limitando-se ao que lhe era apresentado. Em se tratando de “*delicta publica*”, atuava como “sujeito de um poder público de repressão”⁴. Neste, quando do início da Monarquia, não havia limitação ao poder de julgar, bastando uma “*notitia criminis*” para que o magistrado pudesse atuar no processo, inclusive investigando e aplicando a pena logo após. Não havia garantias ao acusado e, diante disso, nasce a “*provocatio ad populum*”, onde o condenado tinha a

faculdade de recorrer da decisão para o povo. Assim, o magistrado apresentava as provas produzidas para o povo, a fim de alcançar a nova condenação. Contudo, somente o cidadão romano poderia fazer uso deste “recurso”.

Após isso, surge uma nova forma de procedimento a “*accusatio*”, que dava a qualquer cidadão o direito de acusar, “exceto os magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade” (Tourinho Filho, 1972). A “*Cognitio extra ordinem*” tomou o lugar no império e, neste procedimento, o juiz começava a realizar funções atribuídas ao acusador. Posteriormente, a figura do acusador e do julgador recaía sobre a mesma pessoa, sendo a apelação, neste procedimento, encaminhada ao imperador. Ora, é na “*Cognitio extra ordinem*” que é introduzida em Roma a tortura como forma de busca à confissão.

Contudo, sabe-se que as mudanças no processo penal e direito penal, ao longo da história, além de reflexos da sociedade, tiveram grande influência da ordem econômica, filosófica, mas, principalmente, da Igreja, ocasião esta em que surgiu o processo canônico. O sistema inquisitório manifesta-se a partir do século XIII, onde a Igreja Romana, ao sentir-se ameaçada pelas novas análises de suas doutrinas, tidas até então como verdades absolutas, blindou-se. Contudo, foi nos séculos XVI, XVII e XVIII, na Espanha e em Portugal, que a inquisição teve um maior alcance.

Na inquisição passou-se a acusar os que possuíam pensamentos contrários aos da igreja de hereges. A palavra herege origina-se do grego *hairesis* do latim *haeresis* e, conforme ensina Anita Novinsky, “significa doutrina contrária ao que foi definido pela igreja em matéria de fé. Em grego, *hairetikis* significa “o que acolhe” (Tourinho filho, 1972). O Herege, portanto, segundo a definição trazida por Aury Lopes Jr., baseado na explicação de Leonardo Boff “não apenas se recusa a aceitar o discurso oficial, senão que cria novos discursos a partir de novas visões; por isso, está mais voltado para a criatividade e o futuro do que para a reprodução e o passado” (Boff, 2009).

Diante de inúmeras refutações que eram feitas ao catolicismo, e agarrado em uma dose de vaidade, a Igreja Católica Romana constitui a inquisição delegada, criada pelo papa Gregório IX. Esta era enviada aos lugares onde a heresia havia se difundido e tinham como objetivo lutar pela preservação da pureza da religião católica. Tais práticas foram copiadas séculos depois, na inquisição espanhola e portuguesa, entre outras.

A inquisição na Espanha deu início em 1478, logo após Isabel de Castela subir ao trono espanhol. Além de unir a Espanha, havia o pensamento que esta “ia simultaneamente ser ‘expurgada’ de islamismo e judaísmo, além de paganismo e heresias cristãs” (Baigent,

Leight, 2001). Esta inquisição, diferentemente da inquisição medieval, não se tratava diretamente com a igreja, mas com a Coroa, sendo que “a inquisição espanhola era tanto um da Coroa quanto da Igreja. Funcionava como um instrumento não só de ortodoxia eclesiástica, mas também de política real” (Baigent, Leight, 2001).

O Tribunal do Santo Ofício da inquisição tinha o objetivo de julgar dois tipos crime: contra a fé e contra os costumes e moral. Esta “caça aos hereges” era baseada em denúncias recebidas, muitas vezes de forma anônima, ou seja, o processo para investigar se o réu era ou não herege, baseava-se em presunções e suposições de todos os tipos, inexistindo qualquer tipo de segurança ao acusado. As denúncias de qualquer pessoa eram recebidas, sendo admitidas, até mesmo, cartas anônimas. Além do mais, “o crédito das testemunhas dependia exclusivamente do arbítrio dos inquisidores. ‘Ouvir dizer’ e ‘suposições’ também era considerado provas” (Novinsky, 1972).

Este modelo de sistema, como se percebe, prezava pelo autoritarismo, rechaçando a ideia de submeter a prova à parte que estava sendo acusada. Pelo contrário, no momento em que o indivíduo era denunciado por praticar alguma heresia, o representante da inquisição dirigia-se até sua residência, ocasião que era sequestrado tudo que havia em sua propriedade. Assim, após prendê-lo, sua casa era trancada, e ninguém, exceto os funcionários da inquisição, entrava no local. As famílias ficavam sem abrigo. Outras vezes, os inquisidores, após sequestrar os bens do indivíduo que estava sob investigação, ordenavam que se “arrasasse a casa em que havia morado o herege e sua família, para que não ficasse dele sinal sobre a terra” (Novinsky, 1972).

Sem o mínimo de dignidade, os cidadãos espanhóis e, principalmente, judeus, protestantes, luteranos e demais pessoas consideradas “infectadas” com a heresia, estavam sempre expostos a esta “caça” por parte da inquisição. Poderia ser preso a qualquer momento, bastava ser considerado suspeito.

A falibilidade humana era desconsiderada nesse sistema, vez que os inquisidores agiam como deuses, não aceitando qualquer prova em contrário aos indícios apresentados. Ora, a aceitação de tal prática, veja-se a delação, como prova, sem oferecer o mínimo de contraditório, abria uma lacuna, para qualquer indivíduo prestar falso testemunho perante a “autoridade” inquisidora, em desfavor de um desafeto⁵. A identidade do cidadão que prestava

⁵Nessa linha, Michel Baigent e Richard Leigh relatam que: “Qualquer um podia denunciar os outros, e o ônus da justificação ficava com o acusado. As pessoas começaram cada vez mais a temer os vizinhos, parceiros ou concorrentes profissionais, qualquer um com quem pudesse ter um atrito, qualquer um que houvessem alienado ou antagonizado”.(BAIGENT, Michael; LEIGHT, Richard. *A inquisição*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 2001.p.86).

a delação jamais era revelada ao réu, vez que era retirado o direito deste de saber o autor da denúncia.

Destaca-se que a delação não era tida com simples presunção de veracidade. Ao contrário, as medidas tomadas pelos inquisidores demonstram ignorância e desconhecimento ao princípio hoje constitucionalizado como presunção de inocência, e, com isso, tratavam-no como verdade absoluta a simples delação apresentada, mesmo que de forma anônima.

Os métodos secretos, totalitários e “infalíveis” do sistema inquisitório, têm como prova absoluta a confissão. A rainha das provas, como era tida neste sistema, nada mais era do que a manifestação do acusado que, de fato, o Estado estava certo em seus procedimentos que o apontavam como autor do crime, era a corroboração da certeza estatal por parte do réu.

Ainda acerca do sistema inquisitório, importante concluir que se tratava de um sistema que tinha nas funções de acusar, defender e julgar como prerrogativas de uma única pessoa. Isto é, aquilo que deverias ser delegado às partes, era estipulado a uma única pessoa que condenava e absolvía segundo provas produzidas por suas próprias mãos. Inexistia a paridade das armas, na figura do contraditório, sucumbindo à idéia de *actum triumpharum personarum*, uma vez que “o que se buscava era exclusivamente punir o pecado e a heresia, em uma concepção unilateral do processo” (Lopes, 2009). Tribunal do Santo Ofício da inquisição, na Espanha, só foi abolido em 1834 (Prado, 2005). Em Portugal, por sua vez, foi abolido em 1821.

A Revolução Francesa de 1789 foi um marco para o renascimento do sistema acusatório que rege a sociedade ocidental contemporânea. Diante da filosofia iluminista, percebe-se uma necessidade para uma transação política e cultural, mitigando os procedimentos inquisitoriais nos procedimentos penais.

Os pensadores iluministas buscavam uma substituição do sistema monárquico pela república, postulando, conseqüentemente, repor a oralidade e a publicação, no lugar da escrituração e do segredo. Nesse sentido, acerca da transição política e cultural da Monarquia para a República, sustenta Geraldo Prado (2005) que “teve repercussão no campo do processo penal, por meio da abolição da tortura e da adoção de um sistema processual penal inspirado nos aplicados pela Roma republicana e pela Inglaterra”. Nessa esteira, ainda, preleciona Salo de Carvalho:

Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do ‘Novo Mundo’ no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual liberdade e igualdade se opõem à servidão, o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. Da exclusão do diverso nasce a idéia de tolerância, da barbárie inquisitiva

afloram teorias civilizatórias. Surge o racionalismo, e a capacidade crítica do homem é revelada (Carvalho, 2008)

Ademais, a partir deste período inicia-se a perceber as fragilidades do sistema inquisitório, optando-se, portanto, pelo “novo” sistema. Sua utilização se deu início na França logo após a revolução, estrutura esta consagrada no Código de Instrução Criminal de 1808, difundindo-se, após isso, aos Códigos modernos. Os demais países da Europa, paulatinamente, passaram a introduzir o sistema acusatório. Na Alemanha, por exemplo, em 1848, introduziu-se entre os povos germânicos a declaração de direitos humanos do povo alemão, onde se optava pela publicidade e oralidade do processo penal, a inclusão do elemento popular na tarefa de julgar, bem como a “descentralização das funções principais do processo: acusar, defender e julgar” (Prado, 2005). Em Portugal, por sua vez, pós a Revolução dos Cravos e a democracia ser estabelecida, editou-se, em 2 de abril de 1976 a nova Constituição, mas sem uma modificação na estrutura processual. A partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal Português, mais precisamente em 1986, foi instituído no país o sistema acusatório.

1.1 A PROVA NO SISTEMA INQUISITÓRIO.

A prova, elemento essencial para que exista condenação, sempre foi amplamente aceita, sob inúmeras formas e finalidades no sistema inquisitório. Nesse, havia uma intervenção do julgador a todo tempo, pois se confundia com a pessoa do acusador.

O juiz acusador ou juiz inquisidor⁶ tinha ampla liberdade para colher a prova e, somente ele buscava a “verdade”, diante da inexistência de partes. O acusado, por sua vez, nem sequer era sujeito de direitos, mas um simples objeto de provas (Badaró, 2003).

Importante destacar, destarte, que em um sistema em que inexistia o contraditório, devido processo legal e ampla defesa, inexistia também a dignidade da pessoa humana. A dignidade do acusado está intimamente ligada também com a forma de tratamento processual durante um procedimento criminal e, conseqüentemente, ao tirar seus direitos, tiram-lhe também sua dignidade. Percebe-se, portanto, que a ausência do contraditório refuta a idéia de prova, pois sem a anuência, ou ao menos ciência do acusado, não é possível considerar o procedimento um sistema legal de apreciação probatória.

⁶Confundia-se a função do juiz no processo inquisitório por inexistir o *actum trium personarum*, e pelo fato que, além disso, o processo iniciava *ex-officio* pelo julgador. Nesse sentido, Gustavo Henrique Righilvahy Badaró (*Ônus da Prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.104) relata: “[...] no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor”.

A missão de encontrar a “verdade real” (ou inverdade) levava os inquisidores a praticar torturas e atropelar direitos, uma vez que a prova maior deste sistema só poderia manifestar-se no processo através do próprio acusado. Para ser obtida a confissão, o réu era exposto a diversas formas de tratamentos desumanos, dentre estes a tortura e a prisão cautelar⁷.

Nesse sentido, aduz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou; e a confissão virou a *reginaprobationum* (Coutinho, 2010).

Eram diversos os métodos dos Tribunais da Inquisição. Em Lisboa, por exemplo, “se retalhavam as plantas dos pés dos réus, untavam-se de manteiga e sem seguida submetiam ao calor de um braseiro” (Novinsky, 1982). A partir do regimento de 1640, estabeleceram-se dois tipos de tortura. Nesse sentido, necessário destacar os métodos e (pseudo) garantias que ficaram manifestos desde a entrada em vigência de tal regimento. Segundo Anita Novinski havia:

[...] o potro, uma espécie de cama de ripas onde o réu era amarrado pelos pulsos e pelas pernas e, ao apertar-se um arrocho, cortavam-se-lhe as carnes; e a polé, quando o réu era suspenso no teto pelos pés, deixando-o cair em seguida, sem tocar o chão. No potro, graduava-se o tormento, apertando um após outro os membros. Na polé levantava-se o condenado a alturas diferentes, até a roldana, repetindo-se as quedas. Esse tormento, muitas vezes, deixava os réus aleijados, e era para maior hipocrisia perante a sociedade, os inquisidores mandavam que não fosse aplicado nos últimos quinze dias antes de o réu sair no auto-de-fé, para que o povo não visse as marcas deixadas pela tortura. [...] Na Espanha havia outros tormentos, como a *garucha*, chamado “tormento da água”. O réu era colocado em uma espécie de bastidor, a cabeça mais baixa que os pés. Nos braços e pernas se amarravam cordas muito pesadas que lhes cortavam a carne. A boca tinha de manter-se forçosamente aberta e metia-se um trapo na garganta. Pingava-se sobre o trapo água de uma jarra, da maneira que nariz e garganta ficavam obstruídos, produzindo um estado de asfixia (Novinski, 1982)

Importante trazer a lume, ainda, o relato histórico produzido por Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes:

⁷Aury Lopes Jr. pondera que: “a prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão”. (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional* volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 67.)

Por influência da religião passaram a ser adotados métodos de apuração da verdade, ainda rudimentares, sempre sob a invocação da proteção divina: as ordálias, o juramento e o duelo. As ordálias, conhecidas também como julgamento ou juízo de Deus, destinavam-se à descoberta da verdade por meio da imposição aos acusados de meios penosos, e até mesmo mortais, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, a “prova da água fria” etc.

A prova pelo fogo consistia em obrigar o acusado a tocar com a língua um ferro quente, ou caminhar descalço sobre barras de ferro igualmente quentes. Na prova das bebidas amargas, a mulher acusada de adultério era obrigada a ingerir doses de bebidas fortes e amargas e conservar sua naturalidade. Na hipótese de seu rosto se contrair e seus olhos se injetarem de sangue, era considerada culpada. Já na prova das serpentes o acusado era colocado no meio delas, julgando-se que somente seria mordido se efetivamente fosse um criminoso.

Na prova da água fria, lançava-se o acusado num reservatório de água: se submergia, era tido como inocente: se voltava à tona, era condenado (Lopes, 1994)

Nota-se que tanto em Portugal como na Espanha, havia torturas para com os cidadãos que estavam sendo julgados, mas as práticas para alcançar a confissão eram de ignorância do povo⁸, sendo o procedimento oculto, secreto, sem a publicidade dos atos praticados e, principalmente, sem o mínimo de dignidade.

Para dar início a este procedimento inquisitório, precisava-se de duas testemunhas que indicavam haver rumores ou indícios de heresia. Contudo, existindo uma única testemunha, a prática da tortura já era autorizada, pois havia o entendimento entre os inquisidores que a tortura era um procedimento pelo qual era possível se alcançar a verdade real. Assim, enquanto torturado, o réu seria convencido a assumir a autoria do crime que lhe está sendo atribuído. Não raras vezes os acusados, além de confessarem, acusavam pessoas de sua família e amigos das mesmas práticas, sob pena da confissão ser considerada incompleta⁹.

Ainda nesse procedimento secreto, a estrutura e o modo como se procedia na busca pela “(in)verdade”, preleciona Aury Lopes Júnior:

O Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores – do catalão

⁸A população em geral não tinha conhecimento das barbáries que ocorriam durante o procedimento investigatório inquisitorial. Conforme preleciona Michael Baigent e Richard Leigh: “Se fosse libertados, exigia-se que ‘fizessem um juramento de não revelar nada do que haviam visto ou passado nas celas’”. (BAIGENT, Michael; LEIGHT, Richard. *A inquisição*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 2001.p.88).

⁹Segundo Anita Novinski (1982, p.59): “Todo réu para salvar-se, tinha que confessar-se culpado, e acusar as pessoas de sua intimidade: pais, irmãos, parentes e amigos. Se não denunciasse a família era considerado diminuto, isto é, estava escondendo culpado. [...] confuso, no desespero de querer salvar-se, o réu prometia denunciar mais, e acusava todas as pessoas que conhecia: amigos de infância, pais, filhos, irmãos, parentes e etc. Muitas vezes, atormentados pela sua consciência, arrepentia-se de ter implicado inocentes e voltava à mesa inquisitorial para negar tudo. Com medo de ser queimado, pedia novamente para ser ouvido e ratificava as denúncias primeiras, implicando ainda mais gente”. (NOVINSKY, Anita. *A inquisição*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.p.59).

NICOLAU EYMERICH relata o modelo inquisitório do Direito canônico, que influenciou definitivamente o processo penal: o processo poderia começar mediante uma informação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura (Lopes, 2009)

Este Manual dos inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich, salientava:

1. Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois confessar e se arrepender, não será visto como vacilante e sim como herege penitente, sendo condenado; 2. O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente, um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova, o que não causará espanto a quem sabe que um único depoimento já vale como um indício. Dir-se-ia *testis unus, testis nullus*? Isto vale para a condenação, mas não para a presunção. Portanto, uma única acusação é suficiente. Entretanto, convenhamos, o depoimento de uma única pessoa não tem a mesma força que um julgamento civil; 3. O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado. Suspeita e indícios são suficientes. Quanto aos padres, basta a suspeita (porém, só os padres caluniados são torturados). Neste caso, as condições em que tal ocorre são em grande número; 4. Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia e contra quem, além disso, houver indícios veementes ou violentos; 5. Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos, mesmo se não se dispuser de nenhuma testemunha de acusação; 6. Com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha; 7. Quem tiver apenas uma difamação, ou uma única testemunha, ou ainda, um único indício, não será torturado: cada uma dessas condições, isoladamente, não basta para justificar a tortura (EYMERICH, 2002)

Inexistia a garantia ou segurança ao acusado e o métodos, embora houvesse um regimento, ficavam a critério dos julgadores, sendo aplicada a tortura que o inquisidor entender a mais eficaz de caso a caso. No regulamento de 1561, é possível entender a formalidade da aplicação da tortura. Este estabelecia que, diante da extrema diferença em força entre os homens, não era possível estabelecer regras determinadas, “mas deixar ao critério dos juízes, governados pela lei, razão e consciência” (Baigent, Leight, 2001)

Diante do exposto, é possível observar o sofrimento que o cidadão era submetido a fim de encontrar, através da confissão, a (pseudo) verdade real, na qual os inquisidores tanto

buscavam¹⁰. A respeito dessa utopia de encontrar a verdade real de um fato passado, será dada a devida explicação no tópico a seguir.

1.2 A VERDADE E A PROVA A LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A prova¹¹, longe dos tribunais inquisidores, demonstra-se um meio legal e formal da busca pela verdade. Contudo, para que se possa reproduzir o que se entende como sistema probatório, necessário se faz a definição de verdade.

Primeiramente, ao identificar-se constitucionalmente como um sistema acusatório, deve-se abandonar a cultura, procedimentos e entendimentos inquisitivos. Como se viu, a busca pela verdade na inquisição era sem limites. O que, de fato, importava era o encontro com a verdade (ou inverdade), sendo que autorizada estavam as mais dolorosas torturas.

A verdade buscada no sistema acusatório é chamada de verdade processual¹², até porque não se pode tratar a verdade real como algo absoluto e alcançável¹³, haja vista ser um fato passado, sendo impossível o reflexo real desse no presente. Embora a busca pela verdade seja uma utopia inquisitória, não se pode admitir que exista uma renúncia da existência desta. Com isso, o que se pode trazer ao processo, através do respeito às regras processuais, é a verdade processual, a verdade fundada em provas alcançadas a luz das garantias e formalidades constitucionais.

Importante destacar o que ensina Luigi Ferrajoli:

A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e conseqüentemente única, não pode ser parte, e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vistas contrastante cujo conflito deva ser arbitrado por um juiz terceiro. [...] Segredo, escritura e sobretudo ausência de contraditório e de defesa são corolários da sua

¹⁰Nesse sentido, preleciona Tourinho Filho: “O interrogatório do imputado era precedido ou seguido de torturas. Regulamentou-se a tortura: ‘deve cessar quando o imputado expresse a vontade de confessar. Se confessa durante os tormentos e, para que a confissão seja válida, deve ser confirmado no dia seguinte.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal I*. São Paulo. Editora Javoli, 1972.p.58).

¹¹Ao conceituar prova, Gustavo Henrique Righilvahy Badaró, utilizando-se de Sentís Melendo, define: “O vocábulo prova vem do latim – *probatio* -, que significa prova, ensaio, verificação, e deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*). Vem de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado. O que resulta provado é, portanto, aquilo que é bom, é correto”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. *Ônus da Prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156)

¹²Nessa senda Aury Lopes Jr. preleciona: “Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*- volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 550).

¹³Nesse sentido, importante trazer a baila o reconhecimento que Aristóteles dava a respeito disso: “nunca se alcança a verdade do todo, nem nunca se torna totalmente alheio a ela”. (ARISTÓTELES. *Metafísica*, 993^a, *in obras*, p.928, APUD. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.30).

epistemologia eminentemente substancial, que remete a obtenção da verdade unicamente à capacidade e ao poder de investigação do juiz-postulante. [...] Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro (Ferrajoli)

Jacinto Coutinho, por sua vez, destaca que “já em 1925 mostrou ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade material ou a verdade formal, olhando a diferença que se insistia – e alguns ainda insistem – em fazer entre elas, no processo penal e civil” (Coutinho, 2004). Ainda, salienta Salo de Carvalho que: “mister, portanto, desmascarar a figura mítica do juiz, como um sersobrenatural, capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça” (Carvalho, 2004).

Dito isso, o sistema probatório do sistema acusatório, visa respeitar as garantias legais, refutando, igualmente, provas ilícitas que queiram “infectar” o devido processo legal. Neste sistema a prova funciona como um “resultado da atividade probatória” (Badaró, 2003), ou seja, através das provas é que as partes terão êxito ou não na busca pelo convencimento do julgador.

Ainda, importante mencionar que, em sistema de garantias, é inadmissível a prova obtida de forma ilícita. Nesse sentido, Paulo Rangel sustenta em seu raciocínio que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar.[...]. O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual - , porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito. A prova é um direito subjetivo constitucional assegurado através do princípio do devido processo legal e inerente aos princípios da verdade processual e do contraditório, pois contradizer é dizer e provar o contrário (Rangel 2006).

Diante do exposto, nota-se que há limitações ao princípio da liberdade da prova, sendo que para a prova ter validade, não pode ferir o devido processo legal e, da mesma forma, não deveria se ver transformada em um produto à vontade daquele que julga. Não pode o acusador, ainda, na busca por uma prova, rechaçar o devido processo legal e as formalidades existentes no procedimento, sob pena de ressuscitar o sistema inquisitivo e macular as garantias já asseguradas em nossa Carta Magna.

Da mesma forma, contudo, estabelece-se a necessidade de o direito perceber, conforme o que será exposto a seguir, que, por mais objetivo que a construção da prova possa tentar parecer, em se tratando da prova testemunhal, especialmente, há nesse espaço o lugar

da falta, da falha, da subjetividade, tudo isso inerente à atividade jurisdicional que, por óbvio, é operada por sujeitos.

2. A PROVA TESTEMUNHAL: UMA ANÁLISE DISCURSIVA DA FORMAÇÃO PROBATÓRIA.

Depois desse breve levantamento acerca da historicidade do instituto probatório no Direito pátrio, este trabalho se dedicará, pontualmente, a tecer considerações acerca da prova testemunhal, realizando essa análise à luz não só de questões jurídicas, mas também tomando como referencial teórico a Análise do Discurso, linha francesa de estudos lingüísticos, já que pela mesma é possível de, mesmo por um prisma que não jurídico, chegar-se a análises pertinentes sobre a formação dessa forma, específica, de prova, da maneira com que ela é tomada, nos procedimentos judiciais.

Dentre as práticas – quase ritualísticas – que envolvem o Direito, a tomada de depoimentos é uma técnica bastante particular, através da qual se ouve, no caso da esfera penal, a vítima (quando possível), o réu(s) e a(s) testemunha(s) de algum fato. Os depoimentos são tomados pelo juiz, julgador do fato, que preside as audiências para ouvir as partes. Contudo, mais do que ouvir e gravar o que é dito, a transcrição daquilo que foi discursivizado faz parte também do procedimento ¹⁴.

A prática da transcrição da fala de testemunha nos chama a atenção tendo em vista que o Direito mobiliza discursos e trabalha na produção desses textos de uma maneira a fazer funcionar certa objetividade, sendo que, para tanto, cumpre, de modo quase que ritualístico formas e métodos específicos e característicos de sua prática. Com isso e à luz do excerto inicial que trouxemos com fim exemplificativo, percebemos que o funcionamento do Direito se dá em um espaço em que, conforme Arendt (1995), as burocracias são as mais eficazes formas de dominação. Tais burocracias pressupõem todos os sujeitos como iguais, naturalizando processos artificiais e linearizando – ou tentando linearizar - o discurso no eixo da evidência. Temos então o discurso em funcionamento em um espaço logicamente estabilizado, conforme aduz Pêcheux (2004), lugar esse que não reconhece a falha, o equívoco, o silêncio. Em outras palavras, em um “espaço regulamentado de fazer a guerra”

¹⁴ Ressalta-se que, atualmente, é comum a gravação audiovisual do depoimento prestado em fase judicial. É o que determina o artigo 405, §1º e §2º do Código Processual Penal. Contudo, em situações em que não seja possível o uso da gravação, caberá ao juiz o ditado dos questionamentos e depoimentos prestados no decorrer da solenidade. Ainda, mesmo com o advento da possibilidade tecnológica do audiovisual, ainda estão em trâmite processos cujos testemunhos foram transcritos, de modo que ainda se justifica a relevância de tal pesquisa, pelos efeitos que ainda gera no funcionamento do Direito.

(FOUCAULT, 2008).

Com base nessas questões e tendo em vista o trabalho da instituição jurídica em prol de objetividade e neutralidade, direciona-se atenção para os discursos testemunhais que integram processos judiciais, ou seja, para o discurso das testemunhas que, por terem presenciado algum fato, são chamadas pelo judiciário a contar o que viram.

Essa escolha pelos depoimentos testemunhais não é aleatória, e sim se dá tendo em vista a natureza desses discursos. Enquanto o depoimento de um réu é tido como parte de sua defesa perante o Direito Penal, as declarações da testemunha são consideradas como prova, podendo desse modo ser utilizadas pelo juiz como base para a sentença e carregando, ainda, toda relevância já apontada inicialmente. Assim, torna-se indispensável se perceber como se constituem os testemunhos e, por conseguinte, essas provas que decidirão os processos judiciais.

Em virtude dessa função probatória, o discurso testemunhal carrega consigo a condição de “narrativa da verdade” daquele que testemunhou e, de maneira supostamente objetiva e direta, ‘transmitiu’ o fato àqueles que o desconhecem.

A proposta desta pesquisa é problematizar o processo de constituição de depoimentos testemunhais, a partir da prática de transcrição, a fim de compreendermos como se dá esse movimento que traz ao processo as provas testemunhais e que trabalha de forma a comprometer o sujeito testemunha em seu dizer, na formulação das referidas provas¹⁵.

No jogo¹⁶ judicial, os juristas que, aliados aos textos legais, conseguem mobilizar elementos de prova de maneira a constituir um discurso favorável ao seu interesse jurídico em cada caso, tendem a produzir o efeito de verdade no qual o Direito se baseia para realizar a justiça.

Quando se trata de questões relacionadas à oralidade no discurso testemunhal, a tendência inicialmente é considerá-la simplesmente como um material empírico, diferentemente da escrita que esse mesmo testemunho virá a constituir após sua (re)formulação pelo escrivão.

Contudo, como estudaremos o discurso testemunhal enquanto uma prática discursiva, considerando as suas condições de produção, os sujeitos envolvidos e a natureza discursiva da

¹⁵ Em todos os recortes de discursos testemunhais que trazemos à baila neste trabalho, tanto para exemplificação quanto para análise, os personagens serão nomeados de forma fictícia, a fim de que a identidade dos sujeitos seja mantida em sigilo.

¹⁶ Aqui mobilizamos noções da Teoria dos Jogos (HUIZINGA, 2005), a qual permite pensar o cenário do processo judicial como um espaço em que as partes interagem como em um jogo, sempre tendo como objetivo agir e prever as próximas possibilidades de ação da outra parte.

memória que nele se produz, buscaremos compreender as questões relacionadas à oralidade. Para além da diferença entre oralidade e escritura, as questões em foco nos permitem entender que é a partir do relatar e, portanto, a partir da linguagem, que se definem tanto identidade quanto as posições assumidas pelo sujeito (DE CERTEAU, 1975).

De fato, a questão da oralidade no discurso testemunhal inicia-se empiricamente com a transcrição dos testemunhos, o que nos leva a pensar nas questões de método. Contudo, não se encerra neste aspecto prático, já que a oralidade começa a apresentar suas características e diferenças com relação à escrita na própria transcrição. Diante disso, será problematizado, por exemplo, como vestígios da subjetividade da testemunha podem ser observados em sinais de pontuação empregados na construção da transcrição dos testemunhos e se há algum aspecto estrutural que caracterize essa textualidade. Pergunta-se, por exemplo, o que incluir e o que deixar de lado ao se pontuar uma transcrição? Como essa constituição do texto acontece e funciona especialmente no contexto selecionado neste trabalho? Isso, para a área de conhecimento do Direito, pode parecer insignificante ou indiferente, mas uma abordagem interdisciplinar permite que se recorra à conhecimento lingüísticos específicos que comprovam que há relevância, sim, nessa construção

Estando, assim, entre a voz (oralidade) e o papel (transcrição), parte-se à situações corriqueiras da prática judiciária, nas quais relatos que contam, apresentam um fato, muitas vezes significam mais do que o que é meramente fixado na transcrição. Palavras que são suprimidas, gestos, entonação, entre outros elementos que a transcrição não contempla, representam tudo aquilo que, na prática jurídica, precisa ser ‘reduzido a termo’¹⁷, pois, ao ser instrumentalizado, engessa-se, encerra-se como documento oficial que, como tal, integra um processo.

Trata-se, aqui, portanto, para além da esfera dos aspectos gramaticais de uma transcrição, das atitudes daquele que fala e de outros componentes privilegiados para a constituição do sentido. Leva-se em consideração a questão do contato entre os sujeitos, permitido pela oralidade, por meio do qual conhecemos, por exemplo, a emoção, os olhares, sentidos esses que nem mesmo o sujeito detém e que acabam sendo descartados na escrita da transcrição.

¹⁷ Essa expressão alude à previsão legal, constante no Código de Processo Penal, sobre o depoimento das testemunhas: “Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos” (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941, p. 420).

No âmbito do Direito, o “Princípio da Imediatidade” é a exigência colocada ao juiz que irá sentenciar um caso, de estabelecer contato direto com as partes, testemunhas, peritos, assim como com as provas do processo. Exige-se que o juiz presencie as declarações, evitando desse modo que sua decisão se formule indiretamente, ou seja, através de instrumentos elaborados por outros que (supostamente) levarão até ele o que foi dito/provado pelas partes, como acontece com uma transcrição.

As teorias do Direito reconhecem essa necessidade de humanizar o contato do juiz com o caso a ser julgado. Sobre isso, aduz o jurista Chiovenda (1940, p. 41):

A escrita é morta, só fala por uma parte [...]. Não satisfaz plenamente a nossa curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não apresenta os inúmeros aspectos possíveis da própria cousa. Na palavra viva fala também o vulto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas.

A busca por celeridade nas resoluções processuais afastam, na mesma medida, no entanto, a possibilidade de o Direito resgatar a oralidade como prática de sentidos na resolução de um conflito. Esquece-se, com isso, que o Direito precisa do tempo. Não o tempo obsoleto, da morosidade administrativa por falta de condições funcionais para o atendimento dos casos, mas o tempo da escuta, da maturação e da reflexão.

A partir da perspectiva da História das Ideias Linguísticas, Auroux (2001) afirma, com relação à tradição da escrita, que a passagem do oral para o escrito cria amarras sob a forma fixa da standardização. Já no âmbito do Direito, a referida passagem se constitui pela pretensa do apagamento de qualquer marca própria do sujeito que enuncia, visto que a proposta é tornar o discurso um recorte não aleatório daquilo que deve compor o processo. Nesse sentido, marcas daquele que fala precisam ser silenciadas, em prol de um efeito de uniformização e de interpretação do sentido. Somado a isso, pensemos no efeito de fixidez que o texto escrito carrega consigo e que o torna supostamente objetivo e inequívoco.

A escrita, nesse contexto, pode funcionar como um jogo arbitrário e direcionado de textualização. Além do mais, por ser estática, pode ser insuficiente para abarcar a manifestação subjetiva do discurso. Ainda, a escrita é carregada e perpassada pelas impressões e pelo arbítrio de quem trans-re-escreve, por isso tem seus sentidos modificados. Já a fala é carregada de significações que se situam no nível da estrutura - e aqui pensamos em estrutura enquanto rede de relações que abarca o sistema -, sendo envolta em situações

próprias que não conseguem ser expressas, na forma escrita, de maneira satisfatória e completa, mas que são de extrema relevância para o sentido do que é dito.

O Direito prevê a oralidade como princípio de sua atividade, já que acredita que a fala aproxima o juiz do “mundo dos fatos”¹⁸. Nesse sentido, parte-se dela para, por conseguinte, via redução do conteúdo à forma, deixar-se de ouvir para ler. Ler testemunhos e relatos isentos de angústias, ânsias e emoções, marcas subjetivas essas cujos vestígios presentes na textualidade dos depoimentos serão levantados neste trabalho e observados a partir da análise da materialidade linguística, seja pela estrutura dos testemunhos ou por sinais da pontuação característicos das transcrições.

Mais do que ter um direito assegurado e reconhecido, aquele que busca respostas no judiciário quer falar, explicar, mostrar. O sujeito do processo deseja que o mesmo Estado, falho em algum momento na prestação de garantias, receba-o e escute-o, porque só assim se constituirá, de fato, enquanto “sujeito de direitos”¹⁹.

2.1. O DIREITO E A PROVA PENSADOS A PARTIR DA MATERIALIDADE LINGUÍSTICA: BREVE ANÁLISE

Para abordar, sob aspecto material, a problemática que aqui se toma para análise, qual seja, a constituição do discurso testemunhal especificamente em processos penais, justifica-se já que o direito tutelado é o direito à vida e à liberdade, ou seja, processos que julgam crimes contra a vida. Para tanto, tomaremos como exemplo dois depoimentos de dois diferentes processos, ambos de crimes de homicídio, coletados no ano de 2009, na Comarca de Santa Maria (RS). A fim de explorarmos essas materialidades que constituem o corpus desta pesquisa, elegeu-se dois modos de entrada que contemplam a organização característica desse discurso relatado, isto é: o emprego dos travessões; e o emprego das aspas. Os excertos dos testemunhos são classificados em Recorte 1 (R1), Recorte 2 (R2), Recorte 3 (R3) e Recorte 4 (R4), sendo assim sucessivamente, cada um retirado dos processo selecionados, que passam a ser referidos pela siglas P1 (Processo 1) e P2 (Processo 2).

Inicialmente, os travessões, empregados na construção da transcrição do testemunho. Os travessões são elementos de pontuação constantes em todo o corpus, porque assinalam a

¹⁸ No dizer de Pontes de Miranda (1974, p. 3), “os conceitos de que usa o jurista são conceitos de dois mundos diferentes: o *mundo fático*, **dos fatos** em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o *mundo jurídico*, em que só se leva em conta o que nele entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu” [grifos do autor].

¹⁹ Alude-se, aqui, à expressão própria da área jurídica “sujeito de direitos”, como sendo aquele que possui direitos reconhecidos.

utilização do discurso direto (DD)²⁰ como forma eleita para a constituição do texto oriundo do testemunho. Em R1 a R8, apresentados a seguir, observamos uma estrutura fixa, na qual o juiz lança a pergunta e obtém a resposta da testemunha. Tanto perguntas quanto respostas são transcritas e assinaladas pelo travessão, que inicia cada um dos parágrafos:

R1 – P1:

Juiz: – O que a senhora é da vítima?

*Testemunha: – **Sou** vó. [grifo nosso]*

R2 – P2:

Juiz: – A senhora conhecia a vítima?

*Testemunha: – Sim, era **meu** vizinho. [grifo nosso]*

R3 – P2:

Juiz: – A senhora presenciou o fato?

*Testemunha: – **Eu** não tava. [grifo nosso]*

R4 – P1:

Juiz: – A senhora presenciou o que aconteceu nesse dia?

Testemunha: – Sim, vocês querem saber tudo?

No DD, os travessões que o sinalizam buscam assinalar uma suposta autoria que marca a fala como sendo da testemunha, no caso das respostas. Esse funcionamento, de certo modo, garante o efeito de verdade do testemunho e acaba sendo corroborado pelos indícios de subjetividade da primeira pessoa, grifados por nós em R1 a R3: **sou**, **meu**, **eu**. Indícios dessa natureza são recorrências comuns ao longo de todas as transcrições.

Em relação a esses mesmos recortes, pode-se apontar que o DD – reconhecido como o discurso da “verdade” - passa a configurar uma maneira de se reproduzir (ou ao menos parecer que reproduza) a palavra do outro, inserindo-a, com essa devida marca de autoria, no

²⁰ Segundo a concepção das gramaticais, os discursos constroem-se em oposição entre o fixo e o livre, uma vez que no Discurso Direto (DD) é considerada uma forma em que há a manutenção do significante, em um espaço de barreira entre o que um e o outro dizem; e, com Discurso Indireto (DI), por sua vez, ter-se-ia a liberdade em relação ao significante, o que resultaria na não reprodução “fiel” do dizer. A partir do que a gramática considera com relação ao DD e ao DI, pode-se formular que o DI é pensado como uma transformação, uma reformulação de um DD, isto é, como um “DD transformado”. DI se apresenta, a partir disso, como um discurso segundo a partir de um discurso primeiro (o DD).

espaço do Direito.

Ainda, sinaliza-se não só com o travessão, como seria o caso de uma construção de DD tradicional, mas é mantida, durante toda a transcrição, a designação de quem está falando – se o juiz ou a testemunha, a fim de que reste determinada de quem é a voz que apresentou cada declaração, o que, pensando-se linguisticamente, talvez não fosse necessário. Com isso, estabelece-se uma ideia de manutenção e fixidez de sentido e, por conseguinte, alcança-se uma espécie de (efeito) de verdade do dizer. Assim é que os travessões, aliados às marcas de primeira pessoa, delimitam o espaço da testemunha e assinalam essa posição assumida por ela, já que é preciso que o sujeito testemunha seja responsabilizado com relação ao seu dizer.

Ligada à questão dos travessões, chama a atenção também a **utilização das aspas**, bastante recorrentes na técnica de transcrição dos testemunhos. Sabe-se que, gramaticalmente, a colocação de termos entre aspas visa sinalizar, em um texto citado, aquela reprodução fiel do que o outro disse, em uma mudança de foco que passa de um discurso “próprio” para um discurso citado. Sob o ponto de vista gramatical, desse modo, as aspas são usadas em alternância com o travessão; caso sejam empregados os travessões, que marcam a subjetividade do discurso, não é necessário que sejam empregadas as aspas, já que elas possuem essa mesma função de assinalar o sujeito que enuncia.

Contudo, a contradição que se apresenta a partir disso e a qual se questiona é: por que assinalar uma marca subjetiva em um discurso que, teoricamente, já é sinalizado (pelo travessão) e caracterizado pela designação de quem enuncia? A seguir, apresenta-se quatro outros recortes (R5 a R) dos mesmos processos (P1 e P2), a fim de se analisar a questão proposta.

R5 – P1

Juiz: – *E a senhora sabe se eles já tinham brigado antes?*

Testemunha: – *Meu neto foi “**faqueado**” pelo guri.* [grifo nosso]

R6 – P2

Juiz: – *E como ele ameaçou a senhora?*

Testemunha: – *Ele atirou o “**biete**” na porta de casa, amarrado a pedra.* [grifo nosso]

R7 – T2

Juiz: – *Demissão a senhora não sabe se ela chegou a pedir?*

Testemunha: – *Não, isso não. Inclusive ela voltou e eu perguntei “**porque tu voltou?**”, ficasse*

lá para ele não incomodar ela. [grifos nossos]

R8 – T1

Juiz: – Exatamente, a gente está aqui para saber todos os detalhes possíveis.

Testemunha: – Eu vou contar então, porque o que “aquele animal” fez não pode ser, ele não pode ser como “animal”, porque eu acho que um animal vale muito mais do que ele. [grifos nossos]

Em R5 a R8, observa-se a recorrente utilização das aspas como sinais no interior do DD, o que, gramaticalmente, soa como uma redundância, uma desnecessidade, tendo em vista que o DD já estabelece a marca própria de autoria do discurso. Sinais como travessões e aspas, mesmo que funcionem juntos de maneira contraditória, parecem querer estabelecer a barreira dentro desse discurso, como que delimitando sujeitos distintos dentro do mesmo discurso e trabalhando pela inclusão/exclusão de dizeres e subjetividades. Os sinais parecem indicar “quem diz o quê”.

Assim, observa-se a busca pela delimitação da voz do outro, garantindo (tentando garantir), pela evidência, uma suposta fidedignidade, originalidade no dizer, uma unidade aparente do *eu* e do *outro*.

Contudo, esta tentativa de controle do dizer deixa vestígios da subjetividade característica do discurso testemunhal, tendo em vista que, mesmo com o uso do DD, o discurso do sujeito testemunha é assinalado pelas aspas, o que nos leva a observar a heterogeneidade mostrada no discurso.

Ao se atentar para os destaques realizado nos recortes, percebe-se que cabe às aspas, inseridas no DD, marcar os desvios da norma padrão, de maneira que os “erros gramaticais” ou as expressões grosseiras, simplória não são assumidas por aquele que transcreve, mas, pelas aspas, associadas ao sujeito testemunha.

Por esta análise, então, entende-se – em sentido amplo – que cada fala, por exemplo, não interessa institucional e ideologicamente ao sistema (jurídico, no caso). Trabalha-se pelo apagamento da história de cada discurso e pela desconsideração das condições de produção, ou seja, de um conjunto de processos materiais – ideológicos – discursivos sobredeterminados. Isso leva, supostamente, à naturalização dos sentidos, tal como coloca Orlandi (1997, p. 10), quando afirma que “ocorre uma ‘simulação’ (e não ocultação de conteúdos) em que são construídas transparências (como se a linguagem não tivesse sua

materialidade, sua opacidade) para serem interpretadas por determinações históricas que aparecem como evidências empíricas”.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Legendre (2004), o Direito é, antes de tudo, movimento de discursos que tentam fazer valer a normatividade tendo em vista um discurso ‘apropriado’ em sua forma dogmática. Dogmática porque se pretende sempre verdadeira, infalível, remetendo, conseqüentemente, ao impossível estrutural. Legendre (2004) aponta que o Direito representa algo que ele próprio não diz, mas que é dito pelos sujeitos autorizados através de procedimentos de consagração que buscam colocar em cena o absoluto da verdade (ou, como acreditamos, efeito de verdade) e do poder.

Com o passar do tempo, encaminhando-se do sistema inquisitivo ao sistema acusatório, observa-se que a resposta aos atos criminosos procurou se afastar, ao menos formalmente, do significado de vingança, além de modificar a esfera de atuação do particular para o Estado. Em outras palavras, passou a ser o Estado, autorizadamente, o agente punitivo e regulador da ordem social.

Segundo Foucault (2005), a imposição da pena tem o único objetivo de impor um mal que é predeterminado e legalmente sancionado, isto é, retribuir o mal que foi causado a quem causou mal a outrem, tarefa essa que deve ser realizada pelo Estado.

Esse Estado, detentor autorizado do monopólio da jurisdição, transfere aos seus agentes – e aqui há a referência, em especial, à figura/posição do juiz – o poder da palavra que declara, condena, denega, constitui. Para que tal efeito se mantenha, a tarefa precisa estar alicerçada em uma suposta estabilidade e imutabilidade.

Sem dúvida, garantir e assegurar a certeza enquanto um dos maiores atributos da ordem jurídica produz certo desconforto até aos juristas mais positivistas. Muito se discute acerca da segurança jurisdicional, mas a questão é que, em verdade, chega a ser ficcional a pretensão de garantir respostas uníssonas, homogêneas, uma vez que elas são proferidas por sujeitos distintos. Julgar que alguma prova deixa de ser útil, uma vez que marca com pessoalidade o trâmite processual é a maior das ilusões.

Ainda em busca dessa justiça previsível e totalmente controlável e não contraditória, mantêm-se entendimentos como o de Tornaghi (1974, p. 74):

Nada há mais escandalizante e comprometedor da ordem jurídica que a

variação, a incoerência e a contradição do julgador. Toda a segurança desaparece onde os indivíduos ficam à mercê dos entendimentos pessoais: cada cabeça é uma sentença e a justiça é um jogo lotérico.

O sistema estatal legitima o juiz enquanto instituição no Direito, mas não reconhece a autonomia dele em relação a questões como aquelas concernentes à interpretação, por exemplo. Para outros atos, contudo, legitima o julgador quando é necessária uma posição quase onisciente, já que, por vezes, é exigida uma tomada de posição que subjaz a condição humana. Ou seja, não é permitido ao juiz interpretar e posicionar-se frente a uma questão, mas ele precisa, com base na lei e somente nela, elaborar um julgamento.

Como se viu, o fazer jurídico mostra-se vinculado a modelos de verdade e de poder, a partir dos quais os sentidos são encaminhados. A palavra relaciona-se, portanto, à autoridade do Estado, que manifesta seu poder no controle da/na própria palavra. Pode-se, desse modo, pensar que o Estado funda sua legitimidade e sua autoridade sobre o cidadão, levando-o a interiorizar a ideia de coerção ao mesmo tempo em que faz com que este mesmo cidadão tome consciência de sua responsabilidade.

A subordinação ao Estado funciona a partir da aparente não contradição das normas e leis, que preveem e estipulam garantias e obrigações aos sujeitos/cidadãos. Estabelecem, com relação ao sujeito, uma tensão entre autonomia e assujeitamento, visto que o sujeito se torna, ao mesmo tempo, livre e submisso a essa condição de sujeito jurídico: sujeito de direitos e deveres.

O Direito, portanto, a partir do discurso, tenta assegurar seu próprio fazer, sua lógica interna estabilizada e os efeitos de não contradição e segurança que necessita para que permaneça legitimamente reconhecido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, H. *A Condição Humana*. 7.ed. RJ: Forense Universitária, 1995.

AUROUX, Sylvain. *A Revolução Tecnológica da Gramatização* Campinas: Editora da Unicamp, 2001

BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Ônus da Prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAIGENT, Michael; LEIGHT, Richard. *A inquisição*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 2001.

BOFF, Leonardo. “Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir”. *Apud*. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*- volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. *In Processo Oral*. Francisco Morato [Org.] Rio de Janeiro: Forense, 1940.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Disponível no livro “*O novo processo penal à luz da Constituição*”. Rio de Janeiro, 2010: Ed. Lumen Juris.

DE CERTEAU, Michel. *A Escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993. P. 208-211, *apud* GOULART, Valéria DiezScarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Editora Revista dos Tribunais. 2 ed.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. História da Violência nas Prisões. 33.ed. Tradução de Raquel Ramalheite Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2008.

Lea, *A History of the Inquisition of the Middle Ages, II*.p.22. *apud*. BAIGENT, Michael; LEIGHT, Richard. *A inquisição*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 2001.

Huizinga, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. Tradução de João Paulo Monteiro. Perspectiva: São Paulo. 2005

LEGENDRE, Pierre. *Seriam os Fundamentos da Ordem Jurídica Razoáveis?* In: ALTOÉ, S. (org.). *Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo – Direito e Psicanálise*. 2.ed. RJ: Revinter, 2004.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional* - volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal* – volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista, *Da prova penal*. Campinas, SP: Ed. Copola, 1994.

NOVINSKY, Anita. *A inquisição*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As Formas do Silêncio: No movimento dos sentidos*. 6.ed. Campinas: Unicamp, 1997

PÊCHEUX, Michel; GADET, Françoise. *A língua inatingível: O Discurso na História da Lingüística*. Tradução de Bethania Mariani e Elizabeth Chaves de Mello. Campinas: Pontes, 2004

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, Tomo I, São Paulo: RT, 1974.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal I*. São Paulo. Editora Javoli, 1972.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. I, 1974