

Diogo Malan: Advocacia criminal e a arte do exame cruzado

01/07/2020

Spacca



A Lei nº. 11.690/08 alterou substancialmente o procedimento probatório da

codificação processual penal.

Uma das principais alterações foi a abolição do sistema presidencialista, no qual o julgador exercia papel de protagonismo na intermediação das perguntas feitas pelas partes à fonte pessoal de prova (*ofendido, testemunha, informante, assistente de acusação, colaborador ou perito*). ¹

Em seu lugar, foi instituído sistema no qual a sobredita fonte é sucessivamente submetida à inquirição direta (*direct examination*) da parte que a arrolou, e à inquirição cruzada (*cross-examination*) da parte adversa. Nesse novo modelo, cabem ao julgador dois papéis coadjuvantes: (i) indeferir as perguntas que induzem resposta, não têm relação com a causa, ou ensejam repetição de pergunta já respondida; (ii) complementar a inquirição das partes sobre pontos não esclarecidos.

Trata-se de instituto de origem anglo-americana, relacionado à natureza *dialética* da reconstrução probatória dos fatos naturalísticos. Nessa toada, a melhor forma de descobrir eventual contradição, inverossimilhança, mentira etc. no relato da fonte pessoal de prova é submetê-la à inquirição da parte cujos interesses são prejudicados por esse relato.

Assim, o exame cruzado transcende o interesse pessoal da parte, consistindo em critério epistemológico de *confiabilidade* da prova penal. Na doutrina anglo-americana, prevalecem as posições que defendem o exame cruzado, caracterizado como o *maior mecanismo legal para a descoberta da verdade* (*greatest legal engine for the discovery of truth*). ²

Nada obstante, o objetivo deste texto não é analisar o instituto do exame cruzado na perspectiva histórica, dogmática ou epistemológica. ³

Nosso singelo intuito é expor os mandamentos para o exercício eficaz do exame cruzado pelo Advogado, com enfoque *prático*.

Isso porque a ruptura paradigmática causada pela introdução do exame cruzado no ordenamento jurídico pátrio não foi acompanhada de *formação adequada* dos operadores jurídicos para operarem nesse novo modelo procedimental



probatório.

Esse déficit de formação é particularmente grave, considerando que não raro a produção da prova oral incriminadora é o *epicentro nervoso* do julgamento, condicionando o desfecho do caso penal.

O exame cruzado tem como principal função a extração de informações necessárias para o julgador decidir a causa favoravelmente ao cliente. Assim, o Advogado deve avaliar: (i) qual é o propósito do exame cruzado daquela testemunha *específica*; (ii) como esse propósito influencia a estratégia de exame cruzado da sobredita testemunha; (iii) quais ferramentas (inclusive tecnológicas) são necessárias para esse exame cruzado *em especial*.

Nessa toada, o exame cruzado pode servir a variadas finalidades: (i) obter declarações testemunhais que corroboram a teoria do caso da defesa; (ii) demonstrar erro cometido pela testemunha; (iii) sugerir motivação de conduta alheia; (iv) demonstrar preconceito por parte da testemunha; (v) comprovar incapacidade da pessoa para testemunhar, ou falta de qualificação do perito; (vi) provar que a testemunha está tentando induzir os jurados em erro; (vii) demonstrar inconsistência com declarações pretéritas da testemunha; (viii) veicular argumento para os jurados; (ix) demonstrar que a testemunha é mentirosa etc. ⁴

Eis os Doze Mandamentos do exame cruzado efetivo, baseados em adaptação da doutrina norte-americana à realidade nacional. ⁵

I. Seja técnico: conheça Direito Probatório, para saber: (i) quando, e com base quais fundamentos, é possível contraditar a testemunha; (ii) quais são as perguntas vedadas (*indutoras*, *impertinentes* ou *repetitivas*); (iii) quais são as hipóteses legais de recusa de depoimento, em razão de parentesco com o acusado, relação profissional sigilosa etc. Por exemplo: a codificação processual penal não proíbe o testemunho *derivativo* ou *indireto* (*hearsay*), ou seja, o que não é originário de conhecimento *pessoal* da testemunha. ⁶ Nada obstante, ele pode – e deve – ser impugnado, com fundamento na violação do direito do acusado ao confronto, pois a fonte *original* da informação não presta compromisso legal de dizer a verdade, nem está presente em juízo para ser submetida ao exame cruzado. ⁷

II. Seja preparado: estude cuidadosamente os autos do processo, especialmente cada depoimento anterior da testemunha, buscando declarações que possam ser usadas para confrontá-la, ou corroborar a teoria do caso da defesa. O perfil da testemunha deve ser investigado em fontes abertas (v.g. redes sociais etc.), elementos informativos do processo (v.g. e-mails, mensagens em *smartphone* etc.) etc. Quanto mais informações tiver sobre a testemunha, melhores condições você tem para organizar a estrutura do exame cruzado. Estruture seu exame cruzado em séries de perguntas divididas em capítulos temáticos, cada qual com um objetivo específico (v.g. comprovar suspeição ou indignidade da testemunha; realçar, questionar ou enfraquecer determinado fato; introduzir fato novo etc.).

III. Não cause mal: avalie criteriosamente se a testemunha deve ou não ser examinada. Se ela não tiver incriminado o cliente, nem houver fato relevante a ser extraído dela, abstenha-se de formular perguntas. Seja conservador e cuidadoso, buscando sempre mitigar o risco para o cliente. Dificilmente uma causa criminal é *vencida* durante o exame cruzado, mas não raro ela é *perdida* nesse momento. Como o testemunho durante o exame direto em regra é desfavorável ao cliente, o exame cruzado não pode permitir *reforço* ou *ampliação* desse relato incriminador. Aqui vale a conhecida máxima de Hipócrates: *primum non nocere*.

IV. Seja ético: nunca faça pergunta de má-fé, tomando como pressuposto fato naturalístico que você sabe ser inverídico. Os artigos 3.3(a) e 3.4(e) do Código Modelo de Conduta Profissional (*Model Code of Professional Conduct*) da *American Bar Association* (ABA) preveem o teste da *base de boa-fé* (*good faith basis*), segundo o qual o Advogado, durante o exame cruzado, não pode fazer pergunta que não esteja lastreada em elemento probatório admissível em juízo (v.g. especulação, *hearsay*, rumores etc.).

V. Não faça perguntas cuja resposta desconhece: limite suas perguntas àquelas cujas respostas você conhece com grau razoável de probabilidade, com base no senso comum, depoimento anterior da testemunha, outro elemento informativo do processo etc. Busque exercer o maior grau possível de *controle* sobre o relato da testemunha durante todo o exame cruzado, moldando a teoria do caso da defesa para convencer o julgador a aceitar e valorar a prova testemunhal de modo favorável ao cliente.

VI. Seja assertivo, direto e monotemático: fraseie cuidadosamente cada pergunta na forma de uma *asserção*, em busca de mera ratificação pela testemunha. ⁸ Idealmente, cada resposta da testemunha será uma concordância monossilábica. Perguntas abertas (v.g. iniciando com *quem*, *o que*, *quando*, *onde*, *como* etc.) desfiem respostas abrangentes, sendo bem menos controláveis. Durante o exame *cruzado*, perguntas indutoras (*leading questions*) são permitidas pelo ordenamento

jurídico norte-americano (artigo 611(c) das *Federal Rules of Evidence*). Entre nós, Juízes tendem a tolerá-las. Comece fazendo perguntas indutoras sobre fatos *incontroversos*, que geram predisposição da testemunha para concordar com perguntas subsequentes sobre fatos sensíveis. Faça perguntas curtas, em linguagem simples. Frases longas, palavreado rebuscado e jargão técnico aumentam o risco de ambiguidade e incompreensão, além de diminuir seu controle sobre o relato da testemunha. Divida os fatos naturalísticos nas *menores* frações possíveis, fazendo uma pergunta separada para cada fração. Perguntas compostas geram risco de ambiguidade, incompreensão e alienação dos jurados. Além disso, a limitação de cada pergunta à ínfima parcela dos fatos facilita o processo de assimilação, processamento e armazenamento de informações pelo julgador.

VII. Evite argumentos, caracterizações e conclusões: evite formular perguntas de cariz *argumentativo*, *caracterizador* ou *conclusivo*, pois elas são sujeitas a múltiplas interpretações, dando ampla margem para a testemunha externar sua própria interpretação sobre os fatos naturalísticos. Além disso, jurados tendem a reagir negativamente ao emprego de linguagem controladora e vigorosa pelo Advogado.

VIII. Controle pela repetição: se a testemunha começar a discorrer sobre fatos que extrapolam o objeto da sua pergunta, repita-a. Essa estratégia possui duas vantagens: (i) é cortês e respeitosa, não gerando risco de impactar negativamente os jurados; (ii) fornece ao Advogado oportunidade valiosa de chamar a atenção dos jurados para a importância da sua pergunta e a natureza *evasiva* da resposta da testemunha, prejudicando a credibilidade desta última.

IX. Seja adequado: durante o exame cruzado, mantenha postura competente, profissional e respeitosa, merecedora da confiança e respeito dos jurados. O advogado deve exercer a *autocontenção*, pois excessos de agressividade e desrespeito tendem a alienar os jurados.

X. Seja atento: ouça atentamente as respostas da testemunha, concentrando-se na sua linguagem *verbal*, *paraverbal* (v.g. ritmo, tom, volume da voz etc.) e *corporal*, incluindo comportamentos voluntários (v.g. expressões faciais, foco do olhar, gestual etc.) e involuntários (v.g. gagueira, sudorese, tremor etc.). Esteja sempre a postos para explorar o inesperado, durante a dinâmica do exame cruzado.

XI. Respeite o julgador: evite fazer quantidade excessiva de perguntas, perguntas repetitivas e perguntas sobre fatos de pequena relevância. Esses fatores tendem a ser interpretados como sinal de desrespeito aos jurados, pelo tratamento condescendente dispensado e desperdício do tempo deles.

XII. Antecipe objeções da parte adversa: revise suas perguntas, buscando identificar quais delas são mais susceptíveis a sofrer impugnações da parte adversa, reescrevendo-as. Além disso, procure se antecipar a essas objeções, tendo sempre um contra-argumento pronto.

Os sobreditos Mandamentos devem ser devidamente adaptados às circunstâncias do caso concreto e às características da fonte pessoal de prova.

O exame cruzado do *perito* exige do Advogado aprofundamento do seu conhecimento técnico-científico sobre a área objeto do exame pericial, de preferência com o auxílio de assistente técnico. ⁹

Por outro flanco, o exame cruzado do *colaborador* exige estudo minucioso sobre o porquê do acordo de colaboração premiada: fatos naturalísticos imputados ao colaborador, circunstâncias da sua prisão e soltura, detalhes do processo de negociação do acordo, termo de colaboração, gravações e transcrições de todos os depoimentos prestados pelo colaborador etc. ¹⁰

É lícito concluir que a oportunidade *adequada* e *significativa* para submissão das testemunhas de acusação ao exame cruzado integra a estrutura normativa do direito fundamental ao confronto e, em última análise, da cláusula do julgamento justo. ¹¹

O exame cruzado efetivo não é uma *ciência*, e sim uma *arte* aperfeiçoada ao longo de anos a fio de prática profissional zelosa. Nosso objetivo foi duplice: louvar essa importante habilidade profissional, e ressaltar a importância de alto padrão de qualidade dos exames cruzados para dignificar a advocacia.

¹ Neste texto faremos referência à *testemunha de acusação* em sentido amplo, entendida como a fonte pessoal de prova que presta declarações incriminadoras em juízo, independentemente da sua qualificação jurídico-formal (*ofendido*, *testemunha*, *informante*, *assistente de acusação*, *colaborador* ou *perito*).

2 WIGMORE, John. **A treatise on the Anglo-american system of evidence in trials at common law**, v. 05, p. 29. 3rd ed. Boston: Little, Brown & Company, 1940.

3 Nessa perspectiva, ver: BLACK, Michael. Cross-examination: The greatest legal engine for the discovery of truth: A comparative analysis of the American and English rules of cross-examination, **In: Southern University Law Review**, n. 15, pp. 397-405, 1988; MacCARTHY, Terence. **MacCarthy on cross-examination**. Chicago: American Bar Association, 2007; NEUBURGER, Luisella de Cataldo. **Esame e controesame nel processo penale**. Padova: CEDAM, 2000; SCHITTAR, Domenico Carponi. **Esame diretto e controesame nel processo penale accusatorio**. Padova: CEDAM, 1989. Entre nós, ver: ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **O cross-examination como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016).

4 RITTER, Christopher. The 10 reasons for cross-examination, **In: The Champion**, May 2014.

5 CALDWELL, Harry; ELLIOT, Deanne. Avoiding the wrecking ball of a disastrous cross-examination: Nine principles for effective cross examinations with supporting empirical evidence, **In: South Carolina North Review**, n. 70, pp. 119-141, 2018; TANFORD, Alexander. Keeping cross-examination under control, **In: American Journal of Trial Advocacy**, n. 18, pp. 245-280, 1994-1995.

6 Sobre esse testemunho, ver: DAMAŠKA, Mirjan. On hearsay and its analogues, **In: Minnesota Law Review**, v. 76, pp. 425-458, 1992. Entre nós, ver: BRAGAGNOLLO, Daniel. Afinal, o que é “hearsay”? **In: Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n. 10, pp. 145-180, jul./dez. 2018.

7 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, pp. 52 e ss. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

8 Não se deve subestimar a importância da escolha das palavras. Há estudos empíricos comprovando que sutis variações de palavras nas perguntas influenciam o teor das respostas (BECKMAN, Sydney. Witness response manipulation through strategic “non leading” questions (or the art of getting the desired answer by asking the right question), **In: Southwestern Law Review**, n. 43, pp. 01-50, 2013).

9 A admissibilidade da prova *científica* está sujeita a quatro critérios cumulativos: (i) falseabilidade do conhecimento (sua susceptibilidade à verificação ou falsificação); (ii) existência de índice de erro aceitável no emprego do conhecimento; (iii) publicação do conhecimento em revistas científicas especializadas, e sua submissão à revisão e crítica de outros cientistas do mesmo campo de conhecimento; (iv) aceitação geral do conhecimento pela comunidade científica (BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**, pp. 181 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

10 JOHNSON, Vida. A primer on crossing an informant, **In: The Champion**, April 2011. Veja-se importante precedente no sentido de que “a defesa deve ter acesso a todo material produzido e formalizado relativo não apenas ao acordo de colaboração premiada, mas também às próprias tratativas que permitiram a sua celebração” (TRF/2ª Região, 1ª Turma, HC 0002732-29.2018.4.02.0000 ED, Rel. Des. Simone Schreiber, j. 18.09.2018).

11 NIVALA, John. Fair process and fair play: Professionally responsible cross-examination, **In: Widener Law Review**, v. 14, n. 02, pp. 453-482, 2009.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jul-01/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-exame-cruzado/>