

## O sistema *cross examination* na reforma processual

Jayme Walmer de Freitas\*

*Sumário: 1 Introdução. 2 Os dispositivos legais. 3 A testemunha e seus deveres. 4 O depoimento. 5 A falsa aparência. 5.1 Interpretação lógica e sistemática. 5.2 Uniformidade de procedimentos. 6 O juiz e sua capacidade profissional. 7 Esquema comparativo do sistema presidencialista para o de pergunta direta e cruzada e misto. 8 Conclusão.*

### 1 Introdução

Tem o presente a finalidade de analisar com a imprescindível profundidade os dispositivos atinentes à prova testemunhal e demonstrar quais fundamentos justificam a não assunção pelo Código de Processo Penal brasileiro do sistema *cross examination* em sua inteireza após a reforma introduzida pela Lei 11.689/08.

### 2 Os dispositivos legais

Como se sabe o sistema anglo-americano foi adotado na nova redação do art. 212, que dispõe:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Cumprir notar, desde já, que o dispositivo alterado é um entre no mínimo seis outros que tratam do depoimento judicial da testemunha e que, embora o intento do legislador fosse a adoção do mecanismo comentado, tal não foi conseguido. Diferentemente de outros países, como a Itália, em que o sistema de pergunta direta e cruzada foi adotado em sua plenitude, no Brasil a alteração limitou-se às partes, mantendo o contexto anterior.

### 3 A testemunha e seus deveres

A testemunha tem o dever de comparecer ao ser intimada para a audiência de instrução. Na dicção do art. 203:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade.

Em seguida, será identificada, prestará o compromisso e advertida do dever de falar a verdade. O *compromisso* consiste na promessa de prestar o seu depoimento, sob palavra de honra, de dizer a verdade sobre o que souber e lhe for indagado.

De cunho doutrinário, enfatize-se que o compromisso não integra as elementares do crime de falso testemunho, que somente incidirá quando do depoimento propriamente dito. As testemunhas têm o dever de dizer a verdade, e o juiz deve adverti-las das penas do perjúrio. Ressalva há de ser feita em face das testemunhas que não prestam juramento, denominadas de *informantes*, como o deficiente mental, os menores de 14 anos (a lei deveria dizer menor de 18 anos, porque estes são inimputáveis), os doentes e também os familiares do acusado.

No Brasil não existe o *juramento promissório*, anterior ao depoimento, nem o *juramento confirmatório*, prestado depois, forma solene e de caráter religioso pela qual Deus é invocado como fiador da testemunha.

### 4 O depoimento

Constitui o último ato da cadeia. Identificada, compromissada e advertida, a testemunha, por fim, prestará o depoimento, que é dividido em perguntas e reperguntas. A doutrina, ao interpretar a redação do art. 212, é praticamente unânime em sustentar que foi afastado o sistema presidencialista de condução das audiências e adotado, exclusivamente, o sistema anglo-americano, denominado *cross examination*, em que

---

\* Juiz de Direito – 1ª Vara Criminal de Sorocaba/SP

os questionamentos das partes são feitos diretamente às testemunhas, ficando para o juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. No sistema presidencialista, as perguntas e reperguntas são centralizadas na pessoa do juiz. Ele faz suas perguntas, e as partes reperguntam através dele. Para citar alguns nomes que defendem esta interpretação: Damásio E. de Jesus, Fernando da Costa Tourinho Filho, René Ariel Dotti, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fernando Capez, Antonio Magalhães Gomes Filho dentre outros. Filiamo-nos ao entendimento de Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto.

## 5 A falsa aparência

Veremos que a modificação quanto às reperguntas não tem o condão de abranger as perguntas judiciais.

*Pergunta 01* - Se o art. 212, histórica e tradicionalmente, cuidou exclusivamente das perguntas das partes (reperguntas ou reinquirição), qual o fundamento para concluir que o depoimento, por completo, foi atingido? Para nós, há equívoco nessa interpretação. O que a nova redação do art. 212 trouxe de inovador diz respeito às reperguntas, não mais do que isso. Pela análise detida dos dispositivos que compõem o “Capítulo VI – Das Testemunhas”, esta conclusão é inevitável. E dois fundamentos sistêmicos a impõem. São os seguintes: a) a sequência lógica dos dispositivos dentro do microsistema do capítulo permaneceu inalterada; b) a reforma processual buscou identidade entre o procedimento comum e o do tribunal do júri, na fase de formação da culpa.

Detalhando:

### 5.1 Interpretação lógica e sistemática

A interpretação lógica ou racional pesquisa o espírito da disposição, dessume-se de fatores racionais, da gênese histórica, da conexão com outra norma e com o inteiro sistema. Já, na interpretação sistemática, o trabalho de comparação do intérprete vai mais longe, buscando a fixação de princípios norteadores do sistema, para, de seu confronto com a norma, dela extrair o significado que com eles se compatibiliza, segundo a lição do eminente desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes, no artigo “Norma jurídica. Interpretação e aplicação”, publicado pela *Revista Dir. Procuradoria-Geral de Justiça RJ* nº 31 – 1990.

O “Capítulo VI – Das Testemunhas” com a disciplina, organização e estrutura inalteradas manteve a distinção no *depoimento* entre perguntas e *reperguntas*, pois a alteração não extrapolou os lindes do dispositivo alterado. Ao contrário, as perguntas judiciais restaram intocadas, incólumes, imodificadas. Manteve-se a sequência consistente em qualificação, compromisso, advertência e inquirição judicial. Após esta, as perguntas das partes dentro do sistema *cross examination* representam o próximo passo. Aqui a alteração, i.e., pela disciplina incorporada, as partes *reperguntarão* diretamente à testemunha (*direct e cross examination* – pergunta direta por quem arrolou e cruzada pela parte contrária), sem intermediação judicial, mas sob sua fiscalização, facultando-se ao juiz, na dúvida sobre algum ponto obscuro ou a ser esclarecido, formular outras perguntas, como último passo.

E por que esta conclusão? Os dispositivos do capítulo dão a resposta. No art. 203, o juiz cuida da qualificação, do compromisso e da advertência à testemunha; no art. 204, a oralidade deve ser o meio de execução do ato; e no art. 205 se dá a iniciação do depoimento (com ou sem dúvida sobre a identidade da testemunha). O art. 205 dispõe que: “Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, *tomar-lhe o depoimento* desde logo” (grifo nosso). Na dúvida sobre a identidade da testemunha, caberá ao juiz a verificação, determinando que lhe seja apresentado documento adequado. Sanada ou não a dúvida sobre a identificação da testemunha, o juiz tomará o depoimento desde logo. Pois bem, se persistir a dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz a inquirir, com muito mais razão passará à sua inquirição estando certo de sua identidade.

Atente-se que, no art. 205, a lei não utiliza a terminologia *pergunta* abraçada pelo art. 212, mas “tomada de depoimento”. Portanto, com a devida vênia, não houve exclusão do sistema presidencialista. A reforma processual penal afastou o presidencialismo, sim, mas para adotar um sistema misto ou eclético (presidencial quanto às perguntas do juiz e de pergunta direta ou *cross examination* para as partes), conhecido há muito nos debates dos julgamentos pelo tribunal do júri. Até porque a testemunha tem o dever de depor (art. 206).

*Pergunta 02* – Reforçando e questionando: será que o art. 212 se refere *unicamente* a perguntas das partes, doutrinariamente chamadas de reperguntas ou reinquirição? A resposta é afirmativa, sem permitir outras ilações. Não é outra a lição de Espínola Filho, que, ao dissertar sobre o art. 212, ensina que “as partes têm, também, o direito de submeter perguntas às testemunhas. Por isso é que, após a inquirição direta do juiz, este lhes dá a palavra para as suas perguntas; chama-se, aliás impropriamente, de reinquirição” (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. 3, p. 103). Frederico Marques, na mesma toada, leciona que, após a qualificação e advertência, “o próprio juiz fará indagações ao depoente, a que se seguirão as perguntas das partes ‘requeridas ao juiz’, o qual também é que as formulará à testemunha (art. 212). Reinquire, em primeiro lugar, a parte que arrolou a testemunha, vindo depois as reperguntas da outra

parte" (*Elementos*, v. II, p. 312). Pela nova sistemática, a reinquirição será com perguntas diretas (da parte que arrolou – *direct examination*) e depois cruzadas (quando a parte contrária repergunta – *cross examination*).

*Pergunta 03* - Mais uma indagação: se a novidade atingiu somente um de dois itens que compõem o depoimento – perguntas das partes –, por que defender o fim do sistema presidencialista? Ora, a alteração de parte de um instituto não pode se estender ao todo, salvo se a norma expressamente consignar. E não é o que se extrai da redação do art. 212. Partindo de um exemplo, podemos compreender a melhor conclusão: na posse de um veículo antigo, seu proprietário decide trocar o motor por um de última geração. A mudança de motor afeta o restante do veículo, tais como rodas, direção, pneus e outros componentes? Logicamente, não. O automóvel permanecerá o mesmo, porém com performance muito superior. É o que ocorreu com a inovação legislativa no tocante às perguntas das partes que passaram a ser pelo sistema anglo-americano.

Ressalte-se que o novo método, misto, é muito superior ao anterior, propiciando maior agilidade e celeridade na produção da audiência de instrução e julgamento.

## 5.2 Uniformidade de procedimentos

A reforma processual alterou profundamente o rito atinente ao júri. E, como apontado acima, durante a fase do sumário da culpa, as vítimas e testemunhas são inquiridas pelo sistema misto. A redação do art. 411 é clara:

Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

Questão: se o rito do júri adota o sistema misto, por que não se supor que a *voluntas legis* teve em mira harmonizar os procedimentos em todas as perspectivas? O intuito do legislador foi o de uniformizar a coleta dos depoimentos nos distintos procedimentos, criando identidade única e facilitando o desempenho de todos os protagonistas na audiência de instrução.

## 6 O juiz e sua capacidade profissional

Um último argumento para reflexão. O juiz é preparado para os questionamentos, cioso na tomada dos depoimentos e da busca da verdade. A transferência de tamanha responsabilidade para a parte pode enfraquecer a colheita da prova. A preponderância de maior habilidade tenderá a beneficiar uma parte em detrimento da outra. E, visando a um tratamento igualitário e equilibrado das partes, estamos convencidos de que a adoção do sistema misto é o melhor caminho.

Ainda que se interprete que o sistema *cross examination* foi adotado por completo, inexistirá nulidade na tomada dos depoimentos pelo sistema misto. É que não há nulidade sem prejuízo, em especial porque o juiz é pessoa talhada para tal desiderato.

Para ilustrar este convencimento sobre o sistema eclético, em nossa rotina diária de audiências, salvo uma única exceção, todos que militam nas Varas de Sorocaba, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, de forma unânime, pleitearam pela manutenção do sistema presidencialista, iniciando o juiz a inquirição da testemunha para, depois, passar-se à inquirição direta pelas partes.

Malgrado o entendimento ora esposado, o STJ em recente decisão, declarou nula audiência realizada sem observância ao sistema *cross examination*. O teor da decisão foi o seguinte:

*Habeas corpus*. Nulidade. Reclamação ajuizada no Tribunal impetrado. Julgamento improcedente. Recurso interposto em razão do rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Inversão na ordem de formulação das perguntas. Exegese do art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008. Ofensa ao devido processo legal. Constrangimento evidenciado.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus* o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as

atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP. (HC 121216/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª T., j. em 19.05.2009, DJ de 1º.6.2009.)

Esperamos, sinceramente, que seja repensado o decidido pelos integrantes daquela Corte e pelos demais Tribunais, visto que, s.m.j., esta decisão vulnera o microsistema contido no “Capítulo VI – Das testemunhas”.

#### 7 Esquema comparativo do sistema presidencialista para o de pergunta direta e cruzada e misto.

Sistema adotado	Perguntas	Reperguntas	Respostas	Fiscalização/ Complementação das perguntas
<b><u>Presidencialista</u></b> <b>CPP 1941</b>	Pelo juiz (arts. 203 a 205)	Através do juiz (antigo art. 212)	Dirigidas ao juiz (antigo art. 212)	Pelo juiz (antigo art. 212)
<b><u>Cross examination</u></b> <b>posição dominante</b> <b>Lei 11.690/08</b>	Diretas pela parte que arrolou – sistema <i>direct examination</i>	Diretas pela parte <i>ex adversa</i> – sistema <i>cross examination</i>	Dirigidas à parte que pergunta	Pelo juiz (art. 212) Sobre pontos a esclarecer
<b><u>Misto</u></b> <b>Posição do autor</b> <b>Lei 11.690/08</b>	Perguntas pelo juiz (arts. 203 a 205)	Diretamente à testemunha, primeiro por quem arrolou - <i>cross examination</i> (art. 212)	Respostas dirigidas ao juiz (art. 212)	Pelo juiz (art. 212) Sobre pontos a esclarecer

#### 8 Conclusão

Compreendemos e aceitamos o entendimento exarado pela majoritária doutrina nacional, no entanto pedimos vênia para que sejam analisados os tópicos alvitrados neste trabalho como a contribuição de um pensamento diverso, mas que encontra na praxe forense, na interpretação lógico-sistemática dos dispositivos que compõem o microsistema do capítulo e na finalidade da Lei 11.689/08, elementos relevantes em sentido contrário.