



Tati Rivoire

O USO DE UM CRIMINOSO COMO TESTEMUNHA: um problema especial

Stephen S. Trott*

Tradução: Sérgio Fernando Moro**

RESUMO

Trata da utilização um criminoso como testemunha, nos Estados Unidos, abordando vários pontos atinentes ao tema e à jurisprudência norte-americana sobre os problemas envolvidos. Segundo o autor, a questão apropriada não é a de se criminosos devem realmente ser utilizados como testemunhas de acusação, mas quando e como.

Entende que criminosos colaboradores são perigosos, pois quase sempre possuem uma mentalidade que não carrega os princípios que animam a lei, além de serem motivados por interesses próprios, o que pode levar à traição.

Alega que um promotor desatento a essas verdades poderá transformar-se eventualmente em objeto de investigação, e por isso, disponibiliza exemplos de casos concretos relacionados ao assunto e orientações para lidar com o problema de modo efetivo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal norte-americano; jurisprudência norte-americana; delação; criminoso; testemunha; defesa; acusação.

1 O USO DE UM CRIMINOSO COMO TESTEMUNHA: UM PROBLEMA ESPECIAL¹

O informante é parte vital da armadura de defesa da sociedade².

Esta Corte reconheceu há tempo as “questões sérias de credibilidade” que os informantes colocam... Nós, por isso, permitimos aos acusados “grande abertura para testar a credibilidade [dos informantes] pelo exame cruzado” e aconselhamos a submissão da questão da credibilidade ao júri “com instruções cuidadosas”³.

Um promotor que não for sensível aos perigos de utilizar criminosos recompensados como testemunhas arrisca comprometer a missão de busca de verdade em nosso sistema de justiça criminal. Porque a acusação decide se e quando utilizar essas testemunhas e o quê, se alguma coisa, dar a elas pelos seus serviços, a acusação encontra-se posicionada de maneira única para proteger contra a perfídia. Por sua ação, a acusação pode tanto contribuir para o problema como pode eliminá-lo. Em decorrência, nós esperamos que promotores e investigadores tomem todas as medidas razoáveis para proteger o sistema contra a traição^{4,5}.

2 PREFÁCIO

Nas mãos de um experiente médico, o bisturi é um instrumento maravilhoso. Ele tanto pode remover um tumor mortal como reparar um coração doente. O sucesso desses procedimentos, por certo, depende da habilidade do cirurgião porque o mesmo bisturi, em mãos inexperientes ou sem cuidado, pode fatalmente cortar uma artéria saudável, lesionar um nervo não visto ou mesmo realizar uma operação no joelho esquerdo quando o problema está no direito.

Um criminoso colaborador utilizado como testemunha contra outros criminosos é muito parecido com um bisturi. Jimmy, o Doninha Fratianno,

pode ser usado para derrubar a Máfia da Costa Oeste; Sammy, o Touro Gravano, para remover o chefe John Gotti; e Michael Fortier para proporcionar um depoimento destruidor e explosivo para Timothy McVeigh no caso da bomba no Prédio Federal em Oklahoma. De fato, uma das mais úteis, importantes e, de certo, indispensáveis armas na constante luta da civilização contra criminosos, foras-da-lei e terroristas é a informação que vem dos associados deles. Mas, como no caso do bisturi, a utilização sem cuidado, sem habilidade ou sem preparação, de criminosos colaboradores como testemunhas, tem a capacidade de gerar, de maneira tão severa, o efeito contrário do pretendido; assim um caso que, de outra forma, seria sólido, pode ser irremediavelmente prejudicado e os efeitos colaterais podem às vezes não só arruinar o caso, mas até mesmo manchar a reputação ou a carreira do promotor.

(...) um informante (...) pode cometer perjúrio, obstruir a justiça, produzir prova falsa e recrutar outras testemunhas para corroborar suas histórias falsas.

Um criminoso colaborador é muito mais perigoso do que um bisturi porque um informante tem mente própria e, quase sempre, é uma mente que não carrega os valores e os princípios que animam a nossa lei e a nossa Constituição. Um informante é geralmente motivado por interesse próprio, este freqüentemente de natureza sociopata, e que ele coloca em primeiro lugar. Mudará em um instante sempre que perceber que o seu interesse será melhor atendido de outra maneira. Por definição, informantes-testemunhas não são só foras-da-lei, mas também vira-casacas. Eles são traidores, e um promotor desatento a essas verdades desagradáveis anda sem patins em gelo escorregadio. Em um momento, um promotor pode efetivamente transformar-se no objeto de uma investigação, com duras conseqüências. Ademais, um infor-

mante, mesmo aparentemente engajado em colaborar com o caso, pode cometer perjúrio, obstruir a justiça, produzir prova falsa e recrutar outras testemunhas para corroborar suas histórias falsas. Depois de 40 anos em nosso sistema judicial, concluí que a mais grave ameaça à integridade deste e a sua missão de busca da verdade – e ainda, aos próprios promotores – vem de informantes mal escolhidos para seus papéis, manuseados e trabalhados sem cuidado.

Por outro lado, alguns dos maiores sucessos em nossas cortes criminais poderiam não ter sido alcançados sem a utilização experiente e habilidosa desse tipo de testemunha. Vicent Bugliosi usou destramente membros da Família Manson para derrubar seu confiante líder, o próprio Charles Manson. Um conjunto sem fim de promotores habilitados utilizou mafiosos para derrubar seus líderes e destruir seus impérios. Até mesmo o Presidente Nixon foi retirado do mais elevado posto

da nação com a ajuda do depoimento de seus mais próximos confidentes. A lista de sucessos é comprida e impressionante. Como a Suprema Corte disse em *Kastigar v. United States*, nossas leis de imunidade a testemunhas *refletem a importância da prova testemunhal e o fato de que muitos crimes são do tipo de que as únicas pessoas aptas a dar depoimentos úteis são aquelas neles implicadas⁶.*

Mas como um promotor torna-se adequadamente treinado e habilitado nessa área peculiar de sua arte? O currículo requerido não pode comumente ser encontrado na sala de aula de nossas escolas de Direito, mas apenas nas ruas, nas cadeias e nos fóruns de nossas cidades. Aqui, o conhecimento vem das trincheiras, dos veteranos, das escolas dos nocautes duros, e espera-se que venha antes que erros problemáticos sejam cometidos.

O presente resumo não tem objetivo de habilitar alguém a ganhar um caso específico, mas é tentativa de irradiar luz sobre um problema recorrente e que freqüentemente faz o sistema judicial perder seu ancoradouro e virar de cabeça para baixo. Como diz o ditado do Departamento de Justiça dos Estados Unidos: *A acusação sempre ganha quando a justiça é feita.*

A. No começo da carreira de um promotor, a maior parte das testemunhas da acusação é composta por cidadãos normais que, em virtude de algum infortúnio ou de outra causa, foram ou vítima ou a testemunha de um ato criminal. O Sr. Jones, por exemplo, é chamado a testemunhar ter sido privado de suas economias de vida. O Sr. Wilson relata ao júri sobre seu carro roubado. A Sra. Johnson identifica o cadáver de seu filho, morto em um assalto. E o agente Bond conta que descobriu cocaína na bagagem do acusado no aeroporto.

Com este tipo de testemunha, caráter, credibilidade e integridade não são usualmente questões críticas, seja durante a investigação do caso ou na Corte. O mais esperado do outro lado da mesa é uma defesa baseada na afirmação de que esta testemunha – apesar de ser uma boa pessoa – está enganada sobre o que ela acredita ter visto ou ouvido.

Cedo ou tarde, no entanto, outro tipo não tão confiável de testemunha começará a aparecer ocasionalmente na lista de intimações, e o promotor começará a aventurar-se em um mar totalmente diferente e no qual ele está freqüentemente mal preparado para navegar: as águas e o domínio traiçoeiro do cúmplice, do co-conspirador, do delator e do informante. Após o depoimento do Sr. Jones como vítima de uma fraude, um dos estelionatários é chamado a depor em uma tentativa de condenar o mentor que planejou o esquema e que escondeu todo o seu saque em contas em bancos estrangeiros. Após o Sr. Wilson lamentar o desaparecimento de sua Mercedes, o ladrão de carro é chamado à perseguição do grande chefe que, movido pelos lucros, leva carros alemães até o México. Após a mãe do balconista identificar o seu filho morto, o colega de cela do acusado é chamado para relatar uma confissão na cadeia. E depois que o agente Bond identifica a cocaína, a mula aponta o dedo de culpa para o cérebro da organização.

Criminosos estão dispostos a dizer e a fazer qualquer coisa para obterem o que querem, especialmente quando o que eles desejam é livrar-se de seu problema com a lei.

A defesa usual contra este tipo de testemunha envolvida no crime não é nunca uma afirmação educada de que ela está enganada. Não é surpreendente o fato de ser comum a réplica conter acusações elevadas, indignadas e algumas vezes raivosas de que a testemunha está mentindo por razões que deveriam ser patentemente óbvias para cada pessoa decente dentro da corte.

Nessa linha, o promotor, surpreso, vai descobrir que, em algumas ocasiões, sua própria integridade pessoal está em jogo. Essa mudança inesperada de eventos não é um assunto engraçado. Nem é útil para o caso da acusação ou pessoalmente confortável que a defesa alegue, de forma persuasiva, perante a Corte e perante o júri, por exemplo, que você, como um idiota colossal, tenha dado imunidade ao verdadeiro homicida para

perseguir um homem inocente. Alan Dershowitz, em seu livro *The Best Defense*, assim descreve essa tática de defesa:

Na defesa de acusados criminosos – especialmente de culpados – é usualmente necessário colocar a ofensa contra a Acusação; colocar a Acusação em julgamento por sua má conduta. No Direito como nos esportes, a melhor defesa é usualmente um bom ataque.

Nesse mundo perigoso, “caráter”, “preconceito” e “credibilidade” não são apenas temas interessantes em um livro sobre provas – elas se tornam os elementos centrais da vitória ou da derrota no processo da acusação, do começo ao final. O modo como se trabalha com essas testemunhas e o modo como esses temas são abordados e tratados quando eles surgem – especialmente na fase de abertura de provas – podem determinar o sucesso ou o fracasso do caso.

Existem duas razões principais pelas quais tal tipo de ofensiva frontal pode ser dirigido contra essa espécie de testemunha. Infelizmente, as duas razões e as suas ramificações legais e táticas não são totalmente aprendidas por um promotor ou um investigador até que ele tenha permanecido tempo suficiente na profissão, para observar de primeira mão um caso ou uma investigação ficarem monumentalmente estragados devido a uma testemunha traiçoeira. Trabalhar com os *Jones*, os *Wilson*s, os *Johnsons* e os *Bonds* do mundo confere ao promotor imaturo um falso senso de segurança com todas as testemunhas. As duas razões aparentam ser suficientemente óbvias no papel, mas, a não ser que estejam em primeiro plano e em todo tempo na consciência do promotor ou do investigador ao tratarem com criminosos como testemunhas, erros sérios e irremediáveis de avaliação podem ocorrer.

A primeira das duas razões está relacionada à natureza geral de uma pessoa/testemunha predisposta à criminalidade. Leia e grave a seguinte mensagem na memória:

1. Criminosos estão dispostos a dizer e a fazer qualquer coisa para obterem o que querem, especialmente quando o que eles desejam é livrar-se de seu problema com a lei. Este desejo de fazer qualquer coisa inclui não-somente espalhar os segredos dos amigos e parentes, mas também mentir, cometer perjúrio, fabricar provas, solicitar a outros que corroborem suas mentiras com mais mentiras e trair qualquer um que tiver contato com eles, incluindo o promotor. Um viciado em drogas pode vender sua mãe para obter um acordo, e assaltantes, piratas, homicidas e ladrões não estão longe. Criminosos são notadamente manipuladores e mentirosos habilidosos. Muitos são verdadeiros sociopatas sem consciência e para os quais a “verdade” é um conceito sem sentido. Para alguns, “manipular” pessoas é uma forma de vida.

Outros são basicamente pessoas instáveis. Um “informante confiável” em um dia pode tornar-se um prevaricador completo no próximo.

Caso haja quaisquer dúvidas sobre a observação de que criminosos são capazes de mentiras impenetráveis sob juramento, cabe como exemplo este artigo essencialmente acurado e extraído da primeira página do *Los Angeles Times*:

Denver – a história de Marion Albert Pruett é apavorante mas obrigatória.

Mantido em prisão federal, ele negociou seu caminho para a liberdade concordando em testemunhar contra um prisioneiro

acusado de matar o seu colega de cela (que também estava arrolado como testemunha pela Acusação). Em troca, o governo norte-americano colocou-o no seu programa secreto de segurança para testemunhas, dando-lhe nova identidade e um novo começo de vida.

Por volta do último outubro e por sua própria conta, no entanto, Pruett havia cometido uma seqüência de roubos a banco e havia matado dois balconistas de lojas de conveniência, um perto de Denver, outro em Fort Smith, Arkansas, e um empregado de empréstimos em Jackson, Mississippi. Agora, de volta à cadeia, Pruett recontou o depoimento que levou a sua liberdade e declarou que ele, Marion Pruett, é que havia de fato assassinado seu colega de cela.

Se Pruett, o cachorro louco, não o deixou de "cabelo em pé", o que dizer da história de Willie Kemp, que, em troca de dinheiro, inventou casos criminais contra trinta e duas pessoas inocentes? O *National Law Journal* contou a história em 27/02/1995, sob esta manchete:

Agentes postais marcados pelo escândalo:

Fraude exposta

Por quinze meses, Willie Kemp e outros se infiltraram no correio de Cleveland, ostensivamente procurando provas contra usuários e vendedores de drogas. Providos de dinheiro do governo, eles alcançaram o topo, alugando carros de luxo, vivendo em condomínios de preço elevado, vestindo roupas caras e realizando festas.

"Os inspetores haviam arranjado para que eles fossem contratados como trabalhadores do correio, assim estavam recebendo pagamentos regulares", disse o Sr. Maloney (o ex-promotor). "Mas também recebiam cerca de cem dólares extras por transação e, acima de tudo, guardavam o dinheiro que os inspetores lhes forneciam para a aquisição de drogas".

Os promotores e os advogados de defesa acreditam que os inspetores haviam obtido os nomes dos empregados do correio que haviam se inscrito para receber conselhos sobre o abuso de substâncias proibidas. No começo da investigação, aparentemente, os inspetores deram aos informantes uma lista de empregados que podiam ser alvos. Muitos deles estavam recebendo aconselhamento pelo uso de drogas, um fato que deveria ser confidencial.

Os inspetores postais comunicaram seus informantes e os mandaram com milhares de dólares em dinheiro para compra de drogas. Os inspetores nunca viram os alvos e somente ouviram fitas pouco audíveis de informantes mantendo conversas e descrevendo os negócios.

Então, os informantes retornavam aos inspetores com as drogas que eles alegadamente haviam comprado.

"Se eles tivessem revistado os informantes, os inspetores teriam descoberto que eles próprios traziam as drogas e que escondiam em suas meias o dinheiro da compra após o negócio", disse o Sr. Maloney.

O mais perigoso dos informantes é o delator da cadeia que alega que outro prisioneiro confessou a ele, e o delator agora aparece pronto para testemunhar em troca de alguma consideração em seu caso.

As outras vozes nas fitas, disse ele, eram "amigos pagos por Willie Kemp e pelos outros informantes para fazer o papel dos empregados do correio". As drogas também eram falsas. Sacolas de pó branco, que eles diziam ser cocaína adquirida dos empregados do correio, era em verdade recheio para bolo.

Quando o Sr. Moore foi preso, um defensor público recomendou que ele se declarasse culpado. Insistindo que era inocente, ele exigiu um julgamento. "Eu estava certo que assim que os agentes e informantes me vissem na corte, eles iriam reconhecer que eu era a pessoa errada e que me deixariam imediatamente ir", ele disse ao jornal.

Ao invés disso, no julgamento, o Juiz Richard J. McMonagle acreditou nos informantes e considerou o Sr. Moore culpado em dezembro de 1992 pelas três acusações de tráfico de drogas. Em fevereiro de 1993, assim que o esquema começou a ser elucidado, o juiz revogou a condenação.

Em novembro, Leroy Lumpkin tornou-se o último dos trinta e dois trabalhadores do correio indiciados que teve o caso dispensado, de acordo com o Sr. Maloney e o Assistente de Promotor do Condado de Cuyahoga, Sean Gallagher, que tomou conta da investigação quando o Sr. Maloney foi dedicar-se à atividade privada no último ano.

O Sr. Gallagher disse que uma investigação acerca da conduta dos inspetores está em andamento.

Os informantes condenados.

"Todos os informantes envolvidos foram condenados por perjúrio e por falsificarem provas e estão presos", disse o Sr. Gallagher. "O foco agora é os inspetores postais. Sabiam eles o que estava acontecendo? Cometeram eles voluntariamente algum crime?"

Os dois inspetores encarregados da investigação – Timothy Marshall e Daniel Kuack – foram demitidos. Ambos recusaram convites para entrevistas e seus advogados não retornaram as ligações do jornal.

Os dezenove trabalhadores do correio despedidos após serem presos em setembro de 1992 foram readmitidos em seus empregos.

Sombras da operação *Corkscrew* apareceram em Cleveland no início dos anos 1980. Nesse embaraçoso caso que se liquefez, um informante disfarçado, que prometeu produzir casos contra juízes alegadamente desonestos, embolsou o dinheiro destinado a propina e então fabricou gravações adulteradas das supostas propinas. Nas gravações, o informante fingia ser um juiz desonesto que havia acabado de receber o dinheiro. O informante e dois outros impostores, que também fingiram falsamente a parte dos juizes, terminaram na cadeia.

E houve Mark Whitacre, cuja saga assustadora transformou-se em um livro chamado *The Informer*, escrito por Kurt Eichenwald. Esta história verdadeira de jogo duplo, falso e perigoso é leitura obrigatória para todos os promotores e investigadores.

Finalmente, leia *Commonwealth v. Bowie*⁷, que narra a saga de uma testemunha colaboradora ("T.C.") pega em flagrante tentando "influenciar" o testemunho de outras T.C.s em seu favor e contra um co-acusado. O fracasso do promotor em responder apropriadamente a essa informação resultou na revisão de uma condenação.

A segunda das duas razões pelas quais criminosos convertidos terminam sob fogo pesado decorre da disposição geral das pessoas que se tornam jurados em relação a informantes. Para um promotor, é tão importante como a primeira. Grave na memória:

2. Pessoas comuns e decentes estão predispostas a não gostar, a não confiar e freqüentemente a desprezar criminosos que se vendem e que se tornam testemunhas da acusação. Os jurados suspeitam dos seus motivos desde o primeiro momento em que ouvem sobre eles no caso e freqüentemente consideram seus depoimentos como um todo como sendo altamente não confiáveis e não verdadeiros, abertamente expressando seu desgosto com a acusação por fazer acordos com essa “escória”.

Nós achamos um exemplo claro dessa atitude hostil em uma reportagem de jornal acerca de uma perseguição federal de onze membros do grupo *Hell's Angels*. O fracasso do caso foi acuradamente reportado no jornal, como se segue:

Depois de dois julgamentos sem conclusão e um custo de milhões, a acusação jogou fora a quarta-feira tentando condenar a notória gangue da motocicleta dos Hell's Angels por conspiração e acusações de crime organizado...

Os promotores federais tentaram provar que a rebelde e freqüentemente violenta gangue da motocicleta envolveu-se em tempo integral em atividade criminosa durante parte da década de 1960 e estava profundamente envolvida em uma ampla operação de drogas e narcóticos no Norte da Califórnia e em outros lugares, utilizando armas ilegais, homicídio, ameaças e assaltos para alimentar sua empreitada.

Mas um segundo julgamento, que começou no último outubro, terminou com o júri de nove homens e três mulheres alertando Orrick de que o caso estava encerrado e sem esperanças. Um julgamento anterior, que começou em 1979 e que foi concluído em 1980, também terminou em um júri sem resultado para a maior parte dos acusados. (O resto foi absolvido).

Um jurado do último júri disse aos repórteres que a votação foi de 9 a 3 pela absolvição e descreveu as testemunhas chaves da Acusação, incluindo um antigo membro do Hell's Angel que admitiu ter recebido USD 30.000, 00 em troca de seu depoimento, como uma “afrenta desprezível e indigna”.

É devastador, na frente de um júri, descobrir que a primeira coisa que a testemunha fez foi mentir ao promotor ou ao agente do caso!

Outro exemplo de reações desfavoráveis de jurados a uma testemunha informante pode ser encontrado no caso DeLorean. O que segue é um trecho do *American Lawyer* sobre uma das principais testemunhas da acusação: “*Testemunho de um “verme” Ruthe Sutton lembra-se quando James Timothy Hoffman, uma pessoa com mandíbula saliente, com quarenta e três anos e 102 kg de peso, em um terno marrom comprado pela acusação, permaneceu em pé como a primeira testemunha contra John DeLorean: “Ele nunca olhou ninguém nos olhos. Ele não era crível desde o primeiro minuto que falou”. “Eu não acredito em nada que Hoffman falou”, disse Jo Ann Kerns. “E eu fiquei pensando comigo mesmo, se Hoffman pode*

fazer isso contra DeLorean, ele pode fazer isso contra qualquer um”. O argumento de Kerns não deve ser confundido com um argumento mais amplo contra armadilhas ou operações encobertas⁸: “Eu sou favorável a ir atrás das pessoas se o governo sabe ou tem razão para acreditar que elas estão lidando com narcóticos. Ai qualquer coisa vale. Qualquer truque que o Governo possa inventar. Mas aqui havia só a palavra de Hoffman. E nós nunca vimos DeLorean nas gravações participando efetivamente da conspiração”.

O promotor Walsh levou Hoffman a contar a história de como ele havia se tornado amigo de DeLorean porque seu filho e o dele brincaram juntos quando ambos eram vizinhos perto de San Diego em 1980. Hoffman explicou que foi a amizade de seu filho – e não uma intenção de tentar atrair DeLorean em uma armadilha de negociação de drogas – que levou Hoffman a chamar DeLorean dois anos depois (em 29/06/1982) – na época que Hoffman coincidentemente havia se tornado um informante do Governo. “Esse é o pai do ano”, o jurado Holladay ficou dizendo para si mesmo. “Ele está usando seu próprio filho para inventar uma história para conseguir dinheiro como informante”.

Por que as conversas de Hoffmann com DeLorean não foram gravadas, uma vez que DeLorean fez suas supostas propostas de negociações de drogas? Porque o equipamento não estava disponível ou falhou, disse Hoffman.

Se DeLorean tivesse realmente perguntado em trinta de junho se Hoffmann ainda tinha suas “conexões com o Oriente” que eram necessárias para a negociação de drogas, e se Hoffman tivesse respondido que sim, por que DeLorean, desesperado como estava, esperou até onze de julho para vir a Califórnia para encontrar-se com Hoffman? E por que, perguntou Weitzman repetidamente, esse encontro não foi gravado? Hoffman disse que não sabia que DeLorean havia esperado e que o encontro não foi gravado porque os agentes federais não acharam que era importante o suficiente para ser gravado em um domingo.

“Eu ainda imagino se eu estava certo de que DeLorean estava em uma conspiração com Hetrick depois do depoimento de Hoffman”, disse Hal Graves, “mas eu sabia de uma coisa com certeza: Hoffman é um mentiroso deplorável e psicopático – o tipo que acredita no que diz, mas não consegue dizer a verdade. Eu conheço pessoas como essas. Meu próprio pai costumava contar histórias e elas mudavam com os anos, mas ainda assim ele acreditava nelas. Era assim o sujeito”.

Todos os jurados, com exceção de Wolfe, utilizaram palavras e frases como “completamente não-confiável” (a descrição de Jackie Caldwell) ao referirem-se a Hoffman, ou, como disse Wolfe, “ele estava provavelmente mentindo bastante”. Para alguns, como Andersen, Sutton, Kerns, Dowell, Lahr e Holladay – jurados que nunca iriam ver os elementos completos da conspiração – isso não era importante como era para outros, como Graves, Caldwell, Gelbart e Hoover. Mais tarde, sua visão do caso – de que DeLorean tinha de fato conspirado de alguma forma com Hetrick, mas que Hoffman não podia ser considerado como tendo falado a verdade sobre seu contato inicial com DeLorean – seria o cerne da decisão dos jurados pela existência de uma armadilha inválida.

Um terceiro exemplo desse problema sempre presente

com jurados ocorreu em um grande caso federal de corrupção/fraude em Los Angeles em 1985. Seguem a manchete e parte do texto do *Los Angeles Times*:

Los Angeles – júri absolve agente bancário no Caso da Fraude de Moriarty

Um júri federal de Los Angeles absolveu o antigo agente bancário do Condado de Orange, Nelson Halliday, da conspiração com o confesso político corrupto W. Patrick Moriarty em um alegado esquema de lavagem de dinheiro. (...) O veredicto abalou os promotores e levantou sugestão de que a acusação pode ter problemas em sua investigação em andamento acerca de corrupção política devido à falta de credibilidade de Moriarty como testemunha. (...) “Eles não acreditaram no homem” disse o advogado de Halliday sobre o veredicto do júri da tarde de segunda e ainda “eu gostaria de defender qualquer um com Moriarty como testemunha pelo reclamante”. (...) Charles Williamson, 49, de Garden Grove, um jurado que disse que acreditava que Halliday era culpado de todas as acusações, confirmou que os jurados simplesmente não acreditaram no depoimento de Moriarty. “Se ele não tivesse prestado o depoimento talvez a prova tivesse sido suficiente”. Considere esta declaração de um jurado não convencido no julgamento de 2001 de Joseph “Skinny Joe” Merlino na Filadélfia, “Skinny Joe” sendo o chefe local da quadrilha: A acusação deixou algumas pessoas bem torpes de fora. Deve haver um limite a esse tipo de coisa.

Tendo presente o anteriormente exposto, deixe-me dar uma perspectiva diferente para essa questão e confrontá-lo com algumas seguintes observações que colorem a resposta à questão inicial, de usar ou não usar um cúmplice ou um traidor como uma testemunha no julgamento de qualquer caso em particular:

1. Chamar para depor uma testemunha presencial do crime e que conhece os criminosos e seus álibis – normalmente é uma testemunha devastadora – pode ter o efeito contrário do pretendido. Mesmo se ela estiver dizendo a verdade, pode ter o efeito não-intencionado de piorar o seu caso ao invés de melhorá-lo – se a testemunha é um escroque que negociou alguma espécie de benefício em troca de seu depoimento.

2. Prova próxima a uma completa

confissão – normalmente o fim das chances do acusado em um júri – pode ter o efeito não esperado de fazer o seu caso mais fraco do que mais forte, se a testemunha na qual o júri tiver de acreditar for alguém no qual eles não vão confiar.

A defesa tem o direito de conhecer tudo que tenha reflexo na credibilidade da testemunha – talvez mesmo as suas (de um promotor) notas “de trabalho” a respeito das “declarações de uma testemunha de acusação”.

Por quê? Porque nas mãos de um defensor habilidoso e estrategista, todas as responsabilidades e a bagagem inseparável que esse tipo de testemunha traz para o seu caso, junto com a “confissão” ou as revelações, tornam-se os elementos de uma dúvida razoável que a defesa estará procurando e a tinta pela qual o resto de seu caso será então manchado. Pode ter o efeito de desviar o caso do assunto, o tema da culpa do acusado pode ser deixado de lado – como ocorreu no caso Moriarty/Halliday – passando o promotor a ter de tentar defender-se das fortes afirmações de fraude e má conduta por parte das testemunhas de acusação. Se o promotor perder o controle e começar em desespero defender mais do que acusar, o desastre estará logo após a esquina. A defesa irá contra essas testemunhas com tudo que puder encontrar, na esperança de fazer delas o elo vulnerável da ligação de suas correntes. (Lembre-se do livro *The Best Defense is a Good Offense*)

Um caminho certo para aumentar o problema é chamar mais informantes para depor do que o necessário. Assim como ocorre com as testemunhas para um álibi, se uma cai, todas elas caem juntas e possivelmente o seu caso também. Ouça a descrição feita por Roy Black em 1996 da alegria de um triunfante advogado de defesa em um caso muito repleto de testemunhas vulneráveis:

Miami News Times – “A vitória impossível” por Jim DeFede.

O julgamento de Willy Falcon e Sal Magluta será mais lembrado pelos vinte e sete informantes chamados pelos promotores para depor, cada um dos quais foi então dizimado pela abordagem de exame cruzado realizada pela equipe da defesa. “Antes que o julgamento começasse”, Black reconheceu, “nós

pensamos que teria sido assustador se a acusação tivesse apresentado o caso em três ou quatro semanas, fundada em um punhado de suas testemunhas principais, e tivesse trabalhado com essas testemunhas, colocando-as para depor,

e depois apresentado qualquer prova de corroboração que dispusessem”. “Se assim agissem, nós achamos que teria sido um caso difícil. Agradecemos por isso não ter acontecido”.

Ao invés disso, dizem Black e seus companheiros de defesa, a acusação chamou informante após informante – cada um mais desprezível que o último – todos os quais testemunharam contra Falcon e Magluta na esperança de ter as suas penas de prisão reduzidas. “O que aconteceu nesse caso é que as piores testemunhas deles cuspiram e envenenaram as melhores. Nós fomos capazes não só de criar dúvida razoável, mas provar também perjúrio. E quando você prova perjúrio sobre a testemunha A, B e C, então o júri automaticamente desconfia das testemunhas D, E e F”.

“Al Krieger concorda: Algumas das testemunhas eram tão ruins que contaminaram aquelas que não eram tão más”.

O primeiro jurado declarou, depois do veredicto a favor da defesa, que os jurados desconfiaram das testemunhas cooperantes porque elas tinham muito a ganhar por seus depoimentos. *Ninguém quis acreditar nessas vinte e sete pessoas que foram trazidas aqui, ele disse. A acusação apresentou tantas testemunhas que nós fomos inundados de provas, mas não era boa prova.*

Pós-escrito: Depois foi revelado que um dos jurados teria sido corrompido, o que ajuda a explicar a aludida “vitória impossível” da manchete. Em 3/3/2000, o jurado Miguel Moya foi sentenciado a dezessete anos de prisão por aceitar U\$D 500.000,00 de propina para votar pela absolvição. Além disso, Falcon e Magluta foram acusados de ordenar o homicídio de três testemunhas do julgamento. Esses acusados jogavam pesado.

Em 1991, o *Miami Herald* dedicou muito de sua primeira página e de sua primeira seção para uma série negativa de histórias acerca de informantes. O artigo principal demonstra como somos ambivalentes em relação à utilização de criminosos como testemunhas e como o seu mau uso pode criar o caos:

Criminosos privilegiados – mentir, fraudar e roubar para os Estados Unidos da América – infestam as Cortes do mundo.

A Acusação os denomina de CIs ou informantes confidenciais e eles constituem uma indústria em expansão que se desenvolve em segredo e sem quase nenhum controle público.

Alguns ficam ricos. Alguns corrompem policiais. Alguns fabricam depoimentos. Alguns armam armadilhas para pessoas inocentes. Alguns se livram – se não de homicídio – de assalto, roubo e tráfico de cocaína.

Alguns CIs são extremamente eficientes e orgulhosos do que fazem. “Eu sou um magneto para vermes”, diz Alex Spiegel, 41, bebericando Amstel Light na Pousada RJ no litoral.

Gregários e charmosos, Spiegel e sua classe poderiam chamar facilmente sua empresa sombria de Rats R Us⁹.

Enrolados nos bancos pelos crescentes confiscos, pelas cobranças de impostos e fundos descobertos, CIs compram leniência para eles e manobram com destreza um sistema de justiça criminal algumas vezes incauto.

Agentes da lei alegam enfaticamente que precisam de ratos para pegar ratos. A Polícia simplesmente não pode descobrir grandes casos de drogas e de corrupção sem CIs. “Elas, as testemunhas, não combinam de encontrar com você na Catedral Nacional”, diz Thomas V. Cash, agente especial encarregado do Escritório de Combate às Drogas de Miami.

Como a Acusação alista mais e mais informantes, quase como um viciado, questões acerca de custos, correção e efetividade se intensificam. Assim como reclamações.

“Se Benedict Arnold estivesse vivo hoje, o governo iria dar a ele um “ID”, uma Mercedes e chamá-lo de herói”, diz Fred Haddad. “Há uma obsessão em combater o tráfico de drogas. Ninguém dá a mínima para o que é necessário para pará-lo.”

Se informar insuficientemente os jurados acerca da extensão da bagagem negativa da testemunha, um advogado de defesa esperto pode acusá-lo de ocultar informação relevante ou de “dourar a pílula”.

O que este artigo ensina, acima de tudo, é como a mídia irá rapidamente contra você se algo der errado.

Apesar disso e a despeito de todos os problemas que acompanham a utilização de criminosos como testemunhas, o importante é que policiais e promotores não podem agir sem eles, periodicamente. Usualmente, eles dizem a pura verdade e ocasionalmente devem ser usados na corte. Se fosse adotada uma política de nunca lidar com criminosos como testemunhas de acusação, muitos processos importantes – especialmente na área de crime organizado ou de conspiração – nunca poderiam ser levados às Cortes. Nas palavras do Juiz Learned Hand, em *United States v. Dennis*¹⁰:

As cortes têm apoiado o uso de informantes desde tempos imemoriais; em casos de conspiração ou em casos nos quais

o crime consiste em preparar para outro crime, é usualmente necessário confiar neles ou em cúmplices porque os criminosos irão quase certamente agir às escondidas.

Como estabelecido pela Suprema Corte:

A sociedade não pode dar-se ao luxo de jogar fora a prova produzida pelos decaídos, ciumentos e dissidentes daqueles que vivem da violação da lei¹¹.

Nossa Justiça requer que uma pessoa que vá testemunhar na Corte tenha conhecimento do caso. É um fato singelo que, freqüentemente, as únicas pessoas que se qualificam como testemunhas para crimes sérios são os próprios criminosos. Células de terroristas e de clãs são difíceis de penetrar. Líderes da Máfia usam subordinados para fazer seu trabalho sujo. Eles permanecem em seus quartos luxuosos e enviam soldados para matar, mutilar, extorquir, vender drogas e corromper agentes públicos. Para dar um basta nisso, prender os chefes e arruinar suas organizações, é necessário fazer com que os subordinados se virem contra os do topo. Sem isso, o grande peixe permanece livre e só o que você consegue são bagrinhos. Há bagrinhos criminosos com certeza, mas uma de suas funções é a de assistir os grandes tubarões para evitar processos.

Delatores, informantes, co-conspiradores e cúmplices são, então, armas indispensáveis na batalha do promotor para proteger a comunidade contra criminosos. Para cada fracasso como os acima mencionados, há marcas de trunfos sensacionais em casos nos quais a pior escória foi chamada a depor pela acusação. Os processos do famoso Estrangulador de Hillside, a Vovó da Máfia, o grupo de espionagem de *Walker-Whitworth*, o último processo contra John Gotti, o primeiro caso de bomba do *World Trade Center*, e o caso da bomba do Prédio Federal da cidade de Oklahoma, são alguns dos milhares de exemplos de casos em que esse tipo de testemunha foi efetivamente utilizada e com surpreendente sucesso.

Essa perspectiva de fundo não tem a intenção de assustá-lo você ou de fazê-lo evitar o uso das armas disponíveis, mas, ao contrário, de reconhecer a validade da máxima de que “estar precavido é estar preparado”. Se você sabe onde estão as armadilhas, será capaz de evitá-las com sucesso.

A questão apropriada, então, não é se criminosos devem realmente ser utilizados como testemunhas de acusação, mas quando e como¹²? O material explorado a seguir em minha apresentação destina-se a nada mais do que cumprir os dois principais objetivos do promotor e do investigador:

1 – Descobrir a verdade, toda a verdade e nada além da verdade; e

2 – Apresentar, de forma persuasiva e adequada, o que você descobriu para um júri e convencê-lo a confiar na apresentação para atingir um veredicto justo.

B. Aja com cuidado. A esse respeito, existem algumas importantes regras de manual que devem ser normalmente observadas:

1 – O Departamento de Justiça e mais provavelmente o seu próprio escritório de promotoria mantém todo o tempo diretrizes a respeito do uso de informantes confidenciais. Conheça bem essas diretrizes.

2 – Faça acordos com “peixes pequenos” para pegar “peixes grandes”. Um júri irá compreender essa estratégia, mas poderá rejeitar qualquer coisa que pareça a concessão de um

acordo generoso com um “peixe grande” para pegar um “peixe pequeno”. Isso vai ofender a noção deles de justiça e vai ser explorado nas mãos da defesa. Em um caso desastroso e conhecido da costa leste, um chefe de polícia foi deixado de lado de maneira relativamente fácil para processar subordinados. Furiosos com essa inversão de prioridades, os jurados absolveram todos os subordinados. Também é caso de que, às vezes, ainda que você tenha um peixe maior em mente, aquele que você já tem na rede é simplesmente muito grande para conceder alguma coisa substancial em retorno por sua cooperação. Não continue quando os riscos não são mais favoráveis. Você deve estar preparado em termos muito fortes para defender e para justificar o acordo feito com o júri em seu argumento final e depois que ele tiver sido atacado pela defesa. *Por que você deu imunidade a esta testemunha?” Porque é inaceitável pegar só o homem da mala e deixar o senador desonesto livre, esse é o motivo. A integridade da lei – aliás nosso modo de vida – exige isso!*

3. Não abra mão de mais do que precisa para fazer um acordo. Essa é uma tentação a qual muitos promotores sucumbem. Se você tiver que desistir de alguma coisa, ofereça, em troca de uma confissão, um número menor de acusações ou uma redução do grau de severidade de um crime ou do número de anos que um cúmplice irá servir. Isso será freqüentemente suficiente para induzir um cúmplice a testemunhar. Soa melhor para os jurados quando eles descobrem que ambos os peixes ainda estão na rede. Imunidade total de acusações deve ser usada somente como último recurso. Condene-os e faça-os então testemunhar perante o Grande Júri. Recorra ao uso de imunidade após a condenação se necessário. Algumas vezes, se o peixe menor estiver preso firmemente na rede, tudo o que você tem a lhe dar é *uma oportunidade para ajudar a si mesmo* na sentença. Faça isso sem piscar. Diga-lhe que a escolha é dele. Tudo o que você vai fazer é alertar o juiz da cooperação dele ou da falta dela, dependendo do caso. Isso freqüentemente funciona porque o criminoso não tem outras opções para conseguir o que deseja.

A Seção 9-27.610 do Manual dos Procuradores dos Estados Unidos deixa

claro, como uma questão de política criminal, que, se possível, a um criminoso deve ser exigido *que incorra... em alguma responsabilidade por sua conduta criminosa*. Acordos de não-persecução devem ser usados somente como um último recurso e devem ser evitados a não ser que não haja nenhum outro caminho que leve ao objetivo pretendido¹³.

Não desperdice a oportunidade de transformar em vantagem o resultado de um agressivo exame cruzado que fez sua testemunha parecer uma pessoa horrível. Em outras palavras, vire a mesa.

É uma boa idéia lembrar ao advogado do acusado, de uma maneira não-ameaçadora, de que, em uma sentença, pode ser apropriadamente considerada a recusa do acusado em cooperar com a investigação de uma conspiração criminosa relacionada. E isso quando seus direitos previstos na Quinta Emenda¹⁴ já não estão mais em consideração. *Roberts v. United States*¹⁵. Ele pode ficar na frente do juiz como uma pessoa que ajudou ou como alguém que não ajudou. A opção é dele. Você vai se surpreender quão freqüentemente isso será tudo o que você precisa. Aceitar a responsabilidade torna-se um prêmio na sentença. Seja esperto. O criminoso irá respeitá-lo. Deve parecer que ele precisa de você e não vice-versa.

4. Você deve sempre estar no controle e não a testemunha! No momento em que sentir que a testemunha está ditando termos e ganhando controle da situação, você estará com problemas sérios e deverá reverter o ocorrido, pois você é quem deve estar no controle e não seus informantes. Não anule suas multas de estacionamento, não atenuie seus débitos de locação de automóveis ou intervenha em todos os seus problemas com a lei sem esperar repercussões mais tarde. Promotores e investigadores inexperientes tendem a afagar esse tipo de testemunha por medo de perder seu depoimento. Esse medo decorre da falta de entendimento acerca do que os guia. Um acordo básico é tudo o que você precisa para mantê-los a bordo. Quanto ao resto, eles estão apenas usando-o e você perdeu o controle. Seja firme. Recuse qualquer pedido não apropriado, mas lembre-se de que uma mera solicitação de testemunha informante por qualquer forma de consideração é

material *Brady*¹⁶. Se eles não cooperarem com você, livre-se deles!

5. O mais perigoso dos informantes é o delator da cadeia que alega que outro prisioneiro confessou-lhe e agora aparece pronto para testemunhar em troca de alguma consideração em seu caso. Algumas vezes, esses delatores dizem a verdade, mas, freqüentemente, inventam

depoimento do ar e erram detalhes. Esse é o motivo pelo qual os advogados de O. J. Simpson pediram para que ele ficasse em cela individual enquanto estava na Prisão do Condado de Los Angeles. Eles sabiam que qualquer prisioneiro que ficasse perto dele poderia inventar declarações incriminadoras.

Possivelmente, o mais infame episódio de perfídia de delator de cadeia envolveu Leslie Vernon White, que trouxe à luz os desencorajadores slogans da vida na prisão: *não use a caneta – mande um amigo e por que gastar tempo – jogue uma moeda*¹⁷. Isso é somente parte de sua história preocupante:

New York Times – A Califórnia abalada por um informante.

No mundo desagradável dos informantes da cadeia, traição tem sido há tempos o seu credo e favores dos carcereiros sua recompensa. Agora advogados e promotores devem ponderar se a ficção era o seu método. Essa é a implicação infeliz atrás da crise na aplicação da lei que foi revelada no Sul da Califórnia desde que um prisioneiro, Leslie Vernon White, que testemunhou vários casos de grande publicidade, demonstrou em outubro (1988) como ele podia fabricar as confissões de outros presos sem sequer ter falado com eles. Ele disse posteriormente ter mentido em um número significativo de casos criminais. Advogados de defesa compilaram uma lista de 225 pessoas condenadas por homicídio ou outros crimes graves, alguns dos quais sentenciados a morte, em casos nos quais o Sr. White e outros informantes prisioneiros testemunharam nos últimos dez anos no Condado de Los Angeles.

A regra de precaução contra a sujeira por parte de uma confissão na prisão oferecida por outro prisioneiro é a de que ela é falsa até que o contrário seja provado acima de qualquer dúvida razoável. Se você não sabe como Leslie Vernon White foi capaz de forjar confissões com credibilidade sem sequer falar com o alegado confesso sobre o crime, deve descobrir. Usando o telefone e fingindo ser outra pessoa, ele era capaz de coletar de fontes oficiais informação privilegiada suficiente acerca de um crime, a fim de convencer investigadores de que ele teria ouvido isso diretamente do suspeito. Uma leitura clara e instrutiva, que você deve experimentar, é *Key Witness*, de J. F. Freedman. É um romance, mas um que irá abrir-lhe os olhos. Poderia um delator em potencial, procurando informação sobre um acusado para trocar com a polícia, a fim de obter benefícios, invadir os arquivos de computador de um advogado de defesa? Pense a esse respeito.

6. Não chame criminosos para depor como testemunhas a não ser que, segundo sua avaliação mais cuidadosa, esse movimento signifique um avanço em sua habilidade de vencer o caso. Lembre-se, essa é uma área na qual menos pode ser mais! Quando você chama um informante, esteja preparado para guerra. A introdução de uma testemunha suja em seu próprio caso concede tremenda munição para a defesa, munição que freqüentemente é mais poderosa do que o benefício que você espera. Aqui, por exemplo, está uma lista da Associação Nacional dos Advogados de Defesa Criminal sobre o tipo de fraqueza que seu oponente estará procurando:

Se o informante era viciado em drogas ou álcool durante o período relacionado ao depoimento, testemunhas e arquivos médicos demonstrando esses vícios devem ser apresentados. Se o informante falhou no teste de urina enquanto estava em liberdade provisória e enquanto ‘cooperava’ com a Acusação, os arquivos dos serviços de acompanhamento da liberdade provisória, demonstrando a continuidade do uso de drogas antes do julgamento, devem ser apresentados. Se você pode documentar inconsistências ou omissões críticas entre o que o informante declarou em uma inquirição ou perante o grande júri e o que ele disse em outras, isso deve ser cuidadosamente demonstrado durante a oitiva. Similarmente, qualquer prova que você tiver sobre outros depoimentos falsos feitos pelo informante, particularmente aqueles feitos com a ameaça da sanção para o perjúrio (como falsas declarações feitas em pedidos de empréstimos, devolução de impostos, licença de motorista, formulários do INS etc.), deve ser apresentada. Condenações prévias do informante (admissíveis para questionar a credibilidade pela Regra 609) ou prova acerca de opinião ou reputação demonstrando que o informante não é pessoa com credibilidade (admissível pela Regra 608) deve ser colocada nos autos. Se você tiver prova tendente a demonstrar que o informante tinha motivos para mentir sobre seu cliente ou qualquer prova de preconceito, ela deve ser apresentada. E, claro, você deve estabelecer qual sentença o informante estava enfrentando, qual a pena mínima e os critérios de fixação da pena apropriados sem a cooperação e quais outros benefícios (como imunidade para parentes) o informante irá obter como retorno para a sua cooperação. Todos esses fatores são indícios de falta de credibilidade do declarante e, por conseguinte, são indícios da falta de confiança que merecem suas declarações.

Os jurados esperam que os promotores sejam homens e mulheres de integridade. Se você não demonstrar a apropriada distância entre você e a testemunha na corte e se não tiver trabalhado com sua testemunha corretamente antes disso, sua própria credibilidade na corte pode ser igualmente perdida. Você deve sempre perguntar não somente o que a testemunha tem a dizer, mas o que o júri irá pensar não só dele como pessoa, mas de você em virtude de como lidou com a situação.

Não tente fazer adivinhações sozinho. Chame para aconselhá-lo um promotor experiente que não esteja envolvido no seu caso. Tente isso com um amigo que não seja advogado. A reação de seu amigo pode surpreendê-lo e informá-lo para a tomada de sua decisão.

Se eu fosse responsável por dirigir um escritório da Promotoria, requereria que todos os assistentes submetessem essas decisões a um supervisor experiente e que não estivesse envolvido no caso antes de eles irem adiante. Promotores a frente do caso estão tão pertos da ação que algumas vezes perdem a perspectiva nesses assuntos.

7. Se você decidir chamar um informante como testemunha, irá acabar perdendo muito tempo preparando-o para o depoimento. Nem todas as testemunhas desse tipo são criminosos de rua pesados, alguns deles são afáveis e tentarão cair em suas boas graças. Permaneça cortês, mas não baixe a guarda e não compartilhe com eles o tipo de informação que você compartilharia com um amigo ou colega. Hoje, ele pode estar testemunhando para você, mas, como o membro de gangue, Henry Harris, fez no Caso El Rukns em Chicago, nos anos noventa, amanhã ele pode decidir voltar-se contra você. Então, nunca diga qualquer coisa para uma testemunha – ou para qualquer um incluindo pessoas de sua equipe sobre o assunto – que você não repetiria na corte nem gostaria de ver na primeira página do *Washington Post* ou no jornal de sua cidade. A última testemunha de defesa no Caso DeLorean era um ex-agente da DEA que testemunhou que um dos promotores orgulhou-se em ver a equipe de investigadores na capa da revista *Times*. O agente declarou que a investigação era dirigida com “zelo cego” para obter celebridade. Apesar de tal declaração ser falsa, ela foi danosa à tentativa da acusação em rebater a alegação de *entrapment*.

Então, claro, houve os depoimentos, durante o julgamento de O.J. Simpson, prestados por C.Anthony “O Animal” Fiato, um assassino da Máfia protegido pelos federais, e por seu irmão Larry. Segundo esses depoimentos, o detetive Philip Vanatter teria supostamente feito declarações para os irmãos Fiato que eram inconsistentes com o seu depoimento a respeito do motivo pelo qual ele teria ido à casa dos Simpsons depois da esposa de Simpson ter sido encontrada morta. Essas declarações dos Fiatos foram utilizadas pela defesa para sustentar uma vigorosa reclamação de que Vanatter era um mentiroso. O que quer que Vanatter tenha ou não dito aos Fiatos, ambos os quais foram chamados a depor pela defesa, é certo que ele aprendeu (ou reaprendeu) que não se deve falar com informantes sobre assuntos relacionados a casos sensíveis, e que criminosos estão tão propensos a depor para você assim como estão dispostos a testemunhar contra você: tudo depende onde eles vêem a melhor manteiga para o seu pão.

8. Tenha presente sempre – especialmente quando você estiver ao telefone – que você está sendo gravado. Se pretender

ler uma história assustadora de um informante que secretamente gravou as afirmações impróprias de um investigador tentando fazê-lo cooperar, leia o capítulo intitulado *The Boro Park Connection*, do livro *The Best Defense*, de Alan Dershowitz. Quando o investigador descobriu, pela primeira vez durante o depoimento da testemunha, que ele havia sido gravado, sua cadeira transformou-se em um assento verdadeiramente quente. Mas leia o livro e não leve em conta apenas a minha palavra a respeito.

Lembre-se, informantes não são seus amigos. Mantenha a saudável distância entre você e esse tipo de testemunha. Na mesma linha, deixe-os fora das discussões estratégicas a respeito do caso. Se a testemunha passar a acreditar que é um do time ou um *junior G-man*, ela pode sentir-se tentada a ajudá-lo fabricando prova que não existe.

9. Agentes policiais, ao tratarem com informantes podem despropositadamente causar problemas significativos. Os agentes simplesmente não apreciam a corte e as implicações de credibilidade decorrentes do fato de ficarem tão próximos das testemunhas informantes. Ocasionalmente, eles ficam muito próximos da testemunha estrela. No processo de 1995 contra o advogado Patrick Hallinan, em Reno, Nevada, por exemplo, os agentes ficaram tão amigos de sua testemunha Ciro Mancuso, que estava sendo utilizada contra o ex-empregador Hallinan, que permitiram que Mancuso preparasse e digitasse os seus relatórios policiais (DEA 6s). Além disso, os agentes permitiram que ele, sem supervisão, colhesse prova que a defesa, no julgamento, demonstrou com sucesso ser fraudulenta. Ademais, os agentes permitiram que ele mantivesse USD 2.000.000,00 a mais do que os USD 5.000.000,00 providenciados pelo acordo de colaboração, tudo isso sem impostos. De forma notável, os agentes ainda permitiram que Mancuso mantivesse uma arma mesmo sendo ele um criminoso condenado. Todos esses erros desnecessários revelam uma falta de controle sobre a testemunha e foram com sucesso explorados, durante o julgamento, pela defesa no ataque contra os motivos e a credibilidade de Mancuso e manchando a boa-fé da acusação. A lição aqui é a de que os seus agentes devem estar tão alertas quanto você acerca da

necessidade de lidar apropriadamente e com cuidado com informantes, ou seja, com pessoas de caráter questionável e que estão lucrando com sua cooperação. Você deve encontrar-se com os agentes no início da investigação para discutir o problema e para estabelecer regras básicas apropriadas.

Qualquer promotor que lide com agências federais que tenham programas bem desenvolvidos para informantes faria bem em ler *Deadly Alliance*, por Ralph Ranalli, que narra a história de como as coisas foram mal com o Programa do FBI para Informantes do Alto Escalão em Boston. Algumas vezes, há coisas que você precisa saber, mas a agência está relutante em dizê-las a você. Cuidado!¹⁸

10. Nunca se esqueça de que a Defesa pode tentar provar que a sua testemunha fez o que ela diz ter sido feito pelo acusado. O argumento para o júri é assim: *Claro que ele tem conhecimento profundo dos fatos do crime. Ele é a pessoa que o cometeu, esse é o motivo! Agora, senhoras e senhores, ele está mentindo para salvar sua própria pele, encorajado pelo perturbador acordo dado a ele pelo promotor sem cuidado e inepto.*

C. O contato inicial.

1. Seu primeiro obstáculo envolve considerações éticas. A testemunha em potencial está representada por um advogado? Foi ela indiciada? Se positivo, é exigido que você trabalhe por intermédio do advogado, mesmo quando você suspeita da integridade dele? A Regra Modelo 4.2 de Conduta Profissional da *American Bar Association – ABA*¹⁹ e a Regra Disciplinar 7-104(A)(1), por exemplo, proíbem o contato com uma pessoa representada por um advogado sobre o assunto em questão, sem que o contato seja feito mediante advogado. Alguns Estados também têm esses parâmetros éticos para advogados. Além disso, o *Standard 4.1(b)* dos Parâmetros Mínimos para a Justiça Criminal da ABA estabelece, em parte, como se segue:

É uma conduta anti-ética para um promotor engajar-se em discussões sobre acordo diretamente com um acusado que é representado por um advogado, exceto com a aprovação do advogado...

Se a testemunha em potencial estiver indiciada e ela chamar a pessoa e disser

que pretende cooperar, mas que não quer que o seu advogado saiba disso, deve-se ser cuidadoso. Essa é uma situação que deve ser lidada com muito cuidado. Haverá confrontação não só com a questão da renúncia dos direitos da Quinta Emenda, mas também com a da renúncia dos direitos da Sexta Emenda²⁰, o que também exige um elevado ônus de prova. E, lembre-se, um acusado pode renunciar aos direitos dele, mas ele não pode renunciar às suas obrigações éticas.

A conduta dos promotores federais nesta área é atualmente regulada pelo 28 U.S.C. § 530(B), denominada de “Ato McDade”, seguindo o congressista que o defendeu. O Ato McDade, que entrou em vigor em abril de 1999, exige de todos os promotores federais que respeitem *as leis e regras estaduais e as regras locais das cortes federais que regulam a conduta dos advogados em cada Estado no qual os advogados atuam com ações como advogado, na mesma extensão e da mesma maneira do que os outros advogados no Estado*. Para orientação, os promotores federais devem contatar o Escritório de Conselho para Responsabilidade Profissional da Justiça para obter informações sobre as últimas regras e políticas, que vêm mudando anualmente desde 1985. O Décimo Circuito Federal decidiu que o Ato McDade deve ser interpretado em seu sentido literal²¹.

O caso *Lopez* irá mostrar quão problemático esse procedimento pode ser. O promotor em *Lopez*, que arrumou um encontro entre acusado e juiz, culminou por ser representado pelo advogado do acusado no *Arizona State Bar*. Apesar de o promotor ter sido, um ano depois, exonerado de qualquer responsabilidade, segue aqui o seu conselho: *Apesar das políticas e regulamentos do Departamento, nunca se comunique com uma pessoa representada sem a permissão do advogado; o risco profissional não compensa*. A linguagem do Nono Circuito Federal no caso *Lopez* dá razão ao seu conselho: *Estamos confiantes de que, quando não há nenhuma demonstração de prejuízo substancial para o acusado, sanções mais leves (do que a dispensa do indiciamento), como sancionar o promotor por afronta à corte ou remeter a questão ao órgão estadual dos advogados para procedimentos disciplinares, podem ser adequadas para disciplinar e*

punir promotores da acusação que tentam contornar os parâmetros de conduta de sua profissão.

Verifique a lei de sua própria jurisdição sobre esse assunto e, se você trabalha para o Departamento de Justiça, tenha certeza de que dispõe de uma cópia dos últimos regulamentos do Departamento sobre a área. Para ser protegido por esses regulamentos, sua conduta deve estar conforme a deles.

2. Uma segunda complicação que poderá enfrentar nesse contexto é a situação na qual a testemunha, em algum ponto durante o seu relato, começa a contar sobre novos crimes em andamento ou iminentes em acréscimo aqueles que já aconteceram. Para uma visão geral acerca do problema em lidar com crimes novos ou em andamento que surgem durante a preparação de um caso, leia *Maine v. Moulton*²², e verifique os regulamentos do Departamento sobre o assunto.

Este assunto pode tornar-se sensível de forma incomum quando a testemunha com a qual você trata é um advogado que está, ele mesmo, sob suspeita de conduta criminal, e de repente, oferece seu próprio cliente em relação a ofensas novas ou em andamento em troca de leniência ou imunidade. Essa situação rara, mas real, deve imediatamente soar sinos de alarme em sua mente analítica, levantando questões acerca do privilégio, direitos da Quinta Emenda, direitos da Sexta Emenda, conflito de interesses e regras disciplinares, especialmente se for sugerido que o advogado utilize um gravador e trabalhe com seus clientes acerca dos crimes em andamento. Se você não for extremamente cauteloso, pode ser bem sucedido em condenar os clientes do advogado, mas ao custo de sua própria licença para praticar o Direito, ou seja, uma vitória com efeitos colaterais.

O caso *United States v. Ofshe*²³ contém um exemplo descritivo dos problemas escondidos nesta situação. Leia quanto aos fatos, mas o fundamental para o promotor pode ser encontrado na nota de rodapé de número seis da opinião, a seguir:

Enquanto não consideramos a conduta da acusação [utilizando o advogado Glass para preparar um caso contra seu cliente Ofshe] suficientemente ultrajante para garantir a rejeição do indiciamento, acreditamos que a conduta [do advogado e do promotor federal assistente] foi repreensível. Como o juiz distrital tem mais familiaridade com a conduta do advogado, presumimos que ele irá remeter o assunto para a Comissão de Registro e de Disciplina dos Advogados, com endereço na 203, North Wabash, Suite 1900, Chicago, Illinois 606601, para uma ação apropriada.

Ofshe era um caso de tráfico de entorpecentes no qual nenhuma vida estava diretamente em risco. Seria a análise diferente se o advogado ardiloso viesse a você e relatasse que seu cliente contratou os serviços de um assassino desconhecido para matar uma testemunha, ou um promotor ou juiz? Provavelmente sim, baseado nos elementos do teste da conduta ultrajante da acusação, que exige um exame da totalidade das circunstâncias, mas isso remanesce sendo uma área que deve ser tratada com grande cautela.

3. No relato de qualquer co-acusado recrutado para ser utilizado contra seus cúmplices, tome grande cuidado a fim de evitar de *invadir o campo usual da defesa*. Se a testemunha, sem nenhum aviso, começar a contar-lhe os detalhes do encontro no qual a estratégia da defesa foi discutida e na qual ele

esteve com os co-acusados e seus advogados, você tem um problema. Essa armadilha é facilmente evitável mediante aviso por escrito à testemunha para que não fale sobre qualquer encontro dessa espécie²⁴.

D. Quem começa, você ou a testemunha?

1. O primeiro problema que usualmente aparece é a situação denominada de *Catch 22*²⁵, na qual se pretende saber exatamente o que a testemunha tem a oferecer antes de comprometer-se com um “acordo”, mas a testemunha, mesmo desejando cooperar, está receosa de falar, por ter medo de auto-incriminar-se, a não ser que lhe seja prometido algo primeiro. Quando você estiver nessa situação difícil, nunca “compre um porco dentro de um saco”. Se conceder primeiro a um criminoso imunidade absoluta em relação ao processo ou comprometer-se irremediavelmente com um acordo generoso, e só então perguntar a ele o que sabe, provavelmente você não vai conseguir nada, salvo ar quente. **Remova o incentivo para a testemunha cooperar e você vai perder todos os peixes, o grande e o pequeno.** Nunca se esqueça que quase sempre eles estão cooperando porque você os tem bem amarrados. Abra a porta muito cedo e o desejo dele de cooperar vai evaporar.

A resposta para esse dilema aparente é muito simples. Peça uma amostra! Prometa à testemunha por escrito que você não vai usar o que ela lhe disser nesse estágio do processo contra ela, mas deixe igualmente claro que a sua decisão de fazer ou não um acordo e do que o acordo irá ou não conter não será feita antes que você tenha oportunidade de verificar o valor e a credibilidade da informação. Diga-lhe: *É uma oportunidade que você tem para se ajudar, aceite-a ou deixe-a.* Se eles não confiam em você o suficiente para dar o primeiro passo – como você poderá confiar neles? Você pode falar de possibilidades, mas é tudo! E lembre-se, uma vez que se comprometeu a algo, sua palavra deve ser tão boa quanto ouro em relação ao que fará se eles cumprirem a sua parte e ao que fará se eles não a cumprirem! Advirta-o: Se ele afirmar depois algo diferente do que disse na amostra, há implicações do precedente *Brady*.

2. Tenha certeza de que todo o entendimento preliminar está escrito e assinado pelas partes. *Tente antecipar todos os problemas com os quais você pode ser confrontado durante o caminho.* Considere adicionar uma “provisão Mezzanatto” por meio da qual o informante concorda que qualquer declaração que ele fizer durante os encontros ou negociações pode ser utilizada para questionar e contraditar a credibilidade de seu depoimento em seu julgamento caso o acordo não seja celebrado. Em *United States v. Mezzanatto*²⁶, a Suprema Corte decidiu que esse tipo de provisão é uma renúncia válida da Regra Federal de Evidência n. 410 e da Regra Federal de Processo Criminal n. 11(e)(6).

3. Lembre-se, o documento pode voltar para assombrá-lo se ele for mal redigido. Tenha certeza de examiná-lo como um documento de provável exibição na Corte e tente evitar redigi-lo de forma que possa ser utilizado contra você ou de forma que você não possa usá-lo. **Não se esqueça de que seu lado do acordo – imunidade ou o que quer que seja – será usado na Corte pela Defesa como “o motivo pelo qual a testemunha está mentindo”.** A Defesa irá caracterizá-lo como “troca”, “propina” etc. Não cause a si mesmo problemas desnecessários

abrindo mão de muito.

4. Investigue acerca da existência de “acordos-paralelos” e secretos com a polícia. Se eles existirem, e podem existir, revele-os. A defesa tem o direito de saber tudo o que a testemunha, seus parentes e seus amigos receberam como promessa em retorno pela cooperação. Se o júri descobrir só no exame cruzado que o investigador-chefe do caso estava pagando cem dólares por semana à testemunha durante o julgamento ou resolvendo suas multas de estacionamento, você estará com um grande problema.

E. Extraindo informação da testemunha.

1. Um promotor nunca deve conduzir uma entrevista sem a presença de um investigador. E lembre-se, nunca diga nada a um criminoso que você não quer que seja repetido na corte. Ele pode estar gravando você!

2. Assim que um entendimento preliminar for atingido e a testemunha estiver preparada para dizer a você o que ela sabe sobre o caso, o suspeito etc., devem ser tomadas precauções para que a testemunha diga toda a verdade e não apenas parte dela.

3. Sua primeira linha de defesa aqui é o advogado da testemunha. Convença-o da exigência de absoluta honestidade e total abertura de informações e solicite a ele que tenha uma conversa privativa com a testemunha para tentar colocar isso na mente dela. **Essas testemunhas invariavelmente escondem informações que possam fazê-las parecer más.** É devastador, na frente de um júri, descobrir que a primeira coisa que a testemunha fez foi mentir ao promotor ou ao agente do caso! Omissões deliberadas são tão ruins como mentiras, e elas podem ser descobertas. Não comece a inquirição até que o advogado assegure a você de que ele acredita que seu cliente está pronto para vir completamente aberto.

De fato, você pode exigir ao acusado que renuncie por escrito ao seu direito a sigilo em suas conversas com o advogado, para ter certeza de que ele não contou ao advogado uma história diferente. Não se espera do advogado de defesa permanecer indiferente e permitir que seu cliente obstrua a Justiça e cometa perjúrio, mas alguns advogados de defesa podem sentir-se de mãos atadas

pelo sigilo profissional, o que ocorreu em *Murdoch v. Castro*²⁷. A falha do promotor deste caso, em usar seu poder para chegar ao fundo do problema antes do julgamento, resultou em litígio e revisão colateral sem fim e desnecessários. Se sua testemunha criminal recusar-se a renunciar o direito ao sigilo, então ela está no controle e não você, e a recusa deve levantar uma grande bandeira vermelha de cautela. Suas próximas palavras para esse informante relutante devem ser “bom, o acordo está encerrado e a conversa está acabada”.

4. Quando você começar a inquirição, repita a necessidade de completa honestidade e total abertura de informações. Discuta sobre o perjúrio e a responsabilidade da testemunha por falsificar provas etc. O objetivo é “obter a verdade” e não “pegar o suspeito”. Deixe a testemunha saber que, se ela chegar à Corte, a verdade irá certamente surgir no exame cruzado. Diga a ela que, o acusado não vai sentar ali e assisti-lo enfeitar os fatos. Você quer ouvir tudo agora e não depois. Um problema freqüente aqui encontrado é o de que a testemunha irá falsamente minimizar seu papel no esquema. Advirta-a para não fazer isso e fique alerta quanto a provas de que é isso que ela faz, o que aparecerá, se você procurar.

5. Um erro incrível cometido em mais de uma ocasião – especialmente por agentes – é o de ouvir a história do informante e então dizer a ele, “isso não é suficiente, você vai ter que vir com mais”. O ímpeto para essa declaração vem do conhecimento dos agentes de que os informantes guardam material consigo, mas esse tipo de “abridor de lata” não deve ser usado por duas razões. Primeiro, o informante pode reagir fabricando “coisa melhor”, uma eventualidade pela qual você não quer ser responsável. Segundo, quando os jurados ficarem cientes desta tática, eles vão querer muito acreditar que você e seus agentes solicitaram informação falsa. Esse erro teve um papel significativo no processo malsucedido contra o advogado Patrick Hallinan em Reno, Nevada, em 1995. Quando os jurados descobriram que o informante colaborador não havia acusado seu próprio advogado Hallinan antes dos agentes terem lido o dito que ele deveria vir com mais elementos, a força

do caso da acusação foi embora. Se você tiver feito seu trabalho corretamente antes de iniciar a inquirição acerca do que a testemunha sabe, esta meia bagunça não deve ocorrer.

6. Não forneça à testemunha informação-chave. Primeiro, deixe-a contar a história completa por sua conta. Então, pergunte quaisquer questões necessárias para preencher as lacunas etc. Um dos seus melhores argumentos para o júri é de que a testemunha deve ter estado no local (ou conversado em confidência com o acusado) porque ela sabia detalhes que somente alguém que tivesse estado no local iria saber! Não o perca, por ser fonte de informação crucial. Tenha certeza de que todo mundo em sua equipe entenda isso e não deixe o “gato fora da cesta”. Os investigadores devem procurar por esse tipo de prova durante a inquirição e fazer boas anotações. Lembre-se, pode ser necessário revelar todas as anotações na Corte, como as relativas a declarações inconsistentes, mentiras, negações falsas e insinceros “eu não me lembro”.

7. O acusado sabe mais sobre o informante do que você! Essa vantagem pode habilitar o acusado a montar um ataque no exame cruzado etc., baseado em fatos ou circunstâncias que você não conhece e que não foram reveladas pelo informante. Para evitar ser pego despreparado, pergunte ao informante o que o acusado poderia revelar para desacreditá-lo ou para desacreditar o depoimento dele. Dedique tempo a isso porque você estará sondando informação que a testemunha pode não querer revelar a você. Mais uma vez, uma história de um julgamento real é o melhor exemplo para esse problema:

“A Vitória Impossível”. Especialistas dizem ser raro que procuradores encontrem advogados de defesa que saibam mais sobre as testemunhas da acusação do que a própria acusação. Mas é isso exatamente o que aconteceu no caso de Willy e Sal. Além do gasto de um número não revelado de milhões com advogados, Falcon e Magluta também contrataram um grupo de investigadores particulares que correram pelos Estados Unidos e pela América Latina para obter informação incriminadora sobre as testemunhas de acusação. “O que fez a diferença foi o fato de que Sal Magluta e Willy Falcon estavam querendo lutar e

patrocinaram uma investigação que poderia expor todas essas coisas”, disse Black, que atribui a vitória a um fio crescente de sucessos, incluindo sua representação de William Kennedy Smith e do antigo oficial de polícia de Miami William Lozano. “Quantas pessoas podem custear uma busca de informações da espécie? Você sabe quantas testemunhas investigamos antes do julgamento? Eles chamaram cerca de trinta cúmplices como testemunhas, mas eles haviam avisado uma lista de testemunhas de oitenta e uma e acrescentaram quatro ou cinco antes do julgamento”.

Entre as muitas testemunhas de acusação, Nestor Galeano provou ser a favorita da equipe da Defesa. Seu depoimento, eles acreditam, foi o ponto de virada do caso. Antes do início do julgamento, os advogados de Defesa obtiveram várias cartas escritas por Galeano na prisão para um amigo na Colômbia, o companheiro de contrabando de cocaína chamado Manuel Garces. Nessas cartas, Galeano, eloqüentemente, explicou sua crença de que o sistema de Justiça norte-americano era corrupto e o único meio de lidar com ele era jogar com ele, fazer o que fosse necessário para sair da prisão, inclusive, afirmaram os advogados de defesa, mentir como testemunha para favorecer promotores. “Essas cartas foram um embaraço gigantesco para a acusação”, disse Krieger. “Ou pelo menos deveriam ser”.

Pós-escrito: Como apontado antes, um dos jurados foi corrompido no caso, o que ajuda a explicar o veredicto. De qualquer modo, é uma boa lição do que a defesa pode descobrir de uma testemunha de acusação.

8. Não tenha medo de submeter a história e a testemunha a intenso escrutínio e exame cruzado. Não tenha medo de que a testemunha vá desmoronar. Se isso acontecer, é melhor que ocorra em seu escritório do que na Corte. Promotores sem muita experiência tendem a tratar essas testemunhas muito docilmente com medo de que elas não se sustentem ou de que parem de cooperar. Isso é errado. Vá com tudo contra ela!

9. Fique alerta para qualquer sugestão indicada de que o informante é realmente a pessoa que cometeu o crime sob investigação e de que ele está falsamente colocando a culpa em outra pessoa para salvar a própria pele. Veja *Commonwealth v. Bowie*²⁸. Se ele sabe tanta informação sobre o crime, a defesa pode alegar que ele apreendeu isso não do acusado, mas porque ele foi o autor! Para entender as dimensões e ramificações desse tipo de defesa, leia *Kyles v. Whitley*²⁹.

F. Teste a história da testemunha:

1. Desconfie de tudo que um informante contar. Seja ativamente desconfiado. Procure corroboração em tudo o que puder; siga todas as indicações de que ele possa estar inventando.

2. Obtenha informação sobre o passado da testemunha.

a. Problemas mentais.

b. Relatórios de períodos de *probation*³⁰.

c. Relatórios policiais pretéritos.

d. Informações de promotores que tenham processado a testemunha ou a utilizado na corte. O que eles acham de sua credibilidade? Como os jurados reagiram a ela? Foi ela uma testemunha que ajudou ou ela trouxe mais problemas do que vantagens?

e. Arquivos de memorandos de sentença apresentados pelos promotores em casos pretéritos.

f. Registros de comportamento prisional da testemunha.

3. Acesse os motivos da testemunha. Por que ela decidiu mudar de lado? **Você deve entender por que ela mudou a fim de mantê-la do seu lado.** Essa compreensão vai afastá-lo de erros causados por achar que tem de ser amigável e generoso para mantê-la no seu time. Normalmente, ela vai ficar com você até conseguir o que pretende, ou seja, o benefício prometido.

Você realmente entende pessoas que cometem crimes? Por que pessoas realizam roubos armados, trapaceiam o governo, vendem drogas, enganam idosos, atacam Nancy Kerrigan?

O que os faz dispararem? Como pensam?

E quando eles são pegos, por que correm como lemingues para o escritório do promotor para tornar-se delatores contra seus amigos, parentes, associados e colegas?

Por que Sammy, o Touro Gravano, testemunhou contra John Gotti? Por que Jimmy, o Doninha, voltou-se contra a Máfia? Carlos Lehderer, contra Manuel Noriega? John Dean, contra o Presidente Nixon? Jeff Gilooly, contra Tonya Harding, sua ex-esposa?

Você sabe o que é um sociopata? Do que um sociopata é capaz?

Sabe como criminosos se comportam quando capturados e o que os motiva? Você pode separar a verdade de suas mentiras? Você sabe como controlar Sammy, o Touro? Jimmy, a Doninha? Carlos Lehderer? Jeff Gilooly? Ou eles é que irão controlar e dirigir você?

A não ser que você entenda os criminosos e consiga controlar seu comportamento traçoeiro, poderá ser a próxima vítima.

Ocasionalmente, você vai encontrar uma testemunha que está realmente e verdadeiramente arrependida do que fez. Trabalhe com isso por tudo o que vale perante o júri – mas primeiro tenha certeza de que o sentimento é real. Usualmente, é falso.

4. Tome cuidado com viciados em drogas. Considere um exame médico e descubra de um médico o efeito das drogas das quais sua testemunha abusa na capacidade dela de depor. *Valium* arruína sua memória? Você pode querer chamar o médico durante seu caso.

5. Se a sua testemunha estiver “emprestada” de um governo estrangeiro no qual o devido processo não é uma alta prioridade, certifique-se de que a testemunha não recebeu uma missão por escrito. *Xiao v. Reno*³¹, relata a história de um promotor federal assistente pego em um incidente fatal provocado por uma testemunha informante. Ela depôs pela acusação, mentiu e subseqüentemente revelou sua mentira, explicando que estava sob pressão do Governo da República da China para incriminar falsamente o acusado. Agora a testemunha está buscando asilo em nosso país porque teme que será morta se retornar à China e o AUSA está sob investigação por supostamente mentir à Corte e por cometer outras violações éticas enquanto essa bagunça é revelada.

6. A chave para aceitação pelo júri de um testemunho de um criminoso é a extensão na qual o depoimento é corroborado. A regra que permite a condenação de um acusado baseado em um depoimento não corroborado de um cúmplice pode proteger você da regra 29, mas será de pouca ajuda com os jurados.

O *New York Times* em sua discussão do caso de corrupção de Friedman³², colocou a questão dessa forma:

A maior força da acusação no caso era igualmente sua maior fraqueza: O Sr. Lindenauer. Sua força estava no seu conhecimento próximo do esquema de corrupção e extorsão que se espalhou no Park Bureau e na sua habilidade para descrevê-lo cumpridamente e em detalhes como testemunha. Sua fraqueza era o fato de que ele teria feito parte do esquema e ganhado perto de USD 250.000,00 com ele, trabalhando em conjunto com o Sr. Manes.

O Sr. Lindenauer declarou-se culpado no último março em relação a acusações federais de racketeering³⁵ e fraude, reduzidas de um indiciamento de trinta e nove acusações como parte de um acordo com a acusação por seu depoimento. Ele enfrenta uma pena de até vinte e cinco anos e USD 500.000,00 em multas, mas não se espera que seja sentenciado até que termine sua função em outros julgamentos relacionados ao escândalo municipal.

O Sr. Lindenauer tem uma longa história de mentira e de outros comportamentos fraudulentos, que os advogados de defesa forçaram-no a admitir durante o exame cruzado e exploraram enquanto procuraram eliminar sua credibilidade. Mas peça por peça, porções de seu depoimento foram corroboradas por outras testemunhas da acusação. No final, o júri de sete mulheres e cinco homens concordou com o Sr. Giuliani e retornou com um veredito de culpado para uma série de acusações contra os quatro acusados.

Verifique tudo o que sua testemunha disser. Procure por prova documental, testemunhas de corroboração, declarações pretéritas consistentes – tudo. Se ele diz que fez uma ligação importante por telefone, traga os registros da companhia telefônica. Se que estava em Las Vegas, prove independentemente, com atendentes ou registros de hotéis. Em um caso de espionagem bem divulgado em Los Angeles, a pessoa que passou documentos secretos ao espião testemunhou que recebia dinheiro em troca e que o colocava em sua conta de banco. O promotor corroborou o fato com extratos bancários, demonstrando conclusivamente que ele colocava mais dinheiro em sua conta enquanto estava espionando do que poderia ganhar com o salário. O excesso coincidiu com suas

declarações para o FBI e seu depoimento com o montante de pagamentos. Em *United States v. Martinez*³⁴, ao promotor foi permitido provar que outras pessoas acusadas pela testemunha haviam se declarado culpadas, isso para rebater o ataque de Martinez contra os motivos e a credibilidade da testemunha. O caso *Martinez* estabelece que quando a defesa ataca a credibilidade da testemunha, prova que não seria admissível diretamente pode ser trazida indiretamente para defender a testemunha.

7. Nunca negligencie a oportunidade apropriada para utilizar o contato de sua testemunha com o suspeito, a fim de tentar extrair dele declarações incriminadoras – gravadas, é claro. Isso é dinamite se você conseguir. Seu investigador vai ajudar você e a testemunha a montar um cenário plausível para esse encontro. Mas não se precipite³⁵.

8. De fato, a fraqueza inerente à prova produzida pelo depoimento do informante pode ser utilizada para satisfazer “a exigência de necessidade” para uma gravação federal prevista no 18 U.S.C. § 2518(1)(c) e (3)(c). (A função de busca da verdade real de nossas Cortes é atingida grandiosamente quando a prova utilizada não é contaminada pela fonte imediata do informante e foi purificada da bagagem que sempre carregam com eles³⁶).

9. Considere o polígrafo, mas não o utilize apenas porque está à disposição. A máquina é falível! É um instrumento, não uma garantia. Muitos promotores experientes irão aconselhá-lo a não usá-lo como uma aposta. Esse grupo de suspeitos (criminosos cooperantes) é notório por ser submetido a testes de polígrafos. Em um caso grande contra um grupo ultra-direitista de terroristas, os promotores condicionaram “o acordo” ao sucesso da testemunha no polígrafo. Apesar de os promotores ficarem convictos de que a testemunha estava falando a verdade, ela não passou no teste. A defesa fez uma batalha disso no exame cruzado e agora os promotores referem-se ao condicionamento como um erro.

a. Converse com o operador do polígrafo sobre sua eficácia;

b. Não se refira a ele na Corte se for utilizá-lo apenas como um instrumento de investigação.

c. A última decisão da Suprema Corte acerca de resultados do polígrafo e do

precedente *Brady* é *Wood v. Bartholomew*³⁷. Os resultados do teste do polígrafo, por si sós, não são material *Brady*.

10. A melhor maneira de antecipar a derrocada de uma testemunha é colocar-se no papel do advogado de defesa de seu suspeito. Se você estivesse defendendo o seu alvo, como atacaria essa testemunha e o seu depoimento? Contrate-se a si mesmo, como se você fosse assumir a defesa do outro lado do caso. Faça o tipo de investigação que um bom advogado de defesa faria a respeito dessas coisas colaterais que jogam luz sobre a credibilidade da testemunha. Uma tática favorita de um advogado competente é a de obter fitas de prisões federais feitas de diálogos de prisioneiros ao telefone com pessoas de fora. Se sua testemunha cooperante estiver na prisão, você e a Justiça serão melhor servidas se você revisar, por si próprio, as fitas para verificar se elas contêm declarações que afetem o seu caso e a credibilidade da testemunha. Além disso, se tiverem sido feitas, durante a investigação, interceptações telefônicas de sua testemunha cooperante, tenha certeza de revisá-las. Aqui está uma declaração de um insuspeito chefe de quadrilha e testemunha cooperante de acusação, Ralh Natale, feita aos seus companheiros durante uma discussão sobre dois criminosos faladores que se tornaram informantes da acusação: *É uma vergonha. Você sabe, se você cometer um crime e se for pego, você deve ir à cadeia. Mas agora esses garotos mudaram e tornaram-se mentirosos e tentam repassar seu tempo de prisão para alguma outra pessoa. Isso será o tema do advogado de defesa, e aqui ele está, vindo da boca de sua testemunha.*

O que isso parece daquele lado da linha? Então volte ao seu lado e pergunte: Pode tal fraqueza ser explicada? Gaste muito tempo nesse exercício. Chame um amigo para ajudá-lo. Todo minuto irá valer a pena. Ele o habilitará a determinar como manter-se de pé antes mesmo que a defesa o atinja. Não perca nenhuma oportunidade que você possa encontrar para assistir advogados de defesa examinando criminosos cooperantes. Então você será capaz de antecipar e de se preparar para o matadouro.

G. Se estiver convencido, negocie um acordo final, mas não abra mão de muito, e não abra mão muito cedo!

1. Coloque o acordo inteiro por escrito, mas antes que o faça, leia *United States v. Dailey*³⁸. Esse caso contém uma discussão educativa sobre o que um acordo de colaboração pode e não pode dizer. Recompensas e pagamentos constituem uma situação delicada. Dinheiro para uma testemunha será um problema se não manuseado abertamente e com as mãos limpas. Não existe nenhuma proibição legal contra recompensas e, de fato, elas foram aprovadas com o fundamento de que servem ao interesse público por trazer as testemunhas e as suas informações³⁹. Pagamentos a um informante em uma base contingente, no entanto, podem ser vistos como um induzimento para uma armadilha⁴⁰. Se uma testemunha pede algum tipo de “filão” ou “percentagem” ou “recompensa”, essa requisição vai ter de ser revelada mesmo que seja rejeitada. Como exemplo, considere esta cobertura do caso DeLorean feita pelo *New York Times*:

LOS ANGELES, Julho, 26 - O Juiz Federal Distrital Robert M. Takasugi caracterizou hoje James Timothy Hoffman, o informante da Acusação e a testemunha estrela no julgamento de John Z. DeLorean por acusação por tráfico de drogas, como “uma arma contratada”.

Ele disse que achou “bastante ofensivo” que a acusação tenha deixado de revelar antes que o Sr. Hoffman havia “solicitado” uma parte de qualquer dinheiro apreendido no caso.

O Sr. Hoffman instigou a investigação do Sr. DeLorean quando ele disse a uma autoridade pública em 1982 que o Sr. DeLorean havia pedido a ele ajuda para arrumar um negócio de drogas.

Os advogados do Sr. DeLorean, o Sr. Weitzman e Donald M. Re, reclamaram que a acusação teria imprópriamente guardado documentos que os levaram a descobrir na última semana que o Sr. Hoffman teria solicitado mais de dez por cento de quaisquer bens seqüestrados como resultado da investigação do Sr. DeLorean. O Sr. Hoffman fez a exigência em 3 de setembro de 1982 e ela foi rejeitada.

A acusação tinha esperança de seqüestrar muitos milhões de dólares em espécie e em propriedades pertencentes a William Morgan Hetrick, um traficante de cocaína confesso e que foi acusado com o Sr. DeLorean como um cúmplice, e dois milhões de dólares que foram investidos pelo Sr. DeLorean, segundo a versão da acusação acerca do afirmado esquema de drogas.

O Juiz Takasugi, afirmando que estava apresentando o tema em termos do “mundo real”, caracterizou a demanda do Sr. Hoffman como “uma percentagem do confisco” e disse que a achou “bastante ofensiva”, particularmente porque o Sr. Hoffman havia testemunhado que ele “estava motivado em parte pela boa vontade de providenciar informação”.

“Se houver alguma coisa como uma “arma fumegante” em termos de credibilidade do Sr. Hoffman”, disse o juiz, “era, então, a solicitação do Sr. Hoffman”.

Mas, ainda que uma recompensa ou uma indução a dinheiro não desqualifiquem automaticamente o beneficiário como uma testemunha competente, o júri deve ser avisado do arranjo. A questão não é de competência, mas de credibilidade, e é uma questão que deve ser avaliada pelo júri. Em minha opinião, os jurados ficam desconfiados em relação a qualquer arranjo no qual uma testemunha da acusação seja beneficiada financeiramente pelo seu depoimento. E igualmente, assim fi-

cam alguns juízes. Leia o que o Juiz Wiggins teve a dizer acerca de dinheiro e informantes em *United States v. Cardenas*⁴¹.

Tenha certeza de que o acordo será compreendido pelo júri se ele for apresentado como prova, mas esteja atento quanto à lei que regula como um acordo de reconhecimento de responsabilidade criminal (*plea agreements*) pode ou não ser usado. Eles não são automaticamente admissíveis em sua totalidade como prova⁴². Considere adicionar um parágrafo prevendo que, se a testemunha voltar atrás, tudo o que ela tiver dito durante as negociações pode ser usado contra ela⁴³.

2. Cuidado! Evite qualquer tentação de tentar purificar a testemunha mediante a celebração com seu advogado de um acordo secreto e desconhecido por ela. O simples fato de a testemunha não ter conhecimento de um acordo favorável em troca de seu depoimento não permite que você a chame para depor perante o júri e sob juramento de que ela está fazendo isso sem esperar obter nada em troca de sua cooperação. Esta trama foi censurada pelo Nono Circuito Federal em *Hayes v. Brown*⁴⁴.

Igualmente fatal foi uma decisão secreta de um promotor de remover um exame psiquiátrico de uma testemunha cúmplice a fim de tentar evitar a criação de uma informação que teria que ser revelada e que iria prejudicar a credibilidade dela. Em *Silva v. Brown*⁴⁵, o advogado da testemunha alertou o promotor que ele temia que o seu cliente fosse insano. Reconhecendo que um exame de sanidade mental iria “providenciar munição para a defesa”, o promotor obteve um acordo com a testemunha: nada de exame mental e as acusações de homicídio seriam retiradas em troca de seu depoimento. Ao garantir ao acusado um novo julgamento neste caso de pena capital, o Nono Circuito estipulou: *Quando promotores traem suas obrigações solenes e abusam do imenso poder que possuem, a correção de todo nosso sistema de justiça é colocada em dúvida e a confiança do público nela é minada*. Id. at 991.

3. Não limite a testemunha a um roteiro específico de depoimento no qual as regras fundamentais violem os direitos dos acusados à confrontação. Se você exigir de uma testemunha que se mantenha fiel em sua versão originalmente apresentada para obter um “acordo”, isso efetivamente a tornará imune ao exame cruzado! Mas esse tipo de acordo produziu revisões em grau de apelo. Tudo o que você pode substantivamente exigir é que a testemunha fale a verdade⁴⁶.

4. Enumere à testemunha todas as regras básicas:

a. O que ela vai ter que fazer em termos de depoimento; isto é, Grande Júri, dois julgamentos, ou o que for.

b. Quanto tempo isso vai levar. Não subestime!

c. Ela não terá cartão de crédito para sair por aí cometendo outros crimes enquanto você a estiver utilizando como testemunha. Diga a ela para não chamá-lo se conseguir um bilhete de entrada (para a prisão). Não deixe isso entregue à imaginação dela.

d. Precauções de segurança devem estar em ordem. Decida o que é necessário, o que está disponível. Se a testemunha vai entrar no programa de proteção, tenha certeza de que você e ela entendem exatamente o que isso significa. Obtenha uma cópia do memorando de entendimento da testemunha com o serviço dos agentes federais e leia-o.

5. Guarde alguma informação com você.

a. A testemunha deve revelar o que sabe antes. Se você der-lhe tudo o que ela tem “direito” antes que testemunhe,

você pode ser desagradavelmente surpreendido quando ela se descontrolar ao depor. Prefiro, se possível, que a testemunha reconheça sua responsabilidade criminal antes de testemunhar e que seja sentenciada depois. Se a motivação da testemunha em cooperar for removida, você estará perdido. Não confie no senso de honra dela⁴⁷!

6. Obtenha do acusado uma declaração juramentada e assinada a respeito do que sabe e que possa ser usada caso ele altere sua disposição durante o julgamento ou depois. Isso ficará disponível como uma admissível declaração pretérita e inconsistente caso ele mude o seu depoimento e como proteção para você e para o caso, depois da condenação, se ele decidir mudar o seu tom quando confrontado por outros prisioneiros, como um “delator” na prisão. Adote uma política de cautela. Esteja familiarizado com as regras para questionar a credibilidade de sua própria testemunha, prévias declarações inconsistentes, prévias declarações consistentes etc. Um caso sobre esse tema que deve ser lido por todos os promotores que tenham a intenção de utilizar um vira-casaca como testemunha é *United States v. DiCaro*⁴⁸, um dos precedentes sobre casos de testemunhas que são “atingidas por amnésia” quando vão depor. A última palavra da Suprema Corte sobre a tentativa de utilizar a declaração de um cúmplice como uma declaração contra o interesse da persecução pode ser encontrada em *Williamson v. United States*⁴⁹, estabelecendo que confissões de cúmplices presos podem ser admitidas sob a Regra 804 (b)(3) *se elas são verdadeiramente auto-incriminadoras e não meras tentativas de transferir a responsabilidade penal ou de obter favores*. A Suprema Corte também usou a mesma abordagem a respeito de declarações pretéritas consistentes: elas serão admissíveis somente se tiverem sido feitas antes do surgimento do motivo alegado para inventar uma história ou para influenciar de maneira imprópria⁵⁰.

H. É o seu caso mais forte sem chamar o informante para depor como testemunha?

1. O meio mais efetivo (e mais seguro) de utilizar um cúmplice cooperante é possivelmente o de usar a informação obtida dele para desenvolver outras provas da culpa de seu alvo,

prova independente, forte o suficiente para livrá-lo da necessidade de chamar a testemunha para depor. De fato, este deve ser seu objetivo tático: construir um caso que não dependa do depoimento do cúmplice. Use-o para ajudá-lo a fazer isso. Pergunte se ele sabe de algum meio independente para corroborar o que ele lhe diz. Ele pode ser útil para identificar outras testemunhas excelentes que possam confirmar o que ele lhe disse.

Para um plano de como usar a conversa gravada entre um informante e um suspeito sem chamar o informante para depor, leia esses casos⁵¹: (1) *United States v. Davis*, e (2) *United States v. McClain*. Em ambos, a tática da acusação em manter um informante notório sem depor sobreviveu a objeções baseadas na Sexta Emenda e na Regra Federal de Prova 607 e 806.

2. Lembre-se, contudo, de que esse tipo de abordagem não deve ser usada com desonestidade, para extrair informação útil de uma testemunha e então injustamente jogá-la, sem consideração, no lixo da história. A integridade de seu escritório exige que jogue limpo, mesmo com criminosos. Uma testemunha que você decidir não chamar para depor pode, não obstante, ter dado a você assistência suficiente para construir o seu caso, fazendo jus a consideração substancial.

I. Controle o ambiente da testemunha.

Esteja atento acerca do destino da testemunha depois de tomar seu depoimento e de assegurar sua cooperação. Se ela voltar à prisão, problemas sérios podem ocorrer a não ser que você tome precauções para afastá-la de outros causadores de problemas em potencial. Se ela retornar para o meio da “população carcerária em geral”, há chances de que outros internos descubram ser ela delatora e confrontá-la como um inimigo. Quando isso acontecer, não é incomum que a testemunha minta para seu acusador e negue tudo, ou pior, alegue que foi forçada a mentir para você ou para polícia. Você então terá uma testemunha assustada que pode retratar-se de tudo, e terá uma testemunha de defesa que dirá ao júri que sua testemunha alegou ter inventado tudo para “obter um acordo” etc. De forma inquietante, essas pessoas também podem tornar-se, inesperada-

mente, a base para um *writ of error coram nobis* ou para uma moção por um novo julgamento. Uma solução para esse problema, com certeza, é utilizar o Programa Federal de Proteção à Testemunha, que tem medidas muito efetivas de proteção dentro e fora das grades.

2. Você deve manter a testemunha longe de caminhos perigosos. Alerta-a para não dizer nada a ninguém e especialmente para outros prisioneiros, e faça com que seu investigador a contate frequentemente para manter as chamas da cooperação acesas. Se você negligenciar os cuidados de babá desse negócio, você será queimado, e se obtiver acesso ao programa de segurança de testemunha, saiba o que ele pode fazer por você, como opera, e o que ele não pode fazer. Então use-o! Se não tiver um disponível, comece-o. Ele é um ingrediente essencial para a luta contra o crime organizado. Anote: se você fracassar em proteger sua testemunha e ela for morta ou lesionada por estar cooperando, você poderá tornar-se réu em uma ação cível. Para entender a sua exposição a esse risco, leia *Miller v. United States*; *Galanti v. United States*; e *Wallace v. City of Los Angeles*⁵².

Por favor, tome um momento para refletir a esse respeito com o trágico e sério destino de Collier Vale, assim relatado, em 05/11/1990, pelo *Los Angeles Times*:

Monterey – Homicídio de informante leva promotor ao suicídio. Collier Vale era um dos mais respeitados advogados do Escritório do Promotor do Condado de Monterey, um promotor compulsivo que obteve numerosas condenações em casos relevantes e era um candidato de primeira classe para a magistratura.

Mas, depois de dez anos como promotor, onde ele frequentemente trabalhava sessenta a setenta horas por semana e vagarosamente subiu na hierarquia do escritório, Vale sentiu que um único caso havia arruinado sua reputação e destruído sua carreira.

Em uma quinta-feira à noite do mês passado, após ter dito aos amigos que estava cansado de defender-se de acusações intermináveis, Vale colocou uma pistola em sua boca e puxou o gatilho.

O caso que, segundo os amigos, levou ao suicídio de Vale envolveu a morte de um informante confidencial em uma de suas investigações de homicídio. Ele

foi injustamente culpado pela morte da mulher, seus colegas afirmaram, e foi assombrado pelo caso.

Sua provação ilumina as pressões e as responsabilidades enfrentadas pelos promotores quando lidam com o mundo sombrio dos informantes confidenciais. É um mundo no qual o promotor tenta proteger pessoas que algumas vezes não podem ser protegidas, no qual a responsabilidade é rapidamente atribuída quando os interesses das testemunhas e dos suspeitos subitamente colidem.

O caso de Collier era um “pesadelo de promotor”, disse Ann Hill, uma representante do Promotor distrital que trabalhou com Vale. O que torna isso tão assustador é que algo parecido poderia acontecer a qualquer um de nós, não importando o quanto cauteloso somos (...) e Collier era talvez o mais cauteloso de todos nós.

O informante de Vale foi morto em um tiroteio, depois de sua identidade ter sido revelada inadvertidamente. A imprensa local apareceu para culpar Vale pela confusão e o caso eventualmente recebeu atenção nacional no show de tablóide televisivo, “Um caso corrente”. Vale ficou extremamente abatido, disseram os amigos, quando a controvérsia tornou-se um grande tema na campanha eleitoral de junho para promotor distrital.

Quando a família do informante assassinado propôs uma ação por morte contra o Condado e o Departamento de Polícia local, Vale soube que ele iria em breve enfrentar uma série de depoimentos hostis e possivelmente embaraçosos em um julgamento altamente exposto na mídia.

Vale, 39, era um homem orgulhoso, disseram os amigos, e ele não podia mais suportar a indignidade de ser constantemente responsabilizado pela morte de uma testemunha.

“Collier via toda essa coisa como humilhação e fracasso”, disse sua namorada Melinda Young. Seus olhos encheram-se de lágrimas e ela vagarosamente balançou sua cabeça. “Ele simplesmente não conseguia deixar isso para trás”.

J. A fase da revelação de provas (*Discovery*)⁵³: Um verdadeiro campo minado para o desavisado.

1. A defesa tem o direito de conhecer tudo que tenha reflexo na credibilidade da testemunha – talvez mesmo as suas (de um promotor) notas “de trabalho” a respeito das “declarações de uma testemunha de acusação”. *Goldberg v. United States*⁵⁴ sustenta que as notas de um promotor tomadas durante a entrevista de uma testemunha podem bem ser declarações sob o Ato Jencks. Veja ainda *United States v. Ogbuehi*⁵⁵, se você colocar algo no papel, esteja ciente de que isso pode ter que ser revelado. Se for, você não ficará embaraçado. Se não for, então que seja assim. Não se esqueça de *United States v. Harris*⁵⁶, exigindo que o FBI preserve notas de rascunho de entrevistas de testemunhas⁵⁷. Se houver qualquer dúvida acerca de uma parte da prova, o simples fato dessa dúvida deve fazer com que você busque da Corte uma regra *Brady* antes do julgamento, sem a parte e *in camera* (ou seja, reservadamente com o juiz) se possível⁵⁸.

2. Em 19/04/1995, a Suprema Corte decidiu um caso muito importante discutindo o dever *Brady* de um promotor em revelar “prova favorável” à defesa. Se você é um promotor e não leu este caso, você deve fazê-lo imediatamente porque ele estabelece certos deveres comissivos de revelação por parte de um promotor e que se forem negligenciados podem destruir o seu trabalho.

*Kyles v. Whitley*⁵⁹ é o caso. Ele envolve a omissão do promotor, na hipótese de homicídio, de revelar à defesa prova que questionaria a credibilidade de testemunhas-chave e declarações inconsistentes feitas por um informante, Beanie, que nunca foi chamado para depor, mas quem a defesa alegou ter sido o real assassino da alegada vítima do acusado Kyles. Como cinco juízes decidiram que se essa prova tivesse sido revelada para a Defesa um resultado diferente seria razoavelmente provável, a condenação de Kyles à pena de morte foi reformada.

Na apresentação de sua decisão, a Corte sustentou que um promotor tem dever comissivo e imediato de inquirir e consultar todas as agências envolvidas no caso acerca da existência de uma prova favorável à defesa. O Juiz Souter descreveu este dever como se segue:

Enquanto a definição da materialidade no caso Bagley em termos de efeito cumulativo da supressão deve ser vista como deixando a acusação com um certo grau de discricionariedade, ela deve também ser vista como impondo um ônus correspondente. Por um lado, demonstrar que a acusação sabia de um item de prova favorável para o acusado e desconhecido pela defensoria não representa, sem que haja algo a mais, uma violação ao precedente do caso Brady. Mas à acusação, já que só ela pode saber o que não foi revelado, deve ser atribuída a consequente responsabilidade de avaliar o provável efeito de todo esse tipo de prova e de revelá-la quando o ponto de “probabilidade razoável” for atingido. Isso, em contrapartida, significa que o promotor tem um dever de descobrir qualquer prova favorável ao acusado que seja conhecida por outros que estejam atuando pela acusação no caso, inclusive pela polícia. Mas, independentemente de o promotor ser bem sucedido ou falhar em cumprir tal dever (ou seja, independentemente da falha na revelação da prova for de boa-fé ou de má-fé), (veja o caso Brady, 373 U.S., at 87), é inevitável a responsabilidade do promotor por omitir prova conhecida e favorável ao acusado e com um nível substancial de importância. (Id at 1567.)

Isso significa, naturalmente, que um promotor ansioso por agir o mais próximo da linha de suas atribuições vai revelar uma parte favorável da prova. Veja o caso Agurs, (O promotor prudente vai resolver questões duvidosas em favor da revelação da prova). Isso é como deve ser. Tal tipo de revelação de prova irá servir para justificar a confiança no promotor como o representante (...) de uma soberania (...) cujo interesse (...) em um processo criminal não é o de que ele deve ganhar o caso, mas de que a justiça deve ser feita. Berger v. U.S., 295 U.S. 78, 88 (1935). E isso tende a preservar o julgamento criminal como algo distinto das deliberações privadas do promotor, como o foro escolhido para a descoberta da verdade sobre acusações criminais (...) A prudência do promotor cauteloso não deve ser, então, desencorajada. (Id. at 1568-69.)

Veja também *Banks v. Dretke*⁶⁰: *Uma regra que estabeleça que o promotor pode esconder, o acusado deve procurar não é sustentável em um sistema constitucionalmente vinculado para garantir o devido processo ao acusado.*

Kyles não é o primeiro caso no qual foi imposto um dever comissivo aos promotores de pesquisar informação comprometedora de credibilidade de testemunhas informantes. Em *United States v. Osorio*⁶¹, a Corte estabeleceu que um promotor, tendo obrigações de revelação de prova, não pode evitar descobrir o

que “a Acusação sabe” (sobre a testemunha) simplesmente declinando de realizar uma pesquisa razoável com aqueles na posição de ter algum conhecimento relevante... A acusação, representada por seus promotores na corte, está submetida a um dever de buscar informação relativa ao passado criminoso de suas testemunhas cooperantes... O caso *Osório* foi além ao castigar a acusação pelo que denominou de “prática malfeita”. Leia o caso para uma discussão do efeito de revelação atrasada para a de prova concernente à credibilidade da testemunha.

O Nono Circuito Federal sustentou que os casos *Brady* e *Kyles* exigem que a acusação – quando ela decidir fiar-se em depoimento de testemunhas com registros criminais significativos – obtenha e reveja os arquivos do Departamento de Correção [sobre a testemunha] e trate seu conteúdo de acordo com as exigências dos casos *Brady* e *Giglio*⁶².

Igualmente importante na decisão da Suprema Corte em *Kyles* é a aprovação pela corte de um ataque da defesa acerca do calibre da investigação conduzida pela polícia como um meio para derrotar a legitimidade do caso da Acusação. Em particular, a omissão da polícia em investigar se o informante Bernie era o homicida efetivo é identificada pelo Juiz Souter como um procedimento injusto. *Id.* At 1570, n. 14; at 1572, n.15. Isso significa que um investigador prudente ou um promotor irão conduzir uma investigação da possível cumplicidade e duplicidade do informante em qualquer situação na qual possa ser antecipado que uma das teses da defesa será (como no caso *Kyles*) que “foi o informante que fez”. Esse tipo de investigação não é somente um excelente meio de tornar certo que você tem o acusado correto, mas irá poupá-lo, mesmo quando tiver o acusado correto, do destino dos promotores do caso *Kyles*. *Kyles*, a propósito, é um manual de como não se deve conduzir o caso. Dizer que a investigação se deu um tiro na cabeça é ser generoso.

3. No sistema prisional federal, as ligações dos prisioneiros para fora são gravadas. Em *United States v. Merlino*⁶⁵, a Corte de Apelações estabeleceu: que *Kyles v. Whitley* não pode ser lida como impondo um dever do escritório do promotor em investigar informação de posse de outras agências governamen-

tais que não tem envolvimento na investigação ou na acusação em questão⁶⁴ e que a Defesa teria falhado em demonstrar que as fitas gravadas do Bureau das Prisões, contendo mais de duas mil chamadas envolvendo testemunhas cooperantes do Programa de Proteção às Testemunhas, continham material do caso *Brady*. E a Corte de Apelações confirmou a recusa da Corte Distrital de conceder um mandado (*subpoena*) para obtenção das fitas. Não obstante, fique alerta para esse terreno fértil como uma fonte de informação que pode causar danos à credibilidade de testemunhas presas.

4. Se você deliberadamente deixar de fornecer à defesa informação à qual ela tem direito, você estará em um grande problema. Leia *United States v. Kojayan*⁶⁵, para obter um exemplo de como esse problema pode ser terrível. Não somente o promotor assistente teve dificuldades no caso, mas também todo o seu escritório foi censurado. Pode ser esperado, implacavelmente, que qualquer advogado de defesa competente nos Estados Unidos irá procurar por algo que você “tenha suprimido ou deixado de revelar”. Cometa um erro e nunca esquecerá o apuro no qual você vai se encontrar⁶⁶.

5. Veja *United States v. Hickey*⁶⁷, um caso no qual foi denegado à defesa acesso aos arquivos de uma testemunha junto ao Programa de Proteção à Testemunha, com o fundamento de que essa testemunha estaria em perigo. A Corte estabeleceu que, sob essas circunstâncias, um breve resumo do acordo com a testemunha era tudo o que o acusado tinha direito de saber.

K. Reconhecimento de responsabilidade criminal (*Guilty Pleas*): A base fática

A Suprema Corte sustentou, em *United States v. Ruiz*⁶⁸, que a Constituição não exige que a acusação revele prova questionadora da credibilidade de informantes ou de outras testemunhas antes de celebrar um acordo de cooperação com um acusado criminal. Não obstante, você pode esperar de um acusado, que posteriormente descobrir sujeira de um informante, a tentativa de desfazer um reconhecimento de responsabilidade criminal alegando “inocência atual”. Mas o caso *Ruiz* não dá a opção a um promotor de responder falsamente a moções para

revelação de prova. Depois de ler *Ruiz*, leia *Banks v. Dretke*⁶⁹.

A melhor maneira de tentar prevenir litigância pós-julgamento desnecessária é exigir, ao tempo do reconhecimento da responsabilidade criminal, que o acusado explique em detalhes exaustivos e sob juramento exatamente o que ele fez e que constitui cada elemento do crime cuja responsabilidade está sendo reconhecida. Você não pode fazer isso por cima. Não seja tímido. Exija que o acusado confesse tudo, com suas próprias palavras. Não descreva o que aconteceu e simplesmente exija que o acusado concorde. Faça-o descrever a conduta e o seu estado mental, e ainda sob juramento. Dessa forma, qualquer dúvida marginal sobre a responsabilidade do acusado é erradicada e qualquer nova informação acerca da credibilidade da testemunha-informante torna-se irrelevante: o acusado admitiu a acusação. Faça o mesmo com o cúmplice dele.

L. Táticas de julgamento.

1. Moções liminares para limitar o exame cruzado e alegações iniciais.

Apesar de a fase de abertura de provas ser virtualmente ilimitada, quando ela chega a fatores que pesam na credibilidade de um criminoso cooperante, considerações cautelosas devem ser tomadas para realizar uma moção liminar a fim de impedir a Defesa de ingressar em áreas inflamatórias no exame cruzado e que sejam em realidade um ataque geral ao caráter e não à credibilidade da testemunha.

A chave para uma moção dessa espécie é, com certeza, a Regra 403 das Regras Federais de Provas, que dispõe:

Apesar de relevante, a prova pode ser excluída se o seu valor probatório é substancialmente sobrepujado pelo risco de preconceito injusto, de confusão do objeto do processo, ou de confundir o júri, ou por considerações de atraso indevido, perda de tempo ou apresentação desnecessária de prova cumulativa.

A Regra 403 tem sido interpretada em numerosas ocasiões para limitar o exame cruzado de testemunhas da Acusação⁷⁰.

A esse respeito, deve ser argumentado (quando apropriado) que permitir à defesa explorar informação estranha e altamente inflamatória diante da Regra 403 e, assim agindo, provocar prejuízos à acusação, significa levar indevidamente

o foco do júri para elementos do caráter da testemunha e que não são relevantes para a credibilidade.

Isso, no entanto, é um tema que o promotor deve tratar com cuidado. O direito de confrontar e de examinar uma testemunha é uma garantia de dimensão constitucional, e uma moção liminar bem-sucedida nessa área pode trazer prejuízo na fase de apelo, a não ser que seja moldada com cuidado, para não privar o acusado de muita coisa. *United States v. Mayer*⁷¹ deve ser lida e compilada quando você estiver pensando em erigir uma barreira protetora sobre uma testemunha criminosa. O caso *Mayer* estabelece a esse respeito que: *Ao exame cruzado de uma testemunha em assuntos pertinentes à credibilidade deve ser conferida a extensão mais larga possível. (...) Isso é especialmente verdadeiro quando uma testemunha da Acusação teve negociações pretéritas com o promotor ou outros agentes da lei, então existindo a possibilidade de que seu depoimento tenha sido motivado por um desejo de agradar a acusação em troca da ação do promotor em retirar algumas das acusações contra a testemunha, ou em assegurar imunidade contra a acusação, ou em tentar assegurar que a testemunha receba tratamento leniente na sentença.*

O Nono Circuito concorda com o Quinto. Em *United States v. Brooke*⁷²:

Temos salientado previamente que, quando o caso contra o acusado volta-se sobre a credibilidade da testemunha, o acusado tem amplos direitos no exame cruzado, United States v. Ray, 731 F.2d 1361, 1364 (9th Cir. 1984). Nós não podemos deixar de enfatizar a importância em permitir profundo e justo exame cruzado das testemunhas da acusação cujo depoimento seja importante para o resultado do caso. Devido à necessidade, a acusação freqüentemente confia em testemunhas que se engajaram, elas mesmas, em atividade criminosa, e cujos registros de confiabilidade estão longe de ser exemplares.

Essas testemunhas usualmente têm um grande interesse pessoal em sua disputa de credibilidade com o acusado. A total revelação de todas as informações relevantes concernentes ao seu passado e atividades por meio do exame cruzado ou de outros meios é sem dúvida de interesse da Justiça. Ordinariamente, essas inquirições não exigem o gasto de tempo excepcional e as Cortes não devem relutar em investir os recursos judiciais mínimos e necessários para assegurar que o júri receba tanta informação relevante quanto for possível. Não se deve ter receios injustificados em provocar confusão no júri. É improvável que jurados federais, dos quais se espera que acompanhem depoimentos complexos e ainda mais intrincadas instruções judiciais que são apresentadas em muitos dos nossos casos criminais, como em acusações por conspirações múltiplas, se confundam com uma inquirição feita pela defesa sobre o preconceito e a credibilidade de uma testemunha chave da acusação. No novo julgamento, a Corte Distrital deve garantir a Brooke uma ampla e justa oportunidade de questionar Kearney acerca de qualquer de suas atividades pretéritas e que constituem provas da credibilidade de seu depoimento bem como de qualquer preconceito que possa estar por trás dele.

Se esse tipo de moção for feita e for bem-sucedida, ela obviamente tem ramificações a respeito das alegações iniciais e do que o advogado pode ou não pode dizer.

2. O exame dos jurados.

Deixe o júri saber, sem fazer alarde disso, que você vai chamar uma testemunha que irá receber algo em troca de seu depoimento. Pergunte se os jurados vão rejeitar este tipo de testemunha ou se eles vão ouvir com imparcialidade o que ela tem a dizer. Adote desde cedo uma atitude no sentido de que você não está totalmente feliz em ter que fazer isso, mas crimes não são cometidos no céu, então nem todas as testemunhas são anjos etc. Antecipe-se à defesa. Se um juiz estiver relutante em perguntar essas questões, saliente que elas não são totalmente diferentes do que perguntar a um possível jurado se ele irá dar indevida credibilidade a um oficial de polícia apenas porque ele é um oficial de polícia etc.

3. Alegações iniciais.

Apresente como uma questão de fato e com brevidade todas as "coisas ruins" incluídas no acordo, mas não se demore nele. Em seguida às coisas ruins, faça referência a questões que corroboram o que diz a testemunha. Isso é denominado, algumas vezes, de "doutrina da inoculação". Mas não coloque todos os ovos na cesta do cúmplice. O caso se sustenta em seus próprios dois pés. Refira-se a tantas questões de fato quanto possível. O objetivo aqui é controlar a maneira mediante a qual o júri irá ouvir pela primeira vez acerca da "sujeira". Se você não fizer isso e, ao invés, deixar a oportunidade para a defesa "revelar a lavanderia suja da acusação", você vai ficar com problemas táticos profundos.

Uma armadilha espera por você, a não ser que seja cuidadoso. Se informar insuficientemente os jurados acerca da extensão da bagagem negativa da testemunha, um advogado de defesa esperto pode acusá-lo de ocultar informação relevante ou de "dourar a pílula". No processo contra Robert Wallach, por exemplo, a acusação referiu-se brevemente, nas alegações iniciais, ao fato de que sua testemunha principal era um criminoso múltiplo. A defesa imediatamente contou em detalhes reveladores que a testemunha havia cometido cento e treze crimes, todos os quais, salvo um, resultaram sem sentença em virtude de sua cooperação com a acusação. Ao júri foi então indagado, *por qual motivo esses fatos não foram apresentados pela Acusação? Por que motivo a acusação não é honesta com vocês sobre os fatos?* Para evitar essa armadilha, seja completo e clínico em sua apresentação.

4. Instruções para o júri.

a. Em *Banks v. Dretke*⁷³, a Suprema Corte, por unanimidade, determinou instruções de cautela para o júri a respeito da credibilidade do depoimento de um informante, instruções para o júri do Primeiro, Quinto, Sexto, Sétimo, Oitavo, Nono e Décimo Primeiro Circuito sobre cautela especial apropriada na avaliação de depoimento de informante⁷⁴. Você deve estar familiarizado com as instruções que abrangem cúmplices, corroboração, perjúrio, viciados em drogas, imunidade, condenações prévias, o programa de segurança de testemunha, etc. Sempre revise-as com cuidado bem antes da seleção dos jurados. Isso vai levá-lo a procurar meios efetivos para enfrentar as admonições de cautela que sempre aparecem quando um cúmplice ou um informante ingressa no caso. Elabore seus argumentos de júri tão cedo quanto possível.

b. O que se segue é extraído de instruções de júri favoráveis sobre a credibilidade de cúmplices e que foram dadas no caso *United States v. Stanley Friedman*⁷⁵, um caso processado

com sucesso em 1987 em Connecticut e envolvendo políticos corruptos da cidade de Nova York. Uma característica significativa da instrução é que ela adverte o júri para não reavaliar a decisão do promotor de realizar um acordo. Ela também adverte o júri de que antipatia por uma testemunha não é fundamento suficiente para, por si só, justificar a desconsideração de seu depoimento.

INSTRUÇÃO

Volto agora à questão dos cúmplices. Quase todas as testemunhas importantes no caso são cúmplices de um tipo ou de outro. Um cúmplice é uma pessoa que é culpada e que poderia ser processada por qualquer crime ou crimes dos quais o acusado está sendo processado. A lei traça diversas regras para a Acusação lidar com testemunhas cúmplices. Em primeiro lugar, não é da sua conta ou minha porque a Acusação escolheu não indiciar certa pessoa ou se ela a indiciou, porque ela decidiu tratá-la com leniência. A decisão de que pessoas devem ser processadas e quais conhecimentos de culpa serão aceitos de pessoas que são indiciadas são assuntos que a Constituição e as leis dos Estados Unidos delegaram ao procurador-geral dos Estados Unidos, quem, por sua vez, delegou-os aos procuradores dos Estados Unidos e seus distritos judiciais. É uma responsabilidade impressionante, mas a Constituição e as leis não dão a vocês ou a mim qualquer autoridade para supervisionar o exercício dela.

Além disso, como eu acredito que disse a vocês quando estavam começando a ser selecionados, se vocês chegaram à conclusão de que a testemunha cúmplice prestou um depoimento confiável, é exigido que ajam em relação a ele como vocês agiriam em relação a qualquer outro depoimento que vocês reputassem confiável, mesmo que não gostem da testemunha que o prestou.

No entanto, a lei impõe-lhes exigências rigorosas de como avaliar este tipo de depoimento antes de concluir que ele é confiável. Obviamente, é muito mais agradável ser uma testemunha do que um acusado. A lei exige que vocês escrupulosamente examinem os motivos do cúmplice para persuadir a Acusação de aceitá-lo como testemunha ao invés de processá-lo como acusado.

Então, você pode ter certeza de que ele não está inventando uma história para incriminar alguém ou colorindo os fatos de uma história verdadeira para fazer alguém parecer mais culpado do que realmente é.

Discutirei com vocês em alguns detalhes o depoimento da testemunha Lindenauer, não porque ache que seu depoimento é mais importante do que de qualquer outra testemunha – essa é uma questão que é de responsabilidade de vocês determinarem – mas simplesmente porque todos os advogados do caso gastaram tanto tempo neste aspecto particular de seu depoimento que isso leva, por si mesmo, a ilustrar os princípios envolvidos.

Em primeiro lugar, Lindenauer disse a vocês que ele teve uma vida caracterizada por más ações, muitas das quais envolviam fraudes. Isso é um fator óbvio que devem considerar na determinação da credibilidade de seu depoimento.

Em segundo lugar, ele foi capaz de negociar um acordo que consideravelmente reduziu o alcance total da sentença que poderia ter sido imposta a ele caso fosse condenado por todas as suas más ações.

E, finalmente, ele espera, como especificamente reconheceu, que o depoimento que ele der neste caso vá induzir o juiz perante o qual ele declarou-se culpado a ser leniente ao impor a sentença.

Essas circunstâncias podem ter afetado Lindenauer de três maneiras possíveis. Elas podem tê-lo induzido a inventar fatos imaginários para incriminar algum ou todos os acusados, ou elas podem tê-lo levado a enfeitar os fatos existentes para fazê-los parecer mais incriminadores do que de fato são. Ou, por outro lado, elas podem tê-lo feito concluir que suas melhores esperanças de salvação eram a de ser capaz de convencer o juiz que irá sentenciá-lo de que ele foi escrupulosamente honesto em seu depoimento perante vocês. Vocês devem ter isso em consideração e qualquer outra possibilidade que possa lhes ocorrer na avaliação de seu depoimento.

Os princípios que se seguem aplicam-se em graus variados a todas as assim denominadas “testemunhas cúmplices”. Algumas enfrentam sentenças e algumas depõem sob garantias de vários tipos de imunidade, o que reduz grandemente a possibilidade de que se-

jam alguma vez processadas. Elas poderiam, de um jeito ou de outro, conceber a colaboração como sendo o melhor para eles alcançarem e reterem a boa vontade da acusação.

Agora, nessa linha, o que vocês estão preocupados é com a percepção da testemunha acerca da situação. E muito foi argumentado acerca do risco de ela cometer perjúrio se testemunhasse falsamente. Nessa situação, vocês devem olhar para a percepção dela acerca do que aconteceria com ela e pode ser bem argumentado que a percepção dela seria a de que a melhor maneira de evitar essas coisas seria obter o favor da única pessoa que poderia processá-la por perjúrio, nomeadamente, a acusação.

Por outro lado, pode ser um resultado lógico de tal pensamento que a melhor maneira de evitar isso é a de igualmente evitar o cometimento de perjúrio. É a percepção dela que vocês devem focar, o que vocês pensam que ela pensa, como vocês imaginam que isso iria influenciar o depoimento dela.

Com certeza, isso não é a única coisa que vocês devem considerar. Vocês devem considerar todos os elementos de credibilidade ao avaliar a testemunha, como seu depoimento se encaixa com as outras provas do caso e todas as outras coisas que mencionei a vocês.

5. Exame direto⁷⁶.

a. Faça-o com firmeza, e, às vezes, faça-o soar ao júri como um exame cruzado. Você não é o campeão da testemunha. Você é uma pessoa encarregada de obter a verdade e você não está embaraçado por ter que chamar para depor um criminoso para chegar a ela.

b. Traga a tona todos os problemas, como todo benefício concedido à testemunha em consideração ao depoimento dela, declarações prévias inconsistentes etc, e confronte a testemunha com eles. Não espere pela defesa. Você deve controlar a maneira pela qual o júri vai ouvir primeiro a sujeira ou a sujeira vai acabar em cima de você. Parta para a ofensiva. A Seção 607 das Regras Federais sobre Provas permite que você faça isso. Veja ainda *United States v. Winter*; *United States v. Hedman*; *United States v. Craig*, *United States v. Necochea*⁷⁷, para a proposição de que este tipo de antecipação é apropriado no exame direto. O júri deve confiar em você para chegar à

verdade! Se uma testemunha mentir para alguém, você deve revelar isso. Pergunte à testemunha se ela mentiu e então diga a ela para explicar o motivo de ter feito isso. Teste sua atitude acerca de prestar testemunho. Frequentemente, pode ser convincente – se for cândida. Se houver muito desse tipo de coisa, apresente isso vagarosamente (...) melhor do que dar ao júri muito para engolir em uma só mordida.

Seu objetivo a esse respeito é roubar cada pedaço do trovão legítimo que a Defesa pode ser capaz de reunir no exame cruzado. Vacine os jurados controlando a maneira pela qual eles serão expostos aos problemas. Se o júri já ouviu-os de você, eles perdem muito de seu ferrão. Coloque-os em uma perspectiva diferente, a melhor defesa que você pode providenciar a uma testemunha contra um exame cruzado rigoroso é revelar os problemas você mesmo aos jurados durante as alegações iniciais e então no exame direto. Se o júri ouvir de você primeiro sobre esses temas problemáticos e danosos, a defesa será desarmada e você vai construir sua própria credibilidade. Por meio de seu questionamento habilidoso, você pode apresentar esses assuntos de forma estéril, minimizando seu impacto dramático e amortecê-lo com uma explicação apropriada. Exemplos desse tipo de problemas são condenações pretéritas, garantias de imunidade ou leniência, acordos, promessas, recompensas, perjúrio, erros, inconsistências etc. Veja *United States v. Henderson*; *Winter, Hedman, Craig, United States v. Oxman, et al.*, 740; e *United States v. McNeill*⁷⁸. Em *People v. Gordon*⁷⁹, a Suprema Corte da Califórnia foi longe ao ponto de permitir o alerta feito por um procurador ao júri, em alegações iniciais, de que uma de suas próprias testemunhas poderia não ser completamente confiável. A corte afirmou que *a parte não tem necessariamente livre escolha de suas testemunhas, mas deve convocar aquelas que sabem os fatos e, portanto, não pode responsabilizar-se por ela*.

Como discutido antes, coloque-se temporariamente no papel do advogado de Defesa e imagine como você realizaria o exame cruzado de sua própria testemunha. Faça uma lista de áreas que iria atacar e então procure meios para prevenir o ataque, neutralizando a área antes que o advogado de defesa tenha uma chance.

Se a testemunha estiver no programa federal de proteção às testemunhas e estiver recebendo pagamentos para subsistência, aborde isso no exame direto. Do contrário, a Defesa, no exame cruzado, irá perguntar “quanto você está recebendo por seu depoimento” e a resposta pode acabar com seu caso⁸⁰. Tenha um plano de jogo para sustentar qualquer aspecto do programa se ele for atacado como um método para comprar um depoimento. O que você vai dizer nas alegações finais?

Caso antecipe uma defesa baseada no argumento de que o informante/testemunha é realmente o autor do crime, você, depois do caso *Kyles*, tem, provavelmente, a opção de utilizar o exame direto para apresentar a prova, na forma de “um trabalho policial consciencioso⁸¹” de que a polícia investigou essa possibilidade e concluiu que ela não era verdadeira. Ou você pode querer esperar até o reexame direto para mostrar essas armas. A questão é ter um plano obrigatório para enfrentar essa contingência antes do início do julgamento. Mas, cuidado com a regra contrária à possibilidade de você responsabilizar-se pessoalmente por uma testemunha⁸².

Se você gosta de escrever as questões que pretende perguntar a uma testemunha junto com as respostas que ela disser que irá apresentar, tenha cuidado para não ser acusado de ter redigido falsamente o depoimento da testemunha. O que quer que você faça, não dê uma cópia desse documento para o trapaceiro. Se o fizer, isso pode voltar para assombrá-lo se o trapaceiro decidir retornar para o submundo com o “roteiro” em sua posse. Esse tipo de “roteiro” foi usado (sem sucesso) para acusar um procurador federal em Oklahoma de fabricar provas.

6. Corroboração.

a. Como já mencionei, quando avaliar sua prova e planejar seu caso, sempre comece pela regra provada pela experiência de que o júri não vai aceitar a palavra de um criminoso a não ser que seja corroborada por outra prova confiável (e você também não deve). Jurados vão também selecionar e escolher, aceitando a parte do depoimento do delator que é corroborada e rejeitando a parte que não é. Não posso enfatizar esse ponto mais fortemente. Se você tiver de confiar na palavra de um cúmplice sem corroboração ou com corroboração fraca, volte ao campo de investigação e retorne ao trabalho. Corroboração é para o depoimento de um cúmplice o que a gasolina é para um carro: sem isso você não chega a lugar nenhum. A melhor coisa que pode acontecer-lhe é que as pistas fornecidas pela testemunha revelem tantas outras provas que você não vai ter que chamá-la para o julgamento! Decidir não usar o cúmplice, no entanto, pode ser uma decisão difícil, especialmente quando a prova por ela providenciada é muito convincente. Ocasionalmente, você pode não ter de tomar essa decisão até a parte final do julgamento, quando terá uma melhor noção de como as coisas estão indo, do que antes de o julgamento começar. Para reter a opção de chamá-lo, simplesmente não se refira a sua identidade durante as suas declarações de abertura. Simplesmente diga “e nós iremos provar que o acusado tomou pessoalmente a decisão de executar seu rival” sem mencionar como você pretende fazê-lo. Então, se você decidir, no final de seu caso, que necessita o depoimento do cúmplice, pode usá-lo sem medo de reclamações de seu adversário de ter sido enganado ou surpreendido – desde que você tenha revelado completamente suas provas e cientificado à corte de que retém a possibilidade de apresentação dessa prova como uma opção. Não surpreenda o juiz. Alguns podem denegar essa oportunidade se você assim agir.

Correndo o risco de ser repetitivo, deixe-me dar um outro exemplo deste princípio importante: a série de casos de espionagem denominados de “*Walker/Whitworth*”. Devido à evidente fraqueza do caso *Whitworth*, o próprio John Walker foi chamado como testemunha contra seu cúmplice. Esta tática foi bem-sucedida, mas as observações dos jurados relatadas pelo *Washington Post* foram bem educativas:

Os jurados expressaram considerável simpatia por Whitworth e antipatia extrema por Walker, a testemunha principal contra o antigo colega da marinha que ele recrutou para o grupo de espionagem.

Na primeira tarde de deliberações, quando eles tiveram finalmente permissão de expressar suas opiniões acerca do longo julgamento, os jurados “liberaram seus sentimentos pessoais”, disse Young, e houve uma efusão de hostilidade contra Walker.

“O homem deu um novo sentido para a palavra baixo”, disse a jurada Minda Amsbaugh, uma bancária.

Neumann, o primeiro jurado, chamou Walter “da pessoa mais perversa que já havia visto” e acrescentou, “eu pessoalmente sentiria que não é justo que Walker seja solto da prisão antes que Whitworth”.

“John Walker era claramente um verme, claramente uma pessoa desprezível”, disse Young. “Havia um sentimento de que era muito ruim que outra pessoa não estivesse em julgamento”, ele acrescentou, referindo-se a Walker. “Walker parece ter obtido o melhor de seu acordo e Jerry foi deixado com o problema”.

Mas, ele disse, o júri acreditou que Walker estava “essencialmente dizendo a verdade em seu depoimento sobre a participação de Whitworth no grupo.

Walker concordou em declarar-se culpado de espionagem e será sentenciado à prisão perpétua em troca de um tratamento mais leniente para seu filho, o marinheiro Michael Lance Walker, que também declarou-se culpado e será sentenciado a vinte e cinco anos.

“Nós todos temos as mentiras favoritas que pensamos ter detectado no depoimento de Walker”, disse Browne, “mas no final não fazia diferença porque havia suficiente prova testemunhal de corroboração a respeito de todos os assuntos principais”. Ele disse que as tabelas de pagamento apreendidas na residência de ambos foram “especialmente lesivas à Defesa”, um fator também citado por Neumann.

b. Prova material é a melhor. Corrobre tudo o que puder. Prove a culpa da testemunha assim como a culpa do acusado. Corroboração é o que os jurados querem e o que procuram, torne-a visível. Prepare mapas, apresente fotos etc.

c. Ao escolher a ordem das testemunhas, quando isso fizer sentido cronológico, considere apresentar a prova da corroboração antes de colocar o delator para depor; isto é, faça o dono da loja identificá-lo primeiro como o ladrão que estava junto do acusado, para então chamá-lo para identificar o cúmplice homicida. Você está autorizado a provar a culpa de sua testemunha para estabelecer a veracidade da alegação dela de conhecer o crime em primeira mão. O fato de ele ter-se declarado culpado é igualmente admissível, mas uma instrução limitadora dirigida ao júri na consideração de

tal prova é igualmente exigida⁸⁵. Esse depoimento é uma situação delicada e deve ser tratado com grande cautela. A declaração de culpa da testemunha não é admitida para provar diretamente a culpa do acusado, mas apenas para refletir na credibilidade da testemunha, em seu conhecimento de primeira mão sobre o crime, ou para abafar as reclamações de que a testemunha foi deixada livre por sua cooperação. Leia *United States v. Gaev*, e *United States v. Johnson*⁸⁴ para boas discussões sobre esse tema. O que quer que você faça, não diga “e nossa testemunha vira-casaca George Bultaco vai dizer a vocês que se declarou culpado pelo mesmo crime pelo qual o acusado está sob julgamento”.

Se ele vai testemunhar sobre sua prisão, coloque o agente que efetuou a prisão antes para dizer ao júri o que aconteceu. Se os jurados tiverem ouvido antes de outra pessoa, é mais facilmente aceitável por eles a mesma coisa quando vier do delator.

7. Preparação da testemunha para o exame cruzado.

a. Prepare a testemunha para o exame cruzado, mas seja cuidadoso para não criar uma testemunha orientada que pode ser desmascarada como tal pela Defesa. Sua testemunha deve ser capaz de sobreviver a um vigoroso exame cruzado a fim de que mantenha um valor substancial para os olhos dos jurados. A orientação de uma testemunha é um processo que pode ter de ser revelado na fase da abertura de provas, especialmente se existir uma transcrição ou gravação da sessão. Se você tentar remodelar uma história confusa de uma testemunha antes de ela se tornar um depoimento, você estará cavando uma cova para si e para ela, especialmente se a testemunha então declarar sob juramento que não foi orientada. Leia *Banks v. Dretke*⁸⁵, para relembrar essa armadilha.

b. A idéia principal que deve ser colocada na cabeça da testemunha é a de que ela não deve brincar de jogos com o advogado de defesa ou permitir-se ficar alterada. As únicas instruções que sempre lhes dei referem-se a lembrá-las de que testemunhar não tem por objetivo “pegar alguém” ou proteger a si mesmo, é um momento de dizer “a verdade sobre tudo não importa quem faz as perguntas – eu, a defesa ou o juiz”. Se o advogado

de defesa questionar a testemunha sobre o que eu havia lhe instruído para dizer sob juramento, a resposta será “o promotor disse-me para responder todas as perguntas com veracidade, não importa quem as fizesse, o promotor, você (referindo-se ao advogado de defesa), ou o juiz”. Além disso, a testemunha não deve brincar com os jurados olhando para eles, pois não gostam disso.

8. Perjúrio e falso testemunho.

a. Em *Mooney v. Holoh an*⁸⁶, a Suprema Corte estabeleceu que o abuso consciente por um promotor do perjúrio constitui uma violação do devido processo legal. Em *Alcorta v. Texas*⁸⁷, a Corte condenou a conduta de um promotor que disse a uma testemunha de acusação para que não apresentasse, voluntariamente, certa informação obviamente favorável ao acusado, mas que, se fosse especificamente indagado, dissesse a verdade. A testemunha mentiu, deixando a informação conhecida pelo promotor fora de seu depoimento. O promotor não tomou qualquer providência para corrigir o depoimento da testemunha, e a Corte concluiu que ao peticionário foi denegado o devido processo legal.

O Segundo Circuito estendeu o alcance desse entendimento a um caso no qual o informante mentiu no exame direto quanto a ter parado de jogar compulsivamente. De fato, a acusação denunciou sua testemunha depois do julgamento por perjúrio e ela foi condenada pelo crime. A Acusação alegou, no entanto, que só descobriu que o informante havia mentido após o julgamento.

O Segundo Circuito não ficou impressionado e revisou a condenação original do alvo, estabelecendo, com base nos fatos, que a Acusação deveria saber que sua testemunha estava mentindo⁸⁸. Isso significa que um promotor deve estar vigilante durante o depoimento de um informante para eliminar qualquer declaração surpreendente que não seja verdadeira e para identificar isso também para a defesa.

Ainda, um promotor, tendo motivo para acreditar que uma testemunha cooperante pode estar se preparando para cometer perjúrio ou que ela tenha solicitado a outros para fazer o mesmo, tem a obrigação constitucional do devido processo de investigar e evitar essa possibilidade. Um promotor não pode deixar

de agir diante dessas circunstâncias⁸⁹.

No entanto, isso não significa que um promotor está impedido de chamar uma testemunha para depor e que tem a intenção de mentir, mas cujas mentiras servirão como pretexto para a introdução de declarações inconsistentes pretéritas ou coisa semelhante. A chave é a total revelação das provas para a Corte e para o advogado de defesa.

9. Alegações finais.

a. Dê ênfase à corroboração. Rebata a defesa, dizendo ao júri, “nós sabemos disso”. Eu disse a vocês tudo isso durante meus argumentos iniciais e ainda de novo durante o exame direto! A questão nesse caso não é se Terry Miller é um canalha com uma condenação criminal prévia e que teria mentido à polícia depois de sua prisão. A questão que vocês devem decidir é se ele disse a verdade sob juramento aqui na corte sobre seu parceiro de crime (aponte o acusado), Alfred Mason, o acusado. E com isso em mente, vamos falar da prova que corrobora seu depoimento e que “prova independentemente e conclusivamente que Alfred Mason matou David Kernan”.

Uma tática excelente é reconhecer o valor das instruções de cautela ao júri e então sugerir aos jurados que deixem de lado, quando forem deliberar, o depoimento do cúmplice, com o propósito de testar o caso com base no resto da prova. O júri fará isso de qualquer jeito e essa abordagem lhe habilita a argumentar que o caso é “sólido” sem a prova do delator, mas que, com seu depoimento para corroborar, toda dúvida foi eliminada. Você chamou essa testemunha obviamente imprópria para não deixar nenhuma pedra não-remexida para provar o que aconteceu.

“Vamos supor que Terry Miller (a testemunha cúmplice), ela mesma, foi morta durante o tiroteio e nunca tenha entrado nesta corte”, disse aos jurados, “e vamos ver o que o resto das provas mostra”. Adotei então uma abordagem do tipo “Sherlock Holmes” para solucionar o caso, e os jurados usualmente adoram isso. Eles desejam ser detetives e não apenas jurados. Convide-os a solucionar o caso com você. Trabalhe com a força das provas circunstanciais. Então depois de ter descrito um caso bem provado contra o acusado, disse aos jurados para acrescentar o depoimento do cúmplice na mistura, e a culpa do acusado é provada não apenas além de uma dúvida razoável, mas com absoluta certeza. “O depoimento de Terry Miller é apenas enfeite no bolo; ele não é a testemunha-chave da acusação, como a defesa quis que vocês acreditassem”, ele foi a escolha de Mason para cúmplice.

Ao fazer esse argumento, você pode moldar a prova circunstancial e corroboradora em uma teia que aponte na direção do acusado e o enrede. Se você trabalhar por esse argumento desde o começo da preparação de seu caso, ele vai frequentemente se encaixar fácil no seu lugar. Seu propósito, entre outras coisas, é dar ao júri um instrumento para alterar o foco, passando do passado de sua testemunha para o acusado e para a prova incriminadora e de corroboração. Não compre a tese da defesa quanto ao conteúdo do caso.

b. Não desperdice a oportunidade de transformar em vantagem o resultado de um agressivo exame cruzado que fez sua testemunha parecer uma pessoa horrível. Em outras palavras, vire a mesa. Quanto pior a defesa fizer parecer o antigo melhor amigo e parceiro do acusado com crimes, uso de drogas, sone-

gação fiscal, mentiras, e coisas similares, mais você será capaz de contra-atacar, apontando – provavelmente como argumento final e depois que sua testemunha tiver sido explorada com selvageria – que o escolheram como um parceiro para passar o tempo e não a acusação. Se a testemunha é tão horrorosa e corrupta, o que dizer de seus companheiros, os acusados, que formavam um bando de gente da mesma laia?

Se os próprios fatos levam a esta réplica, você poderá deixar o trabalho de base para o exame direto de sua testemunha. Além disso, se o acusado for depor, você terá uma oportunidade de ouro para desenvolver em grandes detalhes a extensão da relação entre a testemunha e o acusado.

Esse argumento também serve para tirar o holofote de sua testemunha e focá-lo no lugar ao qual pertence – nos acusados. A Força de Combate ao Crime Organizado usou essa tática com grande vantagem com sua testemunha mafiosa cooperante Henry Hill. Quanto pior os acusados fizeram Hill parecer, tanto pior os acusados pareceram. Além disso, quem sabe mais sobre crimes do que criminosos? Você espera que testemunhas em casos de homicídio/drogas/terrorismo venham de freiras de caridade?

c. Durante sua réplica, esteja preparado para justificar e defender qualquer acordo que tenha feito, mas não se responsabilize pela testemunha! Leia *United States v. Rudberg*⁹⁰, para ver o que você pode ou não dizer a um júri a esse respeito. Saliente que criminosos normalmente não cometem seus crimes em vídeo e deixam cópias espalhadas para serem vistas por todo mundo. Argumente ainda de que não podemos ir a agência de empregos para selecionar nossas testemunhas. Temos de ir às pessoas que sabem algo sobre o crime e infelizmente algumas delas serão criminosas. Você não as escolheu, o acusado as escolheu, recrutando-as para dentro do esquema. Elas não são amigos da acusação, são os amigos do acusado!

Você não está inteiramente feliz de ter tido que fazer o acordo, mas também não está se desculpando por ele. “A integridade da acusação assim exige. Não é aceitável condenar somente o carregador da mala e deixar o político desonesto de fora. Se nós nunca fizermos acordo com os peixes pequenos, o grande peixe esperto vai sempre escapar. É isso que você quer que aconteça?” Mais uma vez, tire o holofote de sua testemunha e redirecione para o verdadeiro canalha.

Essa é também uma boa hora para espalhar o experimentado e verdadeiro argumento de que, quando um advogado de defesa tem a lei ao seu lado, ele fala da lei, quando tem os fatos, ele fala dos fatos, mas quando não tem nada, ele ataca o promotor e a acusação. Alguns advogados de defesa chamam isso de “a tática de Mark Furman”.

d. Um aspecto da testemunha que você pode enfatizar é o motivo dela em dizer a verdade. Argumente que ela só pode ter motivos para dizer a verdade porque isso permitirá que consiga o que deseja. Mentiras vão somente destruir o acordo e gerar processos por perjúrio. “Ele deseja ficar fora da cadeia. Tudo o que tem de fazer para ficar fora é dizer a verdade e não a mentira. Mentiras irão colocá-lo onde ele não deseja estar, na prisão. Seu motivo, baseado nas provas e nos registros, só pode ser dizer a verdade!” A isso você pode acrescentar que “por ter ido adiante e contado a verdade acerca do que sabe, ele fez de si mesmo publicamente um informante, um delator”. Você acredita que uma pessoa faça isso alegremente? Com certeza, não.

Isso não é uma coisa que uma pessoa iria desejar fazer se quisesse que acreditasse nela.

e. Seja muito cuidadoso em como usar o acordo de colaboração. De novo, você não deve responsabilizar-se pela testemunha. Em um número de casos significativos em diferentes circuitos, promotores foram criticados severamente pelo mau uso de termos de um acordo de colaboração, referindo-se ao polígrafo etc. Para uma visão compreensiva dos problemas nesta área, leia *United States v. Brown*; *United States v. Kerr*; *United States v. Smith*; *United States v. Perez*⁹¹, opinião revisada em parte.

PÓS-ESCRITO

Em 1883, há mais de um século, o promotor William H. Wallace assumiu a tarefa de processar criminalmente o infame Frank James, irmão de Jesse, por homicídio. Para fazê-lo, Wallace convocou um membro da gangue de James para depor, um tal de Dick Liddil. Liddil era um ladrão de cavalo condenado, um acusado de homicídio, um traidor do bando e estava tentando escapar da punição que os crimes mereciam. Como poderia ser antecipado, a credibilidade e o caráter de Liddil foram submetidos a um ataque rigoroso pela defesa, assim como o Estado, por “sua má conduta” em realizar um acordo profano contra ele. Aqui está a réplica do promotor Wallace ao júri. Apesar de parte dele ser certamente inapropriada aos parâmetros de hoje, você pode achar a maior parte dele útil:

Dick Liddil era um membro de uma quadrilha de assaltantes de trens, conhecida como a gangue de James. Isso ninguém nega. Se ele não fosse, ele não poderia ter fornecido ao Estado o vasto benefício que forneceu. Quando homens estão para cometer um crime, eles não tocam um trompete. Eles fazem o seu trabalho em segredo e na escuridão. Quando estão formando bandos para saquear ou matar, também não selecionam cidadãos honestos e conscienciosos para o complô. Um homem, planejando um homicídio, não diria “venham, Sr. Gilbrath ou Sr. Nance (ambos jurados), juntem-se a mim na minha tarefa diabólica. Seu trabalho é realizado enquanto homens honestos, respeitadores da lei, estão adormecidos, e “as bestas saem para arrear”. Por essa razão, quando o

Estado vai quebrar um bando de criminosos, ele depende da assistência de um de seus pares no crime para fazê-lo. Por isso, é um costume, tão velho quanto a lei, selecionar, de um bando desesperado, um de seus membros e usá-lo como um guia para abater os outros. Nenhum homem honesto, respeitador da lei, tem objeções a isso. Quando os homens são apanhados, quando isso é feito, gritando “perfidia”, “traidor”, “traição”, você pode derrubá-los como os inimigos do bom governo ou então afundar no preconceito de que eles não sabem nada do que fazem. Liddil, o menos depravado no mais secreto e desesperado bando que o mundo jamais tinha visto, foi então usado. E o Estado escolheu também chamá-lo como testemunha no caso. Montanhas de abuso foram amontoadas sobre ele. A língua inglesa foi vasculhada por termos de vilificação. Na época, quando ele era um assaltante de trem, foi um esplêndido companheiro, esplêndido o suficiente para ser o bondoso companheiro de um homem tão puro e grandioso como Frank James. Você se lembra de que o acusado, ele mesmo, declarou que Liddil, usando um cognome, foi seu convidado, comeu na sua mesa e dormiu sob o seu telhado. Liddil era um dos heróis sobre os quais ouvimos tanto. Mas subitamente ele mudou. Ele deixou as sombras do crime e veio para a luz da lei e da ordem. E, de súbito, é estranho dizer, ele foi transformado em víbora, um “vilão”, um “patife”, um “demônio”, ou uma “forma execrável”, como o advogado de seu antigo tutor pôde denominá-lo. Mas deixe o advogado de defesa prosseguir com seu abuso. É parte de seu trabalho. Eu não vou retaliar chamando o acusado de víbora, “perjurador”, “demônio” e coisas assim(...)

É dito que Dick Liddil rendeu-se e barganhou com o Governador do Estado e (o comissário de Polícia) Craig e [o Xerife] Timberlake para condenar Frank James, culpado ou inocente, a fim de obter imunidade para si mesmo. Eu nego isso. Não há nenhuma prova a respeito, e eu tenho o direito, na resposta, de enfaticamente e positivamente negá-lo. O único contrato com Liddil foi aquele sempre feito com as pessoas que se transformam em prova do Estado, como nós os chamamos, nominalmen-

*te. Foi feito acordo por meio do qual ele deve dizer toda a verdade e nada além da verdade e que se ele disser uma mentira, o faz a seu risco e o contrato é encerrado*⁹².

Peço desculpas por relatar o final desta história: Frank James foi absolvido. Por quê? Porque a única prova ligando-o ao homicídio veio de Dick Liddil. Então, não há nada de novo para a minha afirmação de que a falta de corroboração será fatal para o seu caso⁹³.

Finalmente, e eu repito, nunca, em tempo algum, perca o controle sobre a testemunha. Ela vai tentar manipulá-lo se ela quiser, pensando que você precisa dela e não vice-versa. Esteja preparado para dizer “não” a pedidos bizarros e deixe-a saber, todo o tempo, que você está no controle. Isso pode ser feito educadamente, mas deve ser feito com firmeza, e, acredite ou não, ela usualmente vai respeitá-lo por isso. Ela deve confiar em você até certo grau, mas não irá machucá-la ter um elemento de medo fundado em confiança e respeito. Você não quer deixá-la pensar que pode passar por cima de você e abandoná-lo com isso. Se ela cometer perjúrio, processe-a por isso. É o seu dever. A verdade é a sua mercadoria de troca!

NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1 Nota do tradutor: Publicado originariamente com o título *The use of a criminal as a witness: a special problem* no *U.S. Department of Justice's Manual for Federal Prosecutors* e no *Hastings Law Journal*, vol. 47, July/August 1996, no. 5/6.
- 2 *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300, 307 (1967).
- 3 *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668, 701-02 (2004).
- 4 *United States v. Bernal-Obeso*, 989 F.2d 331, 333-34 (9th Cir. 1993).
- 5 Nota do tradutor: Optou-se por manter as referências aos precedentes em inglês sem qualquer tradução. Expressões como 9th Cir. ou mais adiante 2nd Cir. referem-se aos julgados da Corte de Apelação do Nono Circuito Federal ou do Segundo Circuito Federal e assim por diante. Nos Estados Unidos, o sistema judicial federal é dividido em noventa e quatro cortes federais distritais (*district courts* – o equivalente no Brasil à Justiça Federal de primeira instância) e que estão organizadas em doze circuitos regionais, incluindo a Corte de Apelação Federal do Distrito de Columbia. Além disso, há ainda a *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* cuja competência é definida por matéria e não por território. Para o tema, vide MEADOR, Daniel John. *Os Tribunais nos Estados Unidos*. Trad. de Ellen G. Northfleet. Brasília: Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos EUA - USIS, 1996, especialmente p. 25-35.
- 6 *Kastigar v. US United State*, 406 US 441, 446 (1972).

- 7 *Commonwealth v. Bowie*, 243 F.3d 1109 (9th Cir. 2001).
- 8 Nota do tradutor: Nos Estados Unidos, é comum a realização das assim denominadas “*undercover operations*”, ou operações encobertas, na investigação de crimes, especialmente tráfico de drogas. Assim, por exemplo, agentes policiais disfarçados podem envolver-se na negociação de drogas, fingindo ser traficantes, para colher provas de crimes de tráfico praticados por outras pessoas ou organizações criminosas. O que não é admitido é que agentes policiais incentivem ou induzam à prática de crimes, o que é considerado como *entrapment*, ou seja, uma armadilha inválida. Em geral, tem-se entendido que não há *entrapment* quando existe um prévio esquema ou predisposição criminosa, cf. jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, v.g. *Sorrel v. USA*, 287 U.S. 435, 53 S.Ct. 210, 77 L. Ed. 413 (1932). Repetindo esta no caso *Sherman V. USA*, 356 U.S. 39, 372, 78 S.Ct. 819, 2 L.Ed.2d 848 (1958), trata-se de *traçar uma linha entre a armadilha para um inocente incauto e a armadilha para um criminoso incauto*. A Suprema Corte norte-americana, em *USA v. Russel*, 411 U.S. 423, 93 S.Ct. 1637, 36 Led.2d 366 (1973), inclusive admitiu a possibilidade da autoridade policial sob disfarce fornecer apoio material à atividade de tráfico a fim de granjear credibilidade da organização criminosa: *A produção ilícita de entorpecentes não é um incidente esporádico ou isolado, mas uma contínua, apesar de ilegal, empresa de negócios. Para obter condenações pelo tráfico ilícito, a colheita de prova de conduta ilegal pretérita freqüentemente se mostra como uma tarefa impossível. Então em crimes de drogas, os agentes da lei recorreram a um dos poucos meios praticáveis de detecção: a infiltração no grupo criminoso e a participação limitada em suas práticas ilegais presentes. Essa infiltração é um meio de investigação reconhecido e permitido; se isso é correto, então fornecer um item de valor que o grupo criminoso precisa, como regra geral, deve ser permitido. Porque um agente não terá confiança dos empresários criminosos se não tiver algo de valor a oferecer. Táticas de investigação como essa não podem ser consideradas como violadoras da “integridade fundamental” (do sistema de justiça criminal) ou como “chocantes ao senso universal de justiça”*. O padrão internacional, considerando, por exemplo e a *contrario sensu*, o caso *Teixeira de Castro v. Portugal*, 09/06/1998, *Reports* 1998-IV, 1451, (1999) 28 EHRR 101, da Corte Europeia de Direitos Humanos, aparenta seguir a mesma linha, no sentido da admissibilidade de operações encobertas ou disfarçadas desde que o objetivo seja revelar o crime e não criá-lo. Tal distinção, entre uma operação encoberta e uma armadilha inválida, pode, com algumas aproximações, ser assemelhada à diferenciação que se faz no Brasil entre “flagrante esperado” e “flagrante preparado”, existindo, apesar da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”), alguns precedentes desta mesma Corte admitindo a validade de operações disfarçadas para revelar crimes de tráfico (v.g.: HC 69.476/SP, 2. Turma do STF, Rel.: Min. Néri da Silveira, DJU de 12/03/1993.). No entendimento do tradutor, não há que se falar em crime impossível em relação à atividade de tráfico de drogas, pois a própria posse da droga – antes mesmo da tentativa de venda – já é suficiente para caracterizar o crime.
- De todo modo, afigura-se pertinente também aqui o repúdio à atividade policial que, a pretexto de combater o crime, incentive a sua prática. Tudo depende então das circunstâncias do caso. Operações disfarçadas serão legítimas desde que seu objetivo seja, como já foi dito, revelar o crime e não criá-lo.
- 9 Nota do tradutor: “Ratos somos nós”.
- 10 Em *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2nd Cir. 1950) aff’d, 341 U.S. 494 (1951):
- 11 *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747, 756 1952.
- 12 O grifo é do tradutor.
- 13 Veja 9-27.610 et seq. para as políticas e o procedimento do Departamento de Justiça nessa área.
- 14 Nota do tradutor: Refere-se o autor ao direito ao silêncio previsto na Quinta Emenda da Constituição norte-americana.
- 15 *Roberts v. United States*, 445 U.S. 552, 556 (1980).
- 16 Nota do tradutor: No caso *Brady v. Maryland*, 373 U.S.83 S.Ct 1194, 10 L.Ed.2d 215 (1963), a Suprema Corte norte-americana decidiu que *a supressão pela Acusação de prova favorável a um acusado viola o devido processo quando a prova é material relativo à culpa ou punição*. Sempre que o autor se refere no texto a material *Brady*, quer referir-se a prova ou informação que a Acusação tem obrigação de revelar à Defesa.
- 17 Veja Robert M. Bloom, *Rating: The use and abuse of informants in the American Justice System* 63-66 (Praeger 2002).
- 18 Os casos oficiais que surgiram deste colapso são *United States v. Salemm*, 91 F. Supp. 141 (D. Mass., Sept. 15, 1999) e *United States v. Flemmi*, 225, F.3d 78 (1st Cir. 2000).
- 19 Nota do tradutor: A ABA é, com as devidas adaptações, o equivalente norte-americano da OAB nacional.
- 20 Nota do tradutor: Refere-se o autor ao direito ao silêncio previsto na Quinta Emenda e ao direito a assistência por um advogado previsto na Sexta Emenda da Constituição norte-americana.
- 21 *United States v. Colorado Supreme Court*, 189 F.3d 1281, 1287-89 (10th Cir. 1999). Para um retrospecto e história deste tema, você gostará de ler *United States ex rel. O’Keefe v. McDonnell Douglas*, 132 F.3d 1252 (8th Cir. 1998); *United States v. Lopez*, 4 F.3d 1455, 1464 (9th Cir. 1993); e *In re Hanes*, 940 P.2d 159 (N.M. 1997).
- 22 *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1988).
- 23 *United States v. Ofshe*, 817 F. 2d 1508 (11th Cir. 1987).
- 24 Para orientação adicional, veja *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977), *United States v. Brugman*, 655 F.2d 540 (4th Cir. 1981), *United States v. Rosner*, 485 F.2d 1213 (2d Cir. 1973), e *United States v. Mastrianni*, 749 F.2d 900 (1st Cir. 1984).
- 25 Nota do tradutor: metáfora para situação sem saída.
- 26 *United States v. Mezzanatto*, 115 S. Ct. 797 (1995).
- 27 *Murdoch v. Castro*, 365 F. 3d 699 (9th Cir. 2004).
- 28 *Commonwealth v. Bowie*, 243 F. 3d 1109 (9th Cir. 2001).
- 29 *Kyles v. Whitley*, 115 S. Ct. 1555 (1995).
- 30 *Probation*, ou período de prova, seria o equivalente, no Brasil, a suspensão condicional da pena ou mesmo livramento condicional.
- 31 *Xiao v. Reno*, 873 F. Supp 1506 (N.D. Cal 1993), aff’d 81 F.3d 808 (9th Cir. 1996).
- 32 (Processado pelo atual Prefeito Rudy Giuliani), 854 F.2d. 535 (2nd Cir. 1988).
- 33 Nota do tradutor: O crime de *racketeering* está descrito no capítulo 95 do Título 18 do Código Penal Federal norte-americano (*US Code*) e compreende uma gama significativa de atividades criminosas.
- 34 *United States v. Martinez*, 775 F 2d 31 (2nd Cir. 1985).
- 35 *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964), ou *Henry v. United States*, 361 U.S. 98 (1959).
- 36 *United States v. Gomez and Fregoso*, 358 F.3d 1221 (9th Cir. 2004).
- 37 *Wood v. Bartholomew* 116 S. Ct. 7 (1995).
- 38 *United States v. Dailey*, 759 F.2d 192 (1st Cir. 1985)
- 39 Veja: 18 U.S.C. §§ 1012, 1751, 3056, 3059, 3059A. *United States v. Murphy*, 41 U.S. (16 Pet) 203 (1842); *United States v. Walker*, 720 F.2d 1527 (11th Cir. 1983); *United States v. Valle-Ferrer*, 739 F.2d 545 (11th Cir. 1984); *United States v. Cuellar*, 96 F.3d 1179 (9th Cir. 1996).
- 40 *United States v. Civella*, 666 F.2d 1122 (8th Cir. 1981).
- 41 *United States v. Cardenas Cuellar*, 96 F.3d 1179 (9th Cir. 1996)
- 42 Veja *United States v. Edwards*, 631 F.2d 1049 (2nd Cir. 1980); *United States v. Spriggs*, 996 F.2d 320 (D.C. Cir. 1993).
- 43 Veja *United States v. Stirling*, 571 F.2d 708 (2nd Cir. 1978); *United States v. Mezzanatto*, 115 S. Ct. 797 (1995).
- 44 *Hayes v. Brown*, 399 F.3d 792 (9th Cir. 2005) (en banc).
- 45 Em *Silva v. Brown*, 416 F.3d 980 (9th Cir. 2005)
- 46 Veja *People v. Medina*, 41 Cal. App. 3d 438 (1974).
- 47 Veja *United States v. Insana*, 423 F.2d 1165 (2d Cir. 1970) e *Darden v. United States*, 405 F.2d 1054 (9th Cir. 1969), que aprovam essa abordagem.
- 48 *United States v. DiCaro*, 772 F.2d 1314 (7th Cir. 1985)
- 49 *Williamson v. United States*, 114 S. Ct. 2423 (1994),
- 50 *Tome v. United States*, 115 S. Ct. 696 (1995).
- 51 (1) *United States v. Davis*, 890 F.2d 1373, 1379 (7th Cir. 1989); e (2) *United States v. McClain*, 934 F.2d 822, 832 (7th Cir. 1991).
- 52 *Miller v. United States*, 561 F. Supp. 1129 (1983), aff’d 729 F.2d 1448 (3rd Cir. 1984); *Galanti v. United States*, 709 F.2d 706 (11th Cir. 1983); e *Wallace v. City of Los Angeles*, 16 Cal. Rptr. 2d 113 (Janeiro, 1993).
- 53 Nota do tradutor: Na fase processual da *Discovery*, as partes têm, antes do julgamento, de revelar as provas de que dispõem relativamente ao caso. A *Discovery* é regulada, no processo federal, pela *Rule 16 da Federal Rules of Criminal Procedure*. Para uma abordagem sobre tal fase processual, vide RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 184-188.
- 54 *Goldberg v. United States*, 425 U.S. 94 (1976)
- 55 Veja ainda *United States v. Ogbuehi*, 18 F.3d 807, 810-811 (9th Cir. 1994).
- 56 *United States v. Harris*, 543 F.2d 1247 (9th Cir. 1976)
- 57 Veja ainda *United States v. Riley*, 189 F.3d 802 (9th Cir. 1999).
- 58 Se você não leu *Giglio v. United States*, 405 U.S. 160 (1972) ainda, você pode querer fazê-lo.
- 59 *Kyles v. Whitley*, 115 S. Ct. 1555 (1995).
- 60 *Banks v. Dretke*, 540 US 668 (2004) – 427 U.S., at 108
- 61 *United States v. Osorio*, 929 F.2d 753, 761-62 (1st Cir. 1991).
- 62 *Carriger v. Stewart*, 132 F.3d 463 (9th Cir. 1997) (em reunião).

- 63 *United States v. Merlino*, 349 F.3d 144, (3rd Cir. 2003).
- 64 *Merlino*, 349 F.3d at 154
- 65 *United States v. Kojayan*, 8 F. 3d 1315 (9th Cir.1993)
- 66 Veja também *Silva v. Brown*, 416 F.3d 980 (9th Cir. 2005).
- 67 Veja *United States v. Hickey*, 767 F.2d 705 (10th Cir. 1995)
- 68 *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002)
- 69 *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668 (2004).
- 70 A Regra 403 tem sido interpretada em numerosas ocasiões para limitar o exame cruzado de testemunhas da Acusação. Veja: *United States v. Bari*, 750 F.2d 1169 (2nd Cir. 1984), proibindo exame cruzado sobre a história psiquiátrica de uma testemunha de acusação; *United States v. Nuccio*, 373 F.2d 168 (2nd Cir. 1967), proibindo o exame cruzado sobre homossexualidade; *United States v. Rabinowitz*, 578 F.2d 910 (2nd Cir. 1978), mantendo a recusa do juiz em permitir exame cruzado sobre ato pretérito de sodomia da testemunha da acusação e o seguido exame psiquiátrico; *United States v. Glover*, 588 F.2d 876 (2nd Cir 1978), proibindo o exame cruzado sobre a história psiquiátrica depois de revisão *in camera*, ou seja, sem o júri, dos registros psiquiátricos; *United States v. Singh*, 628 F.2d 758 (2nd Cir. 1980), limitando exame cruzado baseado em assuntos privados; *United States v. Burke*, 700 F. 2d 70 (2nd Cir. 1983), permitindo exame cruzado sobre o envolvimento da testemunha em um roubo significativo, mas proibindo o exame sobre os detalhes.
- 71 *United States v. Mayer*, 556 F. 2d 245 (5th Cir. 1977).
- 72 *United States v. Brooke*, 4. F.3d 1480, 1489 (9th Cir. 1993).
- 73 *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668 (2004).
- 74 I AK. O'Malley, J Grenig & W. Lee, *Federal Jury Practice and Instructions, Criminal par. 15.02* (5thed. 2000) .
- 75 *United States v. Stanley Friedman*, 854 F.2d 535 (2nd Cir. 1988).
- 76 Nota do tradutor: O exame direto é o exame da testemunha pela parte que a arrolou. O exame cruzado é o exame da testemunha arrolada pela outra parte.
- 77 Veja ainda *United States v. Winter*, 663 F.2d 1120, 1133 (1st Cir. 1981); *United States v. Hedman*, 630 F.2d 1184, 1198-99 (7th Cir. 1980); *United States v. Craig*, 573 F.2d 513, 519 (7th Cir. 1978); *United States v. Necochea*, 986 F.2d 1273, 1280, n.4 (9th Cir. 1993)
- 78 Veja *United States v. Henderson*, 717 F.2d 135 (4th Cir. 1983); *Winter, Hedman, Craig, United States v. Oxman*, et al., 740 F.2d 1298 (3rd Cir. 1984); e *United States v. McNeill*, 728 F.2d 5 (1st Cir. 1984).
- 79 *People v. Gordon*, 10 Cal. 3d 460 (1973)
- 80 Veja *United States v. Partin* 601 F.2d 1000 (9th Cir. 1979).
- 81 *Kyles*, 115 S. Ct. at 1572, n. 15.
- 82 Veja *United States v. Weatherspoon*, 410 F.3d 1142 (9th Cir. 2005).
- 83 Veja *United States v. Halbert* 640 F.2d 1000 (9th Cir. 1981).
- 84 Leia *United States v. Gaev*, 24 F.3d 473, 476 (3rd Cir. 1994) e *United States v. Johnson*, 26 F.3d 669, 675-678 (7th Cir. 1994).
- 85 Leia *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668 (2004).
- 86 *Mooney v. Holohan*, 294 U.S. 103 (1935).
- 87 Em *Alcorta v. Texas*, 335 U.S. 28 (1957).
- 88 *United States v. Wallach*, 935 F.2d 445 (2nd Cir. 1991).
- 89 *Commonwealth v. Bowie*, 243 F.3d 1109 (9th Cir. 2001); *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668 (2004).
- 90 *United States v. Rudberg*, 122 F.3d 1199 (9th Cir. 1997).
- 91 *United States v. Brown*, 720 F.2d 1059 (9th Cir. 1983); *United States v. Kerr*, 981 F.2d 1050 (9th Cir. 1992); *United States v. Smith*, 962 F.2d 923 (9th Cir.1992); *United States v. Perez*, 67 F.3d 1371 (9th Cir. 1995), opinião revisada em parte, 116 F.3d 840 (9th Cir. 1997).
- 92 (Para as alegações finais do Promotor William H. Wallace, *State v. Frank James*, Homicídio, Gallatin, Condado de Daviess, Missouri Setembro, 1883).
- 93 Veja William A. Settle, Jr; *Jesse James was his Name*, 129-144 (1966).

Recebido em 2/4/2007.

ABSTRACT

The author comments on the use of a criminal as a witness, in the United States, and refers to several issues related to the theme and to the American case law about the problems involved. According to him, the adequate question is not whether criminals should really be used as witnesses for the prosecution, but when and how.

In his understanding, criminal informants are dangerous, for their minds almost always lack law-abiding principles, besides the fact that they are motivated by self interests, which may lead to betrayal.

He states that a prosecutor who overlooks these truths may eventually become an object of investigation; therefore he sets out examples of concrete cases related to the matter at hand as well as guidelines for helping to effectively cope with the problem.

KEYWORDS

North American Criminal Procedural Law; North American case law; accusation, criminal; witness; defense; prosecution.

* **Stephen S. Trott** é Juiz Senior da Corte de Apelações do Nono Circuito Federal dos Estados Unidos da América.

** **Sérgio Fernando Moro** é Juiz Federal da 2^a Vara Federal Criminal de Curitiba, especializada em crimes financeiros e de lavagem de dinheiro.