

Diogo Malan: Advocacia criminal e fontes reais de prova

Imagine a seguinte situação: o advogado está recebendo cliente em potencial para sua primeira entrevista reservada. O cliente narra que, ao arrumar o quarto do filho, descobriu quantidade considerável de substância suspeita, sacando do bolso sacola plástica transparente contendo aproximadamente um quilo de comprimidos.

Spacca



Ou o cliente relata que descobriu arquivos contendo imagens e

filmagens pornográficas adolescentes, armazenados em *laptop* usado por ele adquirido, retirando da mochila esse *laptop*.

Ou o cliente expõe que é empresário e constatou haver livros contábeis da sua empresa contendo lançamentos falsos, que foram meios para prática de crimes tributários, sacando da pasta esses livros.

Nessas três situações hipotéticas, o cliente indaga ao advogado sobre as implicações jurídicas da posse desse objeto, inclusive se ele deve apresentá-lo às autoridades públicas, destruí-lo, escondê-lo, entregá-lo ao advogado etc.

Na perspectiva da dogmática processual penal, trata-se de *fonte real de prova (real evidence)*, ou seja, objeto a partir do qual se pode conseguir a prova [\[1\]](#). Neste texto, usarei as expressões *fonte*, *objeto* ou *prova* indistintamente, na sobredita acepção técnico-processual.

Essas hipóteses desafiam complexas questões éticas e jurídicas, expondo o advogado ao risco de sanções ético-disciplinares e penais.



Com efeito, nesses casos há sete interesses concorrentes, de difícil reconciliação: I) o direito do cliente à defesa técnica efetiva; II) o sigilo profissional da relação advogado-cliente; III) os direitos fundamentais (v.g. ao silêncio etc.) do cliente; IV) a necessidade de o advogado evitar sua responsabilidade ético-profissional e penal; V) o interesse estatal na persecução penal do crime; VI) o direito de propriedade sobre bem que é objeto material de crime patrimonial; VII) a tutela da segurança pública.

Stephen Gillers propõe três premissas para o desate desse nó górdio [\[2\]](#).

A primeira é que a situação jurídica do cliente não deve piorar em razão de o advogado ter se apossado da fonte de prova, ou tomado conhecimento da sua localização.

A segunda é que o Estado não deve ser prejudicado pelo precitado apossamento.

A derradeira é que, se as premissas antecedentes forem irreconciliáveis, o interesse do cliente deve prevalecer, se a posse advocatícia do objeto servir à finalidade da representação processual, ou outra política pública (v.g. tutela da segurança pública; restituição ao proprietário de bem que é objeto de delito).

A regulação dos aspectos deontológicos do manuseio da fonte real probatória pelo advogado é encontrada no artigo 4-4.7 dos *Standards para a Função Defensiva no Sistema de Justiça Criminal (Criminal Justice Standards for the Defense Function)*, da *American Bar Association (ABA)* [\[3\]](#).

Quanto à consultoria jurídica, o advogado deve orientar o cliente sobre suas opções lícitas, tendo em vista a legislação sobre obstrução de justiça, os crimes contra a administração da Justiça, o dever de sigilo profissional e o privilégio contra a autoincriminação.

Caso exigido por lei, o advogado pode auxiliar o cliente na apresentação do objeto às autoridades públicas. O advogado pode orientar o cliente sobre a destruição dessa prova, caso isso não implique obstrução da justiça, nem outra infração legal ou ética. Não obstante, o advogado não pode ajudar o cliente na prática de conduta ilegal, nem tentar impedir os esforços de autoridades públicas para apreensão de fonte real de prova.

O advogado não deve se apossar desse objeto, devendo orientar o cliente a não lhe entregar a prova, exceto nas circunstâncias em que sua posse for *legal*. Tais circunstâncias incluem: I) intenção do cliente de destruir ou ocultar a fonte real probatória; II) prevenção de dano físico a alguém; III) restituição da fonte ao proprietário, ou entrega às autoridades públicas, com consentimento informado do cliente; IV) destruição permitida de bem cuja posse é ilegal; V) exame forense do objeto, para fins de assistência jurídica efetiva do cliente.

Caso o advogado receba fonte real de prova incriminadora, ele deve avaliar se há dever legal de restituição ao remetente ou proprietário, ou de apresentação à autoridade policial ou judicial, e cumprir tal dever. Nesse caso, o advogado deve executar a restituição ou apresentação de forma legal, e que minimize o dano causado ao cliente.



Entretanto, se não houver dever legal de restituição, apresentação ou descarte do objeto, o advogado pode mantê-lo por período razoável, para uma finalidade legítima: I) prevenir sua destruição; II) organizar sua apresentação às autoridades públicas; III) organizar sua restituição ao proprietário; IV) prevenir seu uso danoso a terceiros; V) submeter a prova a exame forense, para assistir o cliente de forma efetiva.

Caso seja necessário o sobredito exame, devem ser adotadas as seguintes boas práticas: I) adequação do manuseio, embalagem, etiquetagem e armazenamento do objeto, para documentar sua identidade e assegurar sua integridade; II) cuidado para evitar, quando possível, a consumição do objeto, além da preservação de parcela dele para viabilizar exame adicional; III) vedação do exame do objeto de forma a destruí-lo, ou inviabilizar exame independente pelo acusador, sem prévia aprovação do advogado; IV) notificação e oportunidade para o acusador se opor e buscar tutela jurisdicional, antes de exame que consumirá integralmente o objeto, ou inviabilizará chance de o acusador examiná-lo; V) possibilidade de concessão de tutela jurisdicional assegurando valoração independente do exame feito pela defesa (v.g. presença do assistente técnico do acusador; documentação audiovisual ou fotográfica do exame; acesso aos dados brutos e outros documentos relativos ao exame etc.).

Antes de receber do cliente fonte real probatória que o advogado tem o dever legal de apresentar às autoridades públicas, ele deve orientar o cliente sobre as alternativas legais a essa entrega e suas implicações jurídicas, obtendo consentimento informado do cliente.

Caso não haja dever legal de divulgação do objeto às autoridades públicas, o advogado deve lidar com ele de forma consistente com os regramentos éticos e legais. A retenção do objeto deve observar o direito de propriedade, o que pode implicar notificação de terceiros interessados. O advogado deve manter o objeto separado dos objetos de outros clientes, para não comprometer seu valor probatório.

Devem ser criados procedimentos para regular o manuseio de fontes reais de prova pelo defensor.

Quando o advogado notifica o acusador sobre a posse dessa fonte, ou apresenta tal fonte ao acusador, este não pode usar esse fato como argumento ou prova da culpa do cliente. Há duas exceções: I) objetivo de refutar impugnação à prova fundada na cadeia de custódia; II) finalidade de provar crime relacionado à produção da prova, em procedimento subsequente (artigo 3-3.6 dos *Standards para a Função Persecutória no Sistema de Justiça Criminal — Criminal Justice Standards for the Prosecution Function* —, da *American Bar Association*) [\[4\]](#).

Por fim, quando o advogado razoavelmente acreditar que o objeto de posse ilícita não se relaciona à investigação ou processo criminal em curso, ele pode se apossar dele e destruí-lo.

Entre nós, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos advogados do Brasil infelizmente não fornece resposta satisfatória ao dilema ético e legal em digressão.



Ao contrário, há uma série de questões relevantes que permanecem em aberto. Por exemplo, se a solução do sobredito dilema deve ser diferenciada se: I) a fonte real probatória integrar o *corpo de delito*; II) a mera posse dessa fonte caracterizar infração penal; III) a fonte constituir *produto* ou *provento* de crime; IV) a fonte representar perigo à segurança pública (v.g. arma de fogo carregada); V) a fonte for de propriedade do cliente ou de terceiro; VI) houver relação de pertinência probatória entre a fonte e investigação ou processo criminal em curso; VII) o cliente ou o advogado tiverem conhecimento sobre tal investigação ou processo etc.

À míngua de marco deontológico e legal satisfatório, é possível apresentar algumas balizas conciliatórias dos interesses públicos potencialmente colidentes: os deveres do advogado e direitos fundamentais do cliente versus a prevenção da destruição ou ocultação de fontes reais probatórias.

Nas três situações hipotéticas acima, decerto a postura mais cômoda e segura para o advogado seria orientar o cliente a entregar a fonte real probatória incriminadora às autoridades públicas, ou se voluntariar para fazê-lo pessoalmente.

Não obstante, inexistente dever ético-profissional ou legal de o advogado apresentar às autoridades públicas objeto incriminador do seu cliente.

Essa conduta é disfuncional, pois põe em causa os deveres éticos do advogado de proporcionar ao cliente defesa técnica efetiva e resguardar o sigilo profissional, além do direito fundamental à não autoincriminação.

Ainda que o *corpo de delito* não esteja protegido pelo sigilo profissional (artigo 243, §2º da codificação processual penal), as comunicações entre advogado e cliente sobre sua origem, características, localização etc. estão [5].

Logo, hipotético dever ético ou legal de o advogado apresentar fonte real probatória incriminadora às autoridades públicas violaria o núcleo essencial da ampla defesa e seus corolários lógicos.

Destarte, o advogado deve agir com cautela ao prestar consultoria jurídica a cliente na posse de objeto incriminador. Essa reunião deve ser feita na presença de sócio ou advogado associado, e documentada via memorando interno detalhado.

Nesse contexto, o advogado pode — e deve — debater com o cliente todas as opções deste (apresentação às autoridades públicas; manutenção da posse; destruição ou ocultação da fonte etc.), e suas respectivas implicações penais e processuais penais.

O advogado também pode — e deve — assegurar ao cliente que o sigilo profissional impede divulgação às autoridades públicas de quaisquer informações sobre a origem, características, localização etc. dessa prova.

Por outro flanco, o advogado *não* pode sugerir ao cliente a destruição ou ocultação do objeto incriminador, nem auxiliar o cliente nessa empreitada.



Caso contrário, o advogado comete infração ético-disciplinar e possível infração penal (v.g. *obstrução de justiça, fraude processual* etc.).

A esse respeito, é claro o artigo 1.2(d) das *Regras Modelo de Conduta Profissional (Model Rules of Professional Conduct)*, da *American Bar Association (ABA)* [6].

Essa norma dispõe que o advogado não pode sugerir conduta criminosa, nem auxiliar o cliente na prática dessa conduta. Porém, o advogado pode discutir com o cliente as consequências jurídicas de qualquer conduta, ou assistir o cliente na determinação da validade, escopo, significado ou aplicação da lei.

Questão diversa é saber se o advogado deve (ou pode) se apossar da fonte real de prova incriminadora em alguma circunstância.

Como regra geral, o advogado não pode aceitar esse apossamento com a finalidade de dificultar a atividade persecutória do Estado, sob pena de praticar infração ético-profissional e possível infração penal.

A exceção a essa regra geral é a hipótese de submissão do objeto a exame forense, pois não há exclusividade nem preferência dos órgãos estatais na realização desse exame [7].

Por exemplo: na primeira situação hipotética acima, como há incerteza quanto à natureza da substância, é legítimo o seu apossamento pelo advogado, para fins de realização de exame forense por assistente técnico.

Para tanto, o advogado deve estar familiarizado com os protocolos técnicos para a coleta de materiais, evitando sua contaminação, documentando cuidadosamente a cadeia de custódia etc.

Em suma: a interpretação do marco deontológico e normativo vigente não deve impedir a prestação de ampla consultoria jurídica a cliente na posse de fonte real probatória incriminadora, para que ele possa tomar decisão *informada* sobre todas as suas opções, e respectivas implicações penais e processuais penais.

Do contrário, tal marco cobraria preço *excessivo* do cliente em busca de assistência jurídica, violando o núcleo essencial do direito fundamental à ampla defesa e seus consectários lógicos [8].

[1] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

[2] GILLERS, Stephen. Guns, fruits, drugs and documents: A criminal defense lawyer's responsibility for real evidence, In: Stanford Law Review, v. 63, n. 04, pp. 813-868, 2011.



[3] AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). Criminal Justice Standards for the Defense Function. 4th ed. Chicago: American Bar Association, 2017.

[4] AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). Criminal Justice Standards for the Prosecution Function. 4th ed. Chicago: American Bar Association, 2017.

[5] A expressão *corpo de delito* se refere a tudo que representa a exteriorização física dos crimes de cariz *material* (ou *de resultado*), notadamente: (i) a pessoa ou coisa sobre as quais se praticou o ato criminoso; (ii) os objetos e instrumentos empregados no referido ato; (iii) os vestígios deixados pela prática delitiva (TUCCI, Rogério Lauria. Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, pp. 295-296. São Paulo: Saraiva, 1978).

[6] AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). Model Rules of Professional Conduct. Chicago: American Bar Association, 1983.

[7] SISK, Gregory. The legal ethics of real evidence: Of child porn on the choirmaster's computer and bloody knives under the stairs, In: Washington Law Review, v. 89, n. 03, pp. 819-900, 2014.

[8] UPHOFF, Rodney; JOY, Peter. What do I do with the porn on my computer: How a lawyer should counsel clients about physical evidence, In: American Criminal Law Review, n. 54, pp. 751-790, 2017.

Date Created

02/09/2020