

Advogado e preposto
Prática simultânea
Infração ético-disciplinar

Renata Soltanovitch

São Paulo – abril/2022

1ª edição

ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Advirto o leitor de que o entendimento esboçado neste ebook é exclusivamente de minha autoria, sendo que sempre deve ser observada a data da publicação deste texto, pois, como estou em constante evolução, aos que me convencerem do contrário, pode-se ensejar nova compreensão sobre o tema.

E você, qual sua opinião sobre o assunto?

NORMA JURÍDICA

Dispõe o Código de Ética da OAB:

Art. 25. É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente.

Parece-me que a norma não tem palavras inúteis, pois ela deixa consignado que, além de o advogado não poder funcionar no mesmo processo como preposto e advogado, reforça sua determinação ao utilizar a palavra “simultaneamente”.

Simultâneo, ou melhor, “no mesmo momento”, “conjuntamente”, “concomitantemente”, como afirmam os dicionários digitais.

Pois bem, entendo que o processo, sem embarcar na filosofia do direito, é um conjunto de atos que visam pôr fim a um conflito de interesses. Ainda que sejam estes atos divididos em petição inicial, contestação, manifestações, agravos, apelações, entre outros, o fato é que este conjunto de atos forma um processo, de modo que o artigo 25 do Código de Ética aponta ser defeso ao advogado funcionar ora como preposto, ora como advogado, segundo a conveniência do ato.

O ADVOGADO É INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 133, e constantemente reiterado nas campanhas da classe com a bandeira de valorização da advocacia, o advogado é indispensável à administração da justiça e garantidor das cláusulas pétreas e do estado democrático de direito.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O advogado presta serviço público e exerce função social, promovendo a defesa dos direitos de terceiros, conforme preceitua o artigo 2º do Estatuto da Advocacia, que, diga-se de passagem, é uma Lei Federal, de nº 8.906/94.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função

social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Reforçado pelo Código de Ética:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

Para que o cidadão tenha um julgamento justo e para que a democracia se mantenha, o advogado sempre teve – e continuará tendo – um papel fundamental.

Reforçando este entendimento, na defesa criminal, é o advogado o protetor dos interesses jurídicos daquele que praticou uma ilicitude penal, no sentido de lhe oferecer um julgamento justo, independentemente do crime cometido e da sua opinião pessoal.

Art. 23. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Parágrafo único. Não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais.

E, somado a estes argumentos, é exatamente o advogado que deve se posicionar dentro do processo, ou seja, ou ele figura com a capacidade postulatória para defender os interesses de seu constituinte ou ele é preposto no processo, representando seu empregador – leia-se pessoa jurídica –, inclusive para depor em processo judicial.

O que não me parece razoável é fazer do processo uma conveniência, até porque, se o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com as normas da Constituição Federal, o sujeito deve entender qual é o seu papel, ou seja, se ele é parte no processo ou se é advogado.

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na <u>Constituição da República Federativa do Brasil</u> , observando-se as disposições deste Código.
--

Este é um dos princípios da boa-fé e, dependendo de sua conduta durante o trâmite do processo, poderá ensejar diversas consequências, entre elas a aplicação de multa ou até mesmo a ocorrência de um dano processual.

PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

Além do indicado acima, se o advogado faz papel de preposto e, portanto, se encontra limitado a esta função, não pode alegar

violação de suas prerrogativas durante o trâmite processual, já que está exercendo a função de preposto – repita-se.

E assim deve permanecer. Seja por uma escolha ou por questões processuais momentâneas, o advogado que se vê na função de preposto deve agir tal e qual, até o final do processo, não devendo ter mudança de papel, por simples conveniência processual.

Ressalte-se que o preposto, se se sentir ameaçado, não pode fazer uso de suas prerrogativas, pois seu papel processual é outro. Além do mais, não possui imunidade profissional e tampouco pode alegar qualquer espécie de sigilo profissional, quando inquirido na qualidade de preposto, ainda que seja advogado.

Se o preposto (ainda que seja advogado, mas não atuando como tal) falsear a verdade dos fatos, de modo a ensejar multa por litigância de má-fé, aplicada pelo magistrado, a figura do advogado não é solidária a esta sua conduta, conforme decisão abaixo.

“Embargos de declaração - Existência de omissão sobre a pena por litigância de má-fé atribuída à autora e seus advogados - Questão impugnada nas razões do apelo não apreciada no acórdão combatido - Litigância de má-fé mantida, todavia, apenas em relação à embargante - Penalidade do art. 80, II e III, do atual CPC aplicável, tão somente, à autora, ora embargante - Afastada a condenação solidária de seus advogados - Embargos acolhidos em parte” (Edcl. nº 1007343-71.2016.8.26.0292/50000, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. 17/12/2018 - TJSP).

Mas reforça-se a ideia de que preposto, ainda que seja advogado, é tratado como preposto, não podendo fazer uso de prerrogativas, a teor dos artigos 6º e 7º do Estatuto da Advocacia, até porque preposto não tem autonomia e independência, e sim subordinação a sua empregadora – e entendo que, neste caso, há ressalvas à interpretação do artigo 18º do Estatuto da Advocacia – o que não ocorre com o advogado.

Cabe a leitura do artigo 11 do Código de Ética:

Art. 11. O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada.
--

E, o que é importante, o advogado-empregado que faz o papel de preposto não tem direito aos honorários de sucumbência, caso a causa seja favorável ao seu empregador.

É ADVOGADO OU É PREPOSTO?

Concluindo pelas razões acima, o advogado deve se posicionar na defesa do interesse de seus clientes. Entretanto, se por vínculo empregatício for atuar como preposto, que o faça durante todo o processo, não alterando sua função, sob pena de violar os preceitos éticos e cometer infração disciplinar.

Não são recentes estas discussões e, já na década passada, era este o entendimento da Primeira Turma Deontológica de São Paulo:

PATROCÍNIO – ADVOGADO E PREPOSTO – IMPOSSIBILIDADE NO JUÍZO CÍVEL E TRABALHISTA.

É vedado ser preposto e advogado no mesmo processo, quer trabalhista, quer cível. Comparecendo como preposto, nesse processo, jamais poderá atuar como advogado. Incompatível também o inverso. A vedação é para todo e qualquer ato, inclusive mera juntada de procuração, ainda que por terceiro (colega) (art. 23 do CED). Proc. E - 1.240 – 95 -V.U. - Rel. Dr. MILTON BASAGLIA - Rev. Dr. DANIEL SCHWENCK - Presidente Dr. ROBISON BARONI.

PATROCÍNIO – CONCOMITÂNCIA FUNCIONAL NOS AUTOS – ADVOGADO E PREPOSTO. Impossibilidade total e permanente de o advogado atuar em processo no qual funcionou como preposto, ainda que o processo esteja em fase recursal. Proc. E - 1.414 – 96- V.U. - Rel^a. Dr^a. APARECIDA RINALDI GUASTELLI - Rev. Dr. ELIAS FARAH - Presidente Dr. ROBISON BARONI.

ADVOGADO – PREPOSTO – ADVOGADO NÃO PODE PATROCINAR AÇÃO JUDICIAL EM QUE TENHA FIGURADO OU POSSA FIGURAR COMO PREPOSTO. É defeso ao advogado empregado representar a sua empregadora na Justiça do Trabalho e exercer a função de advogado ao mesmo tempo. Nada impede que o preposto seja advogado exercendo somente a representação processual e não atuando como advogado e preposto, ao mesmo tempo. Quer dizer, o advogado não pode a um só tempo patrocinar ações judiciais e figurar como preposto em um mesmo processo – pode abdicar de sua qualidade de advogado para representar seu empregador, na condição de preposto, em audiência. Saliente-se que por comprometimento do padrão ético dos profissionais do direito, como preposto, o advogado não terá independência, devendo responder a todas as perguntas, conforme orientação do reclamado, enquanto que, como advogado, não estará

obrigado a depor, mas, ao contrário, estará impedido de fazê-lo, por dever do sigilo profissional. Proc. E-3.735/2009 – v.u., em 21/05/2009, do parecer e ementa do Rel. Dr. ARMANDO LUIZ ROVAI – Rev. Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE – Presidente Dr. CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI.

E, em decisões recentes desta mesma Primeira Turma Deontológica, o entendimento permanece:

ADVOGADO – PREPOSTO – IMPOSSIBILIDADE DE ADVOGADO ATUAR COMO ADVOGADO E PREPOSTO AO MESMO TEMPO EM UM MESMO PROCESSO – RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.

Estabelece o artigo 25 do Código de Ética e Disciplina que “é defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”. A vedação de atuação do advogado na qualidade de preposto se dá apenas nos processos em que atue na qualidade de advogado, seja na esfera trabalhista, seja nas demais esferas. Isso não impede, porém, que os advogados sejam prepostos em audiências em outros processos que porventura não atuem. Ou seja, é possível que o profissional atue como advogado e preposto para determinada pessoa jurídica, ao mesmo tempo, desde que não seja em uma mesma relação jurídica processual. É possível, ainda, que o preposto seja um advogado. Contudo, quando um advogado exercer a representação processual (preposto), ele não poderá atuar na qualidade de advogado nesse mesmo processo judicial. Para fins de configurar a representação do cliente, é suficiente a existência de procuração, em nome do advogado, juntada nos autos.

Proc. E-4.774/2017 - v.u., em 16/03/2017, do parecer e ementa do Rel. Dr. EDUARDO AUGUSTO ALCKMIN JACOB – Rev. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI – Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

SIGILO PROFISSIONAL DO PREPOSTO EMPREGADO

Só para finalizar e advertir sobre um tema não menos importante.

Ainda que o advogado tenha figurado em todo o processo como preposto, mantendo, assim, sua postura ética, ao se desligar da empresa deve atentar ao comandado legal do sigilo profissional, pois, embora tenha atuado como uma figura processual, mesmo tendo sido empregado-advogado da empresa, deve manter sigilo profissional perene, não podendo atuar contra sua ex-empregadora sobre fatos que conhecia por conta de sua qualidade como advogado, conforme dispõe o artigo 21 do Código de Ética.

Art. 21. O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o sigilo profissional.

Neste sentido:

PREPOSTO – EX-EMPREGADO QUE TRABALHAVA NO DEPARTAMENTO JURÍDICO – IMPEDIMENTO PERENE DE ADVOGAR CONTRA EX-EMPREGADORA NA ESFERA TRABALHISTA – MANUTENÇÃO DO SIGILO DOS ASSUNTOS QUE CONHEÇA EM RAZÃO DE CARGO NAS DEMAIS ÁREAS.

O ex-empregado que atua no departamento jurídico, ainda que não exercendo a função de advogado, mas como tarefas administrativas/jurídicas, tais como escolher testemunhas, documentos para instruir defesas, análise e alterações de teses de defesas preparadas por escritórios terceirizados e, em especial, exercendo com regularidade a função de preposto na Justiça do Trabalho, tem conhecimento de todos os fatos, sujeito à pena de confissão. Nestas condições, fica impedido de advogar contra a ex-empregadora na Justiça do Trabalho e este impedimento passa a ser perpétuo. Nas demais áreas, obriga-se ao sigilo e jamais poderá utilizar qualquer informação obtida em razão da relação empregatícia mantida com a ex-empregadora, na defesa dos interesses desta, nos termos do que dispõe o artigo 19, 20, 25,26,27 do CED, e sujeito à infração disciplinar nos termos do artigo 34, inciso VII. Precedentes: E-3.982/11; E-3.930/10; E- 4.117/12; E-4.042/11; E-

3.262/05. Proc. E-4.512/2015 – v.u., em 21/05/2015, do parecer e ementa da Rel. Dra. MARCIA DUTRA LOPES MATRONE – Rev. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI – Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.

Embora o entendimento a respeito da quarentena para advogar contra a ex-empregadora ou ex-cliente tenha sido alterado, inexistindo a figura do prazo/tempo para tanto, o fato é que o sigilo profissional permanece em caráter perpétuo, pois, quando o advogado obtém informações sigilosas, não pode contra ela advogar, sob pena de afrontar o Código de Ética e os princípios que norteiam o profissional da advocacia.

Neste sentido:

EXERCÍCIO PROFISSIONAL – PREPOSTO – IMPEDIMENTO PERPÉTUO DE ADVOGAR CONTRA EX-EMPREGADORA – IRRELEVANTE QUE A FUNÇÃO EXERCIDA NÃO SEJA COMO ADVOGADO, MAS, COMO CONHECEDOR DOS FATOS, DEPÕE EM NOME DA EMPRESA E ESTÁ SUJEITO A PENA DE CONFISSÃO

Advogado que exerce função diversa da advocacia, mas que representou a empresa empregadora como preposto, em audiência trabalhista, está impedido indefinidamente de advogar contra ela na Justiça do Trabalho. Por outro lado, caso pretenda advogar contra sua empregadora em outra área, em que não atuou como preposto, deverá aguardar o prazo de dois anos, contados da data de sua rescisão contratual. Todavia, o sigilo e o segredo profissional sempre deverão ser cumpridos e respeitados pelo advogado.

Proc. E-4.353/2014 – v.u., em 20/02/2014, do parecer e ementa do Rel. Dr. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF – Rev. Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI – Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.

Este é meu entendimento sobre o tema, de forma simples, mas pontual.

Em meu site www.vicentevieirasoltanovitch.adv.br, há outros temas sobre ética no exercício da advocacia.