

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

CONSTANZA BODINI

DILEMAS ATUAIS E POSSÍVEL EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DE
INTERESSES NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO ADVOGADO NO BRASIL

BRASÍLIA

2018

1

CONSTANZA BODINI

DILEMAS ATUAIS E POSSÍVEL EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DE
INTERESSES NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO ADVOGADO NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção da validação de diploma de
bacharel em direito perante a Universidade de
Brasília - UnB

Orientadora: Daniela Marques de Moraes

BRASÍLIA

2018

Bodini, Constanza

Dilemas atuais e possível evolução no tratamento de conflitos de interesses na atuação profissional do advogado no Brasil / Constanza Bodini – 2018.

51 f.

Orientadora: Daniela Marques de Moraes

Monografia (Graduação) – Universidade de Brasília- UnB.

CONSTANZA BODINI

DILEMAS ATUAIS E POSSÍVEL EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DE INTERESSES NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO ADVOGADO NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção da validação de diploma de bacharel em direito perante a Universidade de Brasília

Campo de conhecimento
Direito

Data de Aprovação:
07/12/2018

Banca Examinadora

Prof. Daniela Marques de Moraes
(Orientadora)
UNB

Prof. Cristina Zackseski
UNB

Prof. Inez Lopes
UNB

RESUMO

A evolução do mercado jurídico e a diversidade de papéis em que os profissionais do direito vem podendo exercer sua prática tem gerado cada vez mais situações de conflito de interesses, seja no exercício profissional do advogado público, seja na atividade empresarial do profissional liberal privado. Algumas dessas ocorrências eram impensáveis até há não muito tempo. Esta tese analisa episódios hipotéticos e situações concretas caracterizadas pela quebra dos deveres de lealdade, sigilo e independência. Uma vez individualizadas essas ocorrências, buscamos preparar um mapa de como o atual sistema normativo nacional trata esses dilemas éticos, comparando o tratamento da lei brasileira com aquele dispensado pelas normas norte americanas. A partir desse diagnóstico, tecemos críticas e sugestões de evolução no quadro legal nacional, propondo ao fim modelos em prol de boas práticas para evitar situações de conflito de interesses.

Palavras-chave: Advogado. Conflito de interesses. Dever de Lealdade. Dever de Sigilo. Dever de Independência.

ABSTRACT

The evolution of the legal market and the diversity of roles performed by law professionals in practice have generated more situations of conflict of interest, not only in the public lawyer practice but also in the private practitioner commercial activity. Some of those occurrences were previously unthinkable until recently. This thesis analyses hypothetical episodes and actual situations characterized by breach of duty of loyalty, secrecy and independence. Once these occurrences are individualized, we seek to prepare a map of how the current national normative system addresses these ethical dilemmas, comparing the treatment of Brazilian law in contrast with that provided by US norms. From this diagnosis, we criticize and suggest changes in the national legal framework, finally proposing models for good practices to avoid conflict of interest situations.

Key Words: Lawyer Profession. Conflict of Interest. Duty of Loyalty. Duty of Secrecy. Duty of Independence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1. OS ATORES, SEU DEVER DE LEALDADE E AS PRINCIPAIS FONTES DE CONFLITOS DE INTERESSES	11
1.1. Profissional do Direito	11
1.1.1. O advogado público	11
1.1.2. O advogado privado	13
1.2. Regulamentação do exercício profissional	13
1.2.1. Fontes de deveres e obrigações	13
1.3. Fontes de conflito de interesse na prática da advocacia	17
1.3.1. Mobilidade	18
1.3.2. Múltiplas atividades desempenhadas ao mesmo tempo	19
1.3.3. Incremento na concorrência	20
1.4. Como identificar conflito de interesses	21
CAPÍTULO 2. REGULAMENTAÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES – SITUAÇÃO BRASILEIRA E COMPARATIVO COM REGRAS MODELONORTE AMERICANAS	22
2.1. Regulamentação sobre conflito de interesse	22
2.1.1. Lei de Conflito de Interesses	22
2.1.2. Código de Ética e Disciplina da OAB	23
2.1.2.1. Considerações Gerais	23
2.1.2.2. Dever de lealdade, sigilo e independência	25
2.1.2.2.1. <i>Representação simultânea de clientes com interesses opostos:</i>	27
2.1.2.2.2. <i>Impossibilidade de harmonizar conflito de interesses entre clientes constituintes:</i>	31
2.1.2.2.3. <i>Resguardo do sigilo profissional:</i>	32
2.1.2.2.4. <i>Atuação em causa contrária à validade de ato jurídico em que tenha participado:</i>	34
2.2. Infrações e sanções disciplinares contidas no Estatuto de Advogados e Código de Ética e Disciplina da OAB	37
2.3. Principais órgãos que julgam casos de conflito de interesses na atuação dos advogados.	39
CAPÍTULO 3. O DESAFIO DA IDENTIFICAÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES E SUGESTÕES PARA APERFEIÇOAMENTO DA SUA ATUAL SITUAÇÃO SANCIONATÓRIA NO BRASIL	40
3.1. Diagnóstico dos problemas encontrados nas normas brasileiras	40
3.2. Diagnóstico dos problemas encontrados nos enquadramentos dos delitos e suas sanções	43
3.3. Sugestões para aperfeiçoar a prevenção de conflitos de interesses no Brasil	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Esta monografia nasceu das perguntas que nos surgiram a partir do trabalho de conclusão de curso da disciplina “Ética, Controle e Governança Pública”, oferecida pelos professores Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, do Mestrado Profissional em Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo¹.

Naquele trabalho pesquisamos conflitos de interesses na atuação de advogados públicos tão-somente. Nesta monografia ampliaremos o estudo para também abarcar a advocacia privada, fazendo, tal qual ali em relação aos profissionais que atuam em prol de entidades públicas, um estudo de direito comparado com relação às normas e experiência norte americanas sobre o tema. Por diversas vezes abordaremos conceitos e ideias trabalhados naquele trabalho já publicado, dadas as bases comuns com a presente tese. A presente vai além, contudo, incorporando novos problemas, conclusões e propostas de soluções.

A importância de tratar tanto a advocacia privada como a advocacia pública pode ser em parte justificada pela atual tendência dos profissionais de mudar de emprego diversas vezes no decorrer de sua carreira, sendo comum que advogados públicos tenham tido experiência no setor privado previamente a seu ingresso naquela posição – aliás, na grande maioria da vezes, a comprovação desse histórico profissional é um requisito essencial dos editais de concurso para a carreira pública². Embora menos frequente, existem exemplos famosos de profissionais trilhando caminho inverso: deixando a estabilidade da advocacia pública para ingressar em escritórios de advocacia como sócios, ali passando a explorar sua expertise³.

¹ BODINI, CONSTANZA. Conflitos de interesse na atuação profissional do advogado público. adaptado para ser publicado como parte do livro “Ética, Controle E Governança Pública”, FGV Direito SP Research Paper Series n. PL 001, 30 Mar 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/author=2770345>

² Por exemplo o seguinte edital de concurso para a posição de Procurador do Estado Grau I no Estado de Minas Gerais que exige a comprovação de exercício da advocacia. Disponível em: <http://www.fumarc.com.br/imgDB/concursos/edital-20111114-115439.pdf>

³ Por exemplo os Senhores Luís Inácio Lucena Adams (Procurador-Geral da Fazenda Nacional de 2006 a 2009 e advogado-geral da União de 2009 a 2016. Atualmente é sócio do escritório Tauil & Chequer Advogados — associado à banca internacional Mayer Brown — e comanda o trabalho da banca em Brasília); Marcos Vinicius Neder de Lima (foi, até dezembro de 2010, Subsecretário da Receita Federal do Brasil. Teve uma carreira de 25 anos na Administração tributária, tendo ocupado cargos importantes como Coordenador Geral de Fiscalização e Coordenador de Tributos sobre a Renda da Secretaria da Receita Federal e Coordenador de Inteligência Fiscal. Atualmente é sócio do escritório de advogados Trench, Rossi Watanabe); José Eduardo Cardozo (foi procurador do Município de São Paulo em 1982, foi vereador do Estado de São Paulo de 1995-2002, deputado Federal por São Paulo de 2003 ao ano 2011, Ministro de Justiça do Brasil de 2011 ao ano 2016, Advogado Geral da União em 2016 e a finais desse ano passou a atuar na advocacia privada como sócio do escritório Celso Cordeiro & Marco Aurélio de Carvalho Advogados); e Luciano de Souza Godoy (foi executivo do Departamento Jurídico da Companhia Siderúrgica Nacional e do Banco Santander. Foi Juiz Federal em São Paulo por 10 anos e procurador do Estado de São Paulo. Atualmente é sócio do PVG – Perlman, Vidigal e Godoy Advogados).

Ou seja, é possível e relativamente comum o trânsito de profissionais do setor público para o setor privado, ou vice-versa, e também existe a situação daqueles que trocam de cargos ou emprego dentro de um mesmo setor da administração pública, com eventual potencial de conflito de interesses (ex: advogados de empresas públicas que passem a exercer a função de procuradores da fazenda nacional com a possibilidade de se verem responsáveis por litígios contra seus antigos empregadores).

O trânsito entre setores público e privado é talvez menos frequente que o verificado no experiente mercado norte americano, onde tal movimentação é inclusive alcunhada como *revolving door* e tratada sim como fonte importantíssima de potenciais conflitos de interesses.

Nossa pesquisa nos revelou que as normas que regulamentam os conflitos de interesses na atuação dos advogados privados são fracas, muito generalistas e não parecem ser suficientes para outorgar uma devida proteção aos atores.

A legislação envolvendo o tema de conflito de interesses na atuação dos advogados públicos, embora com foco mais restrito, é mais detalhada e traz maiores exigências às partes envolvidas. Isso pode ser em parte explicado pelo fato de a advocacia pública poder comprometer interesses coletivos ou influenciar indevidamente o desempenho de uma função pública. Mesmo assim, podemos adiantar a conclusão de que as normas que regulamentam o tema no Brasil são bem mais brandas que as trazidas pelo sistema norte americano.

O fato de as normas sobre o tema em questão serem deficientes em comparação com as similares no mercado americano é provavelmente um dos motivos pelos quais o enquadramento dos delitos e as sanções, no Brasil, para advogados envolvidos em conflito de interesses parecem ser de menor relevância e quantidade que os casos documentados nos Estados Unidos.

Uma importantíssima distinção prática salta aos olhos de qualquer um que se debruça em tal comparação, ainda que em um estudo superficial do tema: nos Estados Unidos, os casos que envolvem conflitos de interesses na atuação de advogados são comumente julgados pelo poder judiciário, contrariamente a o que acontece no Brasil. Aqui, tais conflitos são via de regra julgados exclusivamente pelos tribunais dos órgãos de classe a que pertencem os profissionais: a Ordem dos Advogados do Brasil (“OAB”) da seção competente, por meio de seu Tribunal de Ética e Disciplina. Cada seccional da OAB em cada Estado do país e no Distrito Federal tem seu próprio Tribunal de Disciplina.⁴

⁴ Cada seccional tem seu próprio site, mas a maioria não têm informações atualizadas sobre os julgamentos mais relevantes.

O mercado norte americano também parece ser muito mais litigioso que o nacional. Ao redor de 10% dos advogados matriculados na *American Bar Association* (“ABA”) foram processados por conflito de interesses na sua atuação profissional⁵. Em virtude disso, os advogados normalmente contratam seguros para se proteger contra possíveis processos baseados na sua atuação profissional. Entre os seguros mais conhecidos encontramos os de erros e omissões (“E & O”)⁶.

Mas, embora a quantidade de advogados brasileiros não ser muito menor que a de americanos (estimava-se que em 2018 o Brasil chegaria a um milhão de advogados⁷, enquanto que nos EUA, no mesmo ano, seriam um milhão e trezentos mil profissionais⁸), no Brasil os seguros de responsabilidade civil profissional para advogados são muito menos utilizados⁹, possivelmente em parte porque o porcentual de processos sobre conflito de interesses é muito menor que o verificado no mercado americano¹⁰.

Como veremos mais adiante, contudo, parece haver um certa tendência de o tema de conflito de interesses passar a ser mais frequente nos tribunais administrativos da autarquia OAB, assim como no Judiciário.

Acreditamos e demonstraremos que a regulação do combate às situações de conflitos de interesses é medida essencial para o aperfeiçoamento da carreira jurídica e defesa da sociedade, eis que a administração da justiça é tema vital para o país, e os advogados desempenham papel crucial nesse sistema. Garantir que o exercício da advocacia esteja seguramente protegido. Esse é o contexto em que nosso trabalho se apresenta.

No capítulo 1 iniciamos nosso estudo definindo quem são os atores envolvidos, distinguindo a advocacia pública da advocacia privada. Avaliaremos as principais normas que

⁵ GRAVEN, Michelle. *To the best of one's ability: a guide to effective lawyering*. Georgetown Journal of Legal Ethics, 2001 *apud* MULLERAT, Ramon. *The Service Of Two Masters Lawyers' Conflicts of Interest (with a proposal for the revision of art. 3.2 of the CCBE Code of Conduct, a commentary to the ABA Model Rules and some reflexions for a global harmonization of rules* p. 12, 2009. Disponível em: www.fbe.org/barreaux/uploads/2017/07/Report_Ramon_Mullerat-4.pdf.

⁶ Disponível em: <http://www.investopedia.com/terms/e/errors-omissions-insurance.asp>

⁷ Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/pesquisa-estima-1-milhao-de-advogados-no-brasil-em-2018-mercado/>

⁸ Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/740222/number-of-lawyers-us/>

⁹ O informe de prêmios e seguros de R.C. Profissional apresentado pelo sistema de estatísticas da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) apresenta dados de seguros de responsabilidade civil profissional sem distinção pela atividade. Em 2017 se informam totais de R\$302.725.353 pagados como prima direta e 0,53% de sinistralidade, pelo que de cada R\$100 pagos de prima R\$53 foram pagos em sinistros pelas seguradoras. Disponível em: http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/resp_premiosesinistros.aspx

¹⁰ A OAB atualmente não publica estatísticas sobre a quantidade de casos julgados por conflito de interesse pelo seu Tribunal de Ética e Disciplina e os processos são tramitados com nível de acesso restrito pelo qual é muito difícil trazer números exatos. Entrevistamos dois juízes em exercício do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB os quais afirmaram o exposto. Além disso, em vários estados os ementários estão muito desatualizados, como acontece por exemplo na Bahia que as últimas ementas do Tribunal de Ética e Disciplina publicadas no site são as do exercício 2007/2009. Disponível em: <http://www.oab-ba.org.br/oab/tribunal-de-etica/ementas/>

regulam a profissão do advogado e também buscaremos entender como a evolução do mercado jurídico e a diversidade de papéis em que os profissionais do direito vem podendo exercer sua prática tem gerado cada vez mais situações de conflito de interesses, seja no exercício profissional do advogado público, seja na atividade empresarial do profissional liberal privado, com ocorrências até há não muito tempo imprevisíveis. Encerramos o capítulo inaugural com o questionamento prático do tema: como identificar tais conflitos?

No capítulo 2 esta tese resume o tratamento atualmente dispensado pela legislação brasileira ao tema dos conflitos de interesses, comparando as normas existentes que regulam a profissão do advogado público e a do profissional privado com regras de controle do sistema jurídico norte americano. Buscamos preparar um mapa de como o atual sistema normativo nacional trata esses dilemas éticos, identificando os tribunais e órgãos de controle responsáveis e as sanções previstas.

A partir desse diagnóstico, no derradeiro capítulo 3 analisaremos episódios hipotéticos e situações concretas caracterizadas pela quebra dos deveres de lealdade, sigilo e independência, e também teceremos críticas e sugestões de evolução no quadro legal nacional, propondo modelos em prol de boas práticas no tema de conflito de interesses.

Por último, apresentamos nossas conclusões sumarizadas.

CAPÍTULO 1. OS ATORES, SEU DEVER DE LEALDADE E AS PRINCIPAIS FONTES DE CONFLITOS DE INTERESSES

1.1. Profissional do Direito

1.1.1. O Advogado Público

Conforme o estabelecido pela Constituição Federal (“CF”)¹¹, incumbe à advocacia pública a representação judicial, consultoria jurídica e assessoramento do órgão a que estão vinculados os profissionais.

Poder-se-ia dizer que são advogados públicos aqueles profissionais do direito que formam parte da Advocacia-Geral da União (AGU) e as Procuradorias dos Estados, dos Municípios¹²

¹¹ Artigos 131 e 132 da CF.

¹² Os procuradores municipais estão incluídos de forma implícita.

e do Distrito Federal (DF), estando obrigados à inscrição na OAB¹³ para o exercício de suas atividades.¹⁴

Os membros das Procuradorias dos Estados, dos Municípios e do DF têm assegurada a estabilidade após três anos de efetivo exercício.¹⁵

No entanto, existem limitações para o exercício profissional da advocacia por parte dos advogados públicos. Os advogados da AGU não podem exercer atividade privada¹⁶ ou exercer atividades “potencialmente causadoras de conflito de interesses” (art. 28, I da Lei Complementar (LC) nº 73/93¹⁷ substituída pelo art. 6 da Lei 11.890/2008¹⁸).

Entretanto, na maioria das Procuradorias de Estados, de Municípios e do DF permite-se o exercício da advocacia privada, respeitando-se apenas os impedimentos e incompatibilidades que surgem do Estatuto da OAB (art. 27¹⁹, art. 28, II, III e VIII²⁰ e art. 30, I²¹).

¹³ Artigo 3º, caput e parágrafo 1º, da Lei 8.906/1994: “Art. 3º [...]§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional[...]”.

¹⁴ A própria Advocacia-Geral da União, por intermédio de sua Corregedoria (Orientação Normativa nº 01/2011), exigiu que todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2011 seus Procuradores devem ser, obrigatoriamente, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil sob pena de falta funcional.

¹⁵ Mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

¹⁶ Excepcionalmente a partir de 2009, os advogados da AGU foram autorizados, institucionalmente, a exercer a advocacia fora das atribuições funcionais, em caráter *pro bono* e também em causa própria, conforme (i) Portaria n.º 758/2009 do Advogado-Geral da União, (ii) Instrução Normativa Conjunta nº 1/2009 do Corregedor-Geral da União e do Procurador-Geral Federal, e (iii) Orientação Normativa nº 27/2009 do Advogado-Geral da União.

¹⁷ “Art. 28: Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;[...]”

¹⁸ Art. 6: “Os ocupantes dos cargos de que tratam os incisos I a III e V do caput e o § 1º do art. 1º da Lei nº 11.358, de 19 de outubro de 2006, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.”

¹⁹ Art. 27: “A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.”

²⁰ Art. 28: “A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:[...] II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público...VIII § 2o Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do Conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.”

²¹ Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I – os servidores da administração direta, indireta ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora; II – os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.”

1.1.2. O Advogado Privado

Os advogados privados são tanto aqueles que exercem a advocacia de forma autônoma ou liberal quanto aqueles que dependem da contratação de uma pessoa jurídica da iniciativa privada.

No primeiro caso, eles têm seus próprios clientes que atendem em forma independente ou se inserem em uma sociedade de advogados como sócios. O segundo caso abarcaria os advogados que prestam seus serviços contratados por uma pessoa de direito privado, porém com menos autonomia e liberdade em razão dos deveres inerentes ao contrato de trabalho que os vinculam a seus empregadores.

Exceto pela sua relação com o cliente ou empregador envolvidos, que para os profissionais do setor privado pode vir de um contrato de trabalho episódico ou de uma relação laboral tradicional, enquanto para o advogado público envolve um regime equivalente ao de servidores públicos, via de regra sob condições de estabilidade, não há maior ou menor importância de um profissional em relação ao outro, sendo ambos de suma importância para o sistema legal e a administração da justiça.

1.2. Regulamentação do exercício profissional

1.2.1. Fontes de deveres e obrigações

Enunciaremos sucintamente as principais normas brasileiras e norte-americanas que trazem tanto deveres quanto obrigações para os advogados na sua atuação profissional, dando especial atenção às regras que tocam no tema de conflito de interesses aprofundado neste trabalho.

1. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados²² (“EA”) e Código de Ética e Disciplina da OAB²³ (“CED”), aprovado em 2015: são as normas profissionais aplicáveis tanto aos advogados autônomos, privados, como aos públicos, cujo descumprimento gera

²² Lei nº 8.906, de 4/07/94.

²³ Resolução nº 02/2015 (DOU, 04.11.2015, S. 1, p. 77) aprova o CED. O Conselho Federal da OAB, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos artigos 33 e 54, V, da Lei nº 8.906, de 4/07/94, EA, e considerando o decidido nos autos da Proposição nº 49.0000.2015.000250-3/COP.

sanções disciplinares pelo órgão de classe, qual seja, o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB;

2. Código Civil Brasileiro, de 2012 (“CCB”): o advogado pode ser responsabilizado civilmente pelos danos ocasionados a seus clientes na esfera privada ou a terceiros, no exercício de sua profissão, praticados com dolo ou culpa.²⁴ A responsabilidade civil do advogado fundamenta-se, dentre outros dispositivos congêneres esparsos pela codificação, nos seus artigos 186²⁵, 187²⁶ e 927²⁷. No caso do advogado público, existe a dificuldade adicional de a responsabilidade do ente público que representa ser objetiva, prescindindo de culpa, em virtude dos artigos 37, §6º, da CF e 43 do CCB²⁸. Ariane Meira Corsino,²⁹ citando um trabalho de Sílvia Vassilieff, traz uma reflexão sobre as situações onde o advogado que trabalha como funcionário público na defesa dos interesses dos mais necessitados em nome do Estado (artigos 5º, inciso LXXIV³⁰, e 134,³¹ da CF), teria responsabilidade profissional e contratual e objetiva, por exercer função de pessoa jurídica de direito público;

²⁴ Art. 32 EA: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa [...]”

²⁵ Art. 186, do CCB: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

²⁶ Art. 187, do CCB: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²⁷ Art. 927, do CCB: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁸ Art. 37, da CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Art. 43, do CCB. “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

²⁹ CORSINO, Ariane Meira. A responsabilidade civil do advogado e do escritório de advocacia pela emissão de pareceres jurídicos. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, p. 23-44, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/responsabilidade-civil-do-advogado.pdf>

³⁰ Art. 5º, da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”

³¹ Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

3. Código Penal Brasileiro (“CPB”): O advogado também pode ser imputado criminalmente por sua atuação profissional, o que novamente não se restringe ao profissional do setor privado, mas também ao advogado público (Exemplo: patrocínio infiel, tipificado no art. 335 do CPB³²);
4. normas com punições administrativas, imputação de responsabilidade tributária, ou sanções processuais: todas as normas legais cujo descumprimento implica responsabilização do patrono na esfera pública;
5. códigos de conduta de clientes empresariais, nos quais se plasma a *corporate social responsibility* (“CSR”): normalmente são códigos que refletem normas de ética e conduta das corporações privadas, os quais devem ser obedecidos pelos advogados que se relacionam com aquelas entidades;
6. o dever ético e moral de manter conduta ilibada: cujo descumprimento acarreta reprovação social e prejuízo reputacional;
7. estatutos próprios de carreiras públicas, cujo descumprimento gera sanções disciplinares pela instituição, como a AGU, as PGEs ou Defensorias Públicas: o advogado público deve respeitar normas próprias da instituição onde presta serviços, eis que com ela o profissional tem um inafastável dever de lealdade.³³

A normas aplicáveis à AGU são: (i) o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171, 22/06/94)³⁴; (ii) o seu Regulamento Interno (Portaria nº 222, 3/07/14)³⁵; (iii) o Código de Conduta da Alta

³² Art. 335 CP: “*Pratica o crime de patrocínio infiel aquele que trai, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado. [...] Por fim, cumpre informar que incorrerá nessa mesma pena o advogado ou procurador que defender, na mesma causa, o interesse de partes contrárias. A este delito dá-se o nome de patrocínio simultâneo ou tergiversação.*”

³³ WENDEL, W. Bradley. *Government Lawyers in the Trump Administration*. Cornell Legal Studies Research Paper nº 17-04, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2906422>.

³⁴ Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171, 22/06/94). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm

³⁵ Artigos 39 ao 42 tratam sobre conflito de interesses.

Administração Federal³⁶; e, futuramente, (iv) o Código de Ética para a AGU e seus órgãos vinculados (“em elaboração”)³⁷.

Em relação às Procuradorias, as normas aplicáveis são os esparsos Códigos de Ética e Manuais de Conduta aplicáveis aos procuradores, como, por exemplo, os que afetam os procuradores do Município de São Paulo (Decreto nº 56.130, de 26 de maio de 2015, que institui o “Código de Conduta Funcional dos Agentes Públicos e da Alta Administração Municipal”), os procuradores do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015) e o Código de Ética Profissional dos Procuradores do DF (Resolução nº 3, de 9/09/09 DODF de 22/09/09).

Por último, mas não por isso menos importante, a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013³⁸, sobre conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício daquela função. A maior parte dessa Lei se aplica a todos os ocupantes de cargo ou emprego público do Poder Executivo Federal, incluindo os advogados públicos, e, também, em alguns casos, a ex-ocupantes, durante o período de 6 (seis) meses³⁹ (“LCDI”);

8. *Model Rules of Professional Conduct*: as regras norte americanas sobre responsabilidade profissional estão plasmadas nos Cânones de Ética Profissional de 1969 e no Código Modelo de Responsabilidade Profissional de 1969, da ABA, o qual foi substituído em 1983 pelas Regras Modelo de Conduta Profissional, também da ABA (“Regras Modelo”); e

9. *International Principles on Conduct for the Legal Profession* da *International Bar Association (IBA)*⁴⁰: são princípios ditados pela Ordem de Advogados Internacional que

³⁶ Código de Conduta da Alta Administração Federal. Exposição de Motivos Nº 37, de 18/8/2000. Aprovado em 21.8.2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm

³⁷ Atualmente, a CEAGU está nas etapas finais da elaboração do Código de Ética da AGU. A previsão era de que ele seria concluído até o fim de 2017. O normativo será utilizado para orientar a atuação dos agentes públicos da AGU.

³⁸ Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/295369

³⁹ Apesar de alguns dispositivos se aplicarem somente aos agentes públicos cuja atividade proporcione acesso sistemático a informações privilegiadas.

⁴⁰ A IBA – International Bar Association é uma associação internacional que congrega Ordens e organizações nacionais de Advogados, bem como Advogados e sociedades de Advogados. Fundada em 1947, a IBA influencia o desenvolvimento do direito internacional e contribui para o aperfeiçoamento da profissão de Advogado no mundo inteiro. Atualmente, conta com mais de 80 000 Advogados em nome individual e cerca de 190 Ordens e organizações nacionais de Advogados oriundas de 160 países. Ao longo dos anos a IBA tem vindo

regulamentam a conduta dos advogados e onde se estabelece que a conduta dos advogados deve estar desprovida de conflito de interesses, aceitando que o conceito de conflito de interesses pode variar nas distintas jurisdições. Embora esse documento não possa ser considerado norma americana especificamente, senão um guia de boas práticas mundial, ele traz alinhamento aceitos nos países que formam parte do IBA, entre os quais estão tanto os EUA como o Brasil, o que de certo modo indica que condutas contrárias a ele seriam condutas fora do padrão profissional aceitável e, portanto, passíveis de repulsa.

Em todo arcabouço jurídico que regulamenta a profissão jurídica se pode encontrar o dever de lealdade como o alicerce elementar da relação advogado-cliente. Nem poderia ser diferente, eis que a função daquele profissional é justamente tomar parte em uma disputa ou questão jurídica, seja fazendo uso da melhor defesa em favor de seu representado, seja formulando uma opinião ou arquitetando uma solução que se mostre a mais segura e eficiente do ponto de vista do contratante.

No fundo, como os exemplos ao final explorados bem demonstram, todo conflito de interesses representa um episódio em que a lealdade do profissional com seu cliente está, no mínimo, potencialmente ameaçada.

1.3. Fontes de conflito de interesse na prática da advocacia

Uma vez termos sobrevoado os conceitos de advogado público e de advogado privado, e tendo passado pelas principais normas e manuais de conduta que regulam o exercício de suas profissões, é oportuno conjecturarmos sobre as razões pelas quais os conflitos de interesses acabam surgindo na carreira de tais profissionais.

Para além de perquirirmos sobre eventuais interesses econômicos e condutas claramente volitivas dos atores, pretendemos investigar que movimentos de mercado poderiam explicar em parte a ocorrência de tais situações reprováveis, que eventualmente ocorrem sem que os advogados envolvidos tenham conscientemente se colocado naquela posição.

a desenvolver uma vasta experiência na prestação de assistência à comunidade jurídica. A IBA tem como principais objetivos, promover a troca de informações sobre a prática jurídica entre as várias ordens e organizações; garantir a independência do judiciário e o exercício livre e independente da profissão de Advogado; garantir e promover os Direitos Humanos dos Advogados em todo o mundo através do *IBAHRI – International Bar Association Human Rights Institute*.

1.3.1. Mobilidade

Já adiantamos na introdução deste trabalho que a profissão de advogado é hoje muito diferente do que foi há trinta anos, quando advogados possuíam estabilidade muito maior, com menos alterações de emprego, menos escritórios com diversos advogados em seus quadros, predominância da advocacia tradicional, eventualmente explorada por um profissional em carreira solo, e raríssimos movimentos entre os setores público e privado.

Hoje, com a proliferação do número de profissionais e escritórios e o aumento da máquina estatal (que poderia ser medida pela complexidade adicionada ao sistema normativo), a tendência do mercado mostra o contrário, ou seja, são cada vez menos frequentes os casos de advogados que permanecem no mesmo cargo ou emprego onde começaram sua carreira.

Vários estudos mostram esse incremento significativo na mobilidade dos advogados, chamados na literatura norte americana como “*lateral lawyers*”.⁴¹ Os *lateral lawyers* são advogados que já tem experiência profissional, podendo ser tanto advogados que procedem da iniciativa privada buscando ingressar na administração pública, profissionais que passam do setor público para a iniciativa privada, como também sócios ou associados de escritórios buscando mudança de sociedade.⁴²

Essa mobilidade pode ser também grupal, como, por exemplo, no caso de “aquisição” de um sócio e sua equipe de trabalho por parte de um escritório ou de fusões de dois escritórios.

É claro que hoje a mobilidade dos advogados não é só entre escritórios especializados senão também entre estes e organismos dentro do setor público, como os Poderes Legislativo; Judiciário e até mesmo o Poder Executivo.

Existem padrões específicos de mobilidade que são especialmente causadores de conflitos de interesses. Esses padrões incluem: (i) os advogados que atravessam a antes mencionada *revolving door* entre os setores público e privado; (ii) os chamados *golden-parachute deals* (decorrem de contratos celebrados entre uma companhia-alvo de tomada hostil de controle e seus altos executivos, onde se acorda que os últimos receberão algum tipo de compensação econômica em caso de toma de controle por um terceiro – havendo comumente a afetação de executivos advogados responsáveis pelo departamento jurídico da entidade, haja vista a sensibilidade das informações por ele manuseadas); e (iii) as licenças laborais ou outros

⁴¹ FISCHER, James. *Large Law Firm Lateral Hire Conflicts Checking: Professional Duty Meets Actual Practice*. Southwestern Law School Working Paper n. 1022, p. 4, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1657087>

⁴² Existem inclusive escritórios que oferecem exclusivamente trabalho para *laterals* a través de uma seção especial de seu site. Disponível em: <https://www.cozen.com/careers/laterals>

acordos para suspender temporariamente as funções dentro um órgão, motivadas pela intenção do profissional em fazer parte de uma campanha política, se candidatar para uma vaga no setor público, ser diplomata, ou para formar parte de uma comissão reguladora.⁴³

1.3.2. Múltiplas atividades desempenhadas concomitantemente

Como já destacado, a relação cliente-advogado traduz-se num comportamento de confiança que deve ser bilateral, recíproco e mútuo.⁴⁴

Em virtude disso, comumente os advogados são convidados a assumir várias funções diferentes concomitantemente, gerando possíveis situações de conflito de interesses. De fato, não é incomum que advogados, públicos e privados, exerçam várias atividades ao mesmo tempo, com escopos diferentes, tanto dentro de uma mesma instituição como fora dela.

No primeiro caso, o advogado assume distintos papéis dentro de um mesmo emprego, como por exemplo dando cursos de capacitação a seus colegas, formando parte da Diretoria, de um Conselho, de uma Comissão ou de algum grupo de pesquisa.

No segundo caso, o advogado pode ter mais de um trabalho ao mesmo tempo, sendo que a posição principal pode ser complementada trabalhando como advogado consultor, pesquisador, professor, palestrante, ou em algum órgão de administração ou direção de uma outra entidade.

É permitido aos advogados públicos fazer atividade de consultoria, mas eles não podem prestar consultoria na área do Direito sobre a qual se origina um impedimento. Isso é vedado por se tratar de ato privativo de advogado, nos termos do art. 1º, II, do EA.

Tampouco há restrição a advogados públicos licenciados para dar aulas, palestras, cursos ou treinamentos, uma vez que tais atividades não são exclusivas da advocacia (Ementa - 3.259/05).⁴⁵

Além disso, assim como o profissional do setor privado, o advogado público pode realizar atividades *pro bono* (serviços jurídicos prestados gratuitamente para aqueles que são incapazes de arcar com os custos da contratação de um advogado) como parte de suas tarefas diárias dentro de um emprego ou por fora dele.

⁴³ SHAPIRO, Susan P, *Tangled Loyalties: Conflict of interest in the legal practice*. The University of Michigan Press, p. 5, 2002.

⁴⁴ Proc. E-5.003/2018 - v.u., em 17/05/2018, Tribunal de Ética e Disciplina, São Paulo.

⁴⁵ Tribunal de Ética E Disciplina de São Paulo.

O CED, em seu Capítulo V, artigo 30, caput, e parágrafos 1º, 2º e 3º, juntamente com o Provimento 166/2016 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tratam da advocacia *pro bono*.

O artigo 30, antes mencionado, contém três parágrafos. Os primeiros dois tratam sobre as características básicas que deve ter o serviço e quem pode ser beneficiado por ele. O último parágrafo se refere aos possíveis desvios na prática de advocacia *pro bono* e proíbe sua utilização para fins políticos ou em interesse próprio, em especial a sua utilização como instrumento de publicidade para captação de clientela.⁴⁶

A previsão da possibilidade da advocacia *pro bono* trazida pelo novo CED foi extremamente saudável e necessária em um país onde uma parte muito representativa da população total não têm condições de pagar por serviços de advocacia, e, por conseguinte, acessar o Poder Judiciário para defender seus direitos.

Apesar dessa importante mudança, o capítulo de advocacia *pro bono* não contém nenhuma previsão específica sobre possíveis conflitos de interesses. Vale a ressalva genérica de que “*aplicam-se à advocacia pro bono os dispositivos do Estatuto da Advocacia e da OAB, do Regulamento Geral, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e dos Provimentos do Conselho Federal da OAB.*”⁴⁷

Em resumo, percebemos que está faltando normatização sobre os possíveis conflitos de interesses que podem sobrevir tanto do exercício de várias atividades simultaneamente, pelo advogado público ou privado, quanto das atividades *pro bono*.

1.3.3. Incremento na concorrência

Tanto no Brasil como nos EUA o número de faculdades de direito e de advogados aptos a exercer a carreira é cada vez maior. O crescimento da oferta de profissionais e o dinamismo do mercado também impulsionam aumento do número de litígios, de escritórios de advocacia, o crescimento dos departamentos legais das empresas e das instituições.

Como consequência disso, o mercado laboral é cada vez mais competitivo, e devido à concorrência os advogados devem ser cada vez mais sofisticados e bem instruídos para conseguir desempenhar sua profissão com sucesso.

⁴⁶ Art. 30 §3º do CED: “[...] *A advocacia pro bono não pode ser utilizada para fins político-partidários ou eleitorais, nem beneficiar instituições que visem a tais objetivos, ou como instrumento de publicidade para captação de clientela.*”

⁴⁷ Art. 2º Provimento N. 166/2016 do Conselho Geral da OAB.

Outro fenômeno é a relação a longo prazo dos diretores jurídicos das empresas ou instituições com uma firma de advogados em virtude de *retainers*, resultando como consequência que os clientes contratam escritórios por razões especiais, e por vezes para não correr riscos de perder o cliente os escritórios aceitam trabalhos que apresentariam um conflito de interesse para esses advogados.

Além disso, como consequência de um mundo mais globalizado, e como estratégia para reter clientes, os escritórios de advocacia e as empresas estão cada vez mais diversificados a nível geográfico, chegando a ter vários endereços dentro do país e no exterior.

Tanto a mobilidade dos advogados entre setores quanto o fato de eles assumirem mais responsabilidades ao mesmo tempo como também o incremento na quantidade de advogados matriculados no Brasil ajudaram no incremento de situações de conflito de interesse no exercício da advocacia, mas a nosso entender esse quadro não está sendo devidamente tratado nas normas que enunciaremos a seguir.

1.4. Como identificar conflitos de interesses

A regulamentação que abordaremos a seguir parte de uma questão essencial: quando existe uma quebra do dever de lealdade intrínseco da relação profissional entre o advogado, público ou privado, e seu cliente ou empregador?

Para responder a essa pergunta as normas tentam investigar se o exercício do juízo profissional independente do advogado estaria sendo indevidamente influenciado por outros interesses.

No espírito das normas a seguir mencionadas, é útil fazer perguntas, como se, por causa da presença de interesse, seria provável que o profissional fizesse ou se sentisse tentado a fazer algo diferente do que um advogado verdadeiramente independente - aquele que não teve esse interesse - faria nas mesmas circunstâncias. Respostas afirmativas indicam claro conflito.⁴⁸

⁴⁸https://www.americanbar.org/newsletter/publications/gp_solo_magazine_home/gp_solo_magazine_index/conflictsofinterest.html

CAPÍTULO 2. REGULAMENTAÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES – SITUAÇÃO BRASILEIRA E COMPARATIVO COM REGRAS MODELO NORTE AMERICANAS

2.1. Regulamentação sobre conflito de interesse

Começaremos o estudo das normas já existentes sobre conflitos de interesses analisando aquelas aplicáveis exclusivamente à advocacia pública; em seguida passaremos às normas gerais que se aplicam tanto aos advogados públicos quanto aos privados.

2.1.1. Lei de Conflito de Interesses

Uma das normas mais importantes sobre conflito de interesse é a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, chamada “Lei de Conflito de Interesses”⁴⁹ (“LCDI”), que entrou em vigor em 1º de julho de 2013, a qual dispõe sobre situações que configuram conflito de interesses durante e após do exercício ou emprego do Poder Executivo Federal, entre outras coisas.

A LCDI é aplicável a todos os ocupantes de emprego público do Poder Executivo Federal e contém partes específicas aplicáveis só a ex-funcionários, durante o período de 6 meses posteriores a ter deixado seu cargo.

Em seu artigo 3º a lei define conflito de interesses como *“a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”*.

Um detalhe importante é que não precisa haver lesão ao patrimônio público, nem o recebimento de uma vantagem pelo agente público ou por terceiro para se configurar conflito de interesses.

Além disso, a LCDI define informação privilegiada no artigo 4º como *“a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público.”*

Ambas essas definições são de suma importância e, como veremos adiante, nenhuma delas está contida pelo EA ou pelo CED aplicável também ao exercício da advocacia privada.

⁴⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm

A citada lei estabelece que nenhum agente público pode exercer atividades incompatíveis com as atribuições do cargo ou emprego que ocupa, inclusive em áreas ou matérias correlatas. No caso de dúvidas, o agente pode apresentar um pedido de autorização para o exercício de atividade privada ao órgão competente. Da mesma forma, caso haja dúvidas sobre se uma situação se enquadra ou não como de conflito de interesses ele pode apresentar a consulta ao órgão competente.

A lei também veda: (i) o uso indevido de informação privilegiada; (ii) a utilização de influência pelo cargo exercido; (iii) o exercício de atividades incompatíveis; (iv) a atuação como intermediário de ente privado nos Poderes, (v) praticar atos que beneficiem a um parente de até terceiro grau; (vi) receber presentes; e (vii) prestar serviços a uma empresa controlada, fiscalizada ou regulada pelo seu empregador.

Os que ocupam posições de chefia e por conseguinte possuem informações privilegiadas têm maiores deveres e obrigações, como o dever de declarar determinadas informações e comunicar o exercício de atividades privadas ou propostas de trabalho mesmo não vedadas até seis meses após de ter sido desligados de seu emprego.

Além da LCDI, e dos estatutos próprios de carreiras públicas cujo descumprimento gera sanções disciplinares pela instituição, seja a AGU, PGE ou uma Defensoria Pública (já enunciados anteriormente) existem varias outras normas sobre conflito de interesses⁵⁰ aplicáveis aos advogados públicos que trabalhem como empregados do Poder Executivo Federal que não apresentam tanta relevância como os descritos para nosso estudo.

Até aqui analisamos as normas aplicáveis só a atividade do advogado público.

2.1.2. Código de Ética e Disciplina da OAB

2.1.2.1. Considerações Gerais

Agora apresentaremos uma das principais normas aplicáveis tanto à advocacia privada quanto à pública, o CED. Este Código traz um capítulo próprio para a advocacia pública⁵¹, o qual não deixa lugar a dúvidas que as disposições desse Código obrigam igualmente os

⁵⁰ Orientação Normativa CGU nº 02/2014, Dispõe sobre o exercício de atividades de magistério por agentes públicos do Poder Executivo Federal; Portaria Interministerial nº 333/2013, dispõe sobre a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal no âmbito da competência atribuída à Controladoria-Geral da União - CGU pelo § 1º do art. 4º e pelo art. 8º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, são disciplinados por esta Portaria; Portaria CGU nº 1.911, de 4 de outubro de 2013, que define os procedimentos internos necessários à deliberação da CGU sobre consultas ou pedido de autorização.

⁵¹ Capítulo II, artigo 8, do CED.

advogados públicos. O capítulo mencionado também inclui aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica e os órgãos de advocacia pública.⁵²

Na prática, o CED abarca tanto a representação do advogado na área contenciosa quanto consultiva, mas parece deixar de fora a atuação específica dos advogados que trabalham naquilo que se poderia identificar como *lobby* entendido como “a prática de buscar acesso aos agentes políticos e fazer com que eles saibam das demandas de determinados segmentos da sociedade, usando pessoas (lobistas) e seus canais de contato junto aos órgãos de governo”⁵³.

Por exemplo, advogados apresentando *legal opinions* e depoimentos perante o Poder Legislativo, com vistas ao convencimento de deputados ou senadores quanto a conveniência de seu argumento jurídico.

Apesar de a prática do *lobby* ainda não estar regulamentada no Brasil, atualmente existem vários projetos e propostas⁵⁴ em tramitação sobre o tema, que andam a passos lentíssimos, a saber: (i) o Projeto de Lei nº 1202/2007 (PL)⁵⁵; (ii) a proposta de emenda da Constituição n. 47/2016 (PEC); e (iii) o Projeto de Lei do Senado nº 336/2015 (PLS).

A PEC e o PLS listam uma série de princípios que incidem sobre a atividade de *lobby*: legalidade, moralidade e probidade administrativa, transparência e publicidade dos atos, tratamento isonômico aos diferentes grupos e opiniões, supremacia e indisponibilidade do interesse público, etc.⁵⁶

Além disso, existem profissionais especialistas em relações governamentais. A principal diferença entre eles e os lobistas é que o lobista atua corpo a corpo buscando o convencimento dos tomadores de decisão, enquanto os especialistas em relações governamentais gerenciam e educam para promover interação de determinados setores da sociedade com o governo.

Conforme surge da jurisprudência do Tribunal de Ética e Disciplina da Primeira Turma de Ética Profissional da OAB de São Paulo, o que deve ser sopesado nesses casos é se a

⁵² As disposições afetam a atuação dos advogados públicos e também os que ocuparem alguma posição de chefia e direção de órgão jurídico, ainda que não integrantes da carreira. Enfim, a proposição do art. 8º, ao abarcar também os advogados dirigentes, vincula todo aquele profissional, seja advogado público ou não, que assumir a posição de chefia ou direção de órgão jurídico na Administração Pública.

⁵³ NUNES GONÇALVES, Maria Cecília. *Regulamentação do Lobby no Congresso Brasileiro: O Estudo Comparado do Modelo Norte-Americano*. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/CEFOP, p. 13, 2012.

⁵⁴ GODOY, Luciano. *Profissão Lobista*, in JOTA, 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/luciano-godoy/profissao-lobista-19102017#.WfJZxpabac8.email>

⁵⁵ RENON, Eva. *Regulamentação do Lobby, Medida Essencial*, in Um Brasil, 2018. Disponível em: <http://umbrasil.com/noticias/regulamentacao-do-lobby-medida-essencial-por-eva-renon/>

⁵⁶ BODINI, C. *Conflitos de interesse na atuação profissional do advogado público*. São Paulo. FGV Direito SP Research Paper Series n. PL 001, 30 Mar 2018. *ibid.* 4.

atividade realizada pelo sujeito esta composta por atos de conteúdo jurídico que emitam juízo de legalidade, licitude, juridicidade, etc.

A atividade de “relações governamentais” não está contemplada no conceito de atividade privativa da advocacia, mas caberá ao Consulente, diante do exercício de seu dever de autotutela, avaliar a real natureza das atividades que vier a exercer, independentemente de sua descrição abstrata. A atividade de assessorar, subsidiar ou exercer consultorias em caráter geral, poderá ou não estar contemplada na atividade privativa da advocacia, certo que estarão contemplados aqueles atos com conteúdo jurídico que emitam juízo de legalidade, licitude, juridicidade, subsunção ao direito, de determinadas práticas administrativas ou empresariais (atos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos e negócios jurídicos), a identificação das normas jurídicas aplicáveis à determinada atividade pública ou empresarial, ou ainda análise e apreciação de riscos jurídicos. Proc. E-4.840/2017 - v.u., em 17/08/2017, do parecer e ementa do Rel. Dr. EDUARDO PEREZ SALUSSE, Rev. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

Tanto as funções de *lobby* quanto as de relações governamentais exercidas por advogados, a nosso ver, deveriam ser incluídas na regulamentação da matéria em estudo de forma mais específica. Isso não somente porque são práticas usuais que formam parte da realidade de vários advogados na atualidade, senão também porque podem ser geradoras de situações de conflito de interesses.

2.1.2.2. Dever de lealdade, sigilo e independência

O CED trata do nosso tema de estudo no Capítulo III - “Das Relações com o Cliente”, em seus artigos 19 a 22, mas não há separação desses artigos por um título que indique expressamente que estamos frente a normas pertinentes ao “conflito de interesses”.

De forma diversa ao que acontece nas Regras Modelo norte americanas, que apresentam um extenso e detalhado artigo denominado “regra geral sobre conflito de interesses”⁵⁷, a norma nacional deixa de permitir diversos dos alinhamentos que abordamos a seguir.

⁵⁷ “Regras de Conduta Profissional: Regra 1.7 - Conflito de Interesses: Regra Geral. (a) Um advogado não deverá defender duas ou mais posições adversas no mesmo assunto. (b) Exceto conforme permitido pelo parágrafo (c) abaixo, um advogado não representará um cliente com relação a um assunto se:

(1) Esse assunto envolve uma parte ou partes específicas e a posição a ser tomada por esse cliente nessa matéria é adversa à posição tomada ou a ser tomada por outro cliente na mesma matéria, mesmo que esse cliente não esteja representado ou esteja representado por um advogado diferente;

(2) Tal representação será ou poderá ser adversamente afetada pela representação de outro cliente;

(3) A representação de outro cliente será ou poderá ser adversamente afetada por tal representação;

(4) O julgamento profissional do advogado em nome do cliente será ou poderá ser razoavelmente afetado negativamente pelas responsabilidades do advogado ou interesses em um terceiro ou pelos interesses financeiros, comerciais, de propriedade ou pessoais do próprio advogado.

(c) Um advogado pode representar um cliente com relação a um assunto nas circunstâncias descritas no parágrafo (b) acima se:

Talvez mais importante seja o fato de não acharmos no CED uma definição de conflito de interesses, nem de informação privilegiada, como na LCDI antes mencionada.

Por sua vez, o EA tem apenas uma referência ao tema em seu artigo 15, §6º⁵⁸, onde se proíbe aos sócios que formam parte de uma sociedade de advogados representar clientes com interesses opostos em juízo.

Aquele artigo não abarca os conflitos que aparecem fora de um processo judicial, como pode ser o caso dos advogados consultivos. Tais casos estariam regulados pelo artigo 19 do CED, que analisaremos adiante, já que ele abarca as situações dentro ou fora de processo judicial.

Como perceberemos, o CED tampouco traz um artigo específico regulando os casos sobre conflitos de interesses individuais do advogado, novamente de forma diversa do que acontece com as Regras Modelo⁵⁹.

Estas últimas estabelecem que os interesses próprios de um advogado nunca podem prejudicar a representação de seu cliente. Ou seja, os interesses do próprio advogado não devem ter um efeito adverso na representação de seu cliente.

Além disso, um advogado não pode permitir que interesses comerciais afetem a representação, como, por exemplo, encaminhando clientes para uma empresa na qual ele tenha interesse financeiro não divulgado. Também são regulamentadas as transações comerciais com clientes físicos ou empresas.

Por último as Regras Modelo disciplinam igualmente os casos de um relacionamento de sangue ou conjugal entre advogados representando clientes diferentes⁶⁰.

Procuraremos identificar nessas normas as situações que caracterizam conflito de interesses no Brasil e os principais deveres que surgem delas.

(1) Cada cliente potencialmente afetado fornece consentimento informado para tal representação após a divulgação completa da existência e natureza do possível conflito e as possíveis consequências adversas de tal representação; e

(2) O advogado acredita razoavelmente que o advogado será capaz de fornecer representação competente e diligente a cada cliente afetado.

(d) Se um conflito não razoavelmente previsível no início da representação surgir sob o parágrafo (b) (1) após o início da representação, e não for renunciado sob o parágrafo (c), o advogado não precisará se retirar de qualquer representação a menos que o conflito também surja nos parágrafos (b) (2), (b) (3), ou (b) (4). (tradução nossa) ”

⁵⁸ Art. 15 § 6º, do EA: “Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.” In: AMERICAN BAR ASSOCIATION. Rule 1.7: Conflict of Interest: Current Clients. Disponível em:

<https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_7_conflict_of_interest_current_clients.html>.

⁵⁹ Regra Modelo 1.8.

⁶⁰ Regra Modelo 1.8 (h)

2.1.2.2.1. Representação simultânea de clientes com interesses opostos

O artigo 19 do CED⁶¹ estabelece a impossibilidade de integrantes de uma mesma sociedade profissional, ou aqueles reunidos em carácter permanente para cooperação recíproca, representarem clientes com interesses opostos, em juízo ou fora dele.

A regra mencionada mitiga o problema que aparece quando um advogado defende interesses contrapostos, já que o profissional se vê tentado a suavizar os argumentos de um cliente em favor de outro. Neste caso, existe um conflito entre deveres de lealdade concorrentes.

Entretanto, não se menciona o momento do conflito, de modo que não fica claro se a regra se aplica ao advogado que defende interesses opostos ao mesmo tempo, ou também em momentos diferentes. Além disso, não se especifica se trata de interesses opostos no mesmo assunto ou em assuntos diferentes.

Também não se define com clareza qual seria o alcance e definição da palavra “interesses opostos”.

Finalmente, por não especificar se o conflito seria com respeito a uma posição tomada em um assunto determinado, o artigo acaba prejudicando toda a representação.

Esses quatro temas são claramente apresentados na Regra Modelo 1.7 (a).

Ela estabelece uma proibição total para os advogados - ou escritório de advocacia (Regra Modelo 1.10) - que representem uma ou várias posições adversas durante o curso da representação na mesma questão.

Para fins da Regra 1.7 (a), uma posição “adversa” inclui posições inconsistentes ou alternativas apresentadas pelo advogado em nome de um único cliente.

Por último o parágrafo (a) mencionado se refere a adversidade com respeito a uma “posição tomada ou a ser tomada” em uma questão, em vez de adversidade em relação ao assunto ou à representação inteira, como no CED.

Esta abordagem busca reduzir os custos do litígio em outras representações em que as partes têm interesses comuns e não adversos em determinadas questões, mas há posições adversas (ou contingentes ou possivelmente adversas) em relação a outras questões.

Aliás, um advogado pode representar duas partes que podem ser adversas umas às outras quanto a alguns aspectos do caso, desde que o mesmo advogado não represente ambas as

⁶¹ Art. 19: “Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em carácter permanente para cooperação recíproca, não podem representar, em juízo ou fora dele, clientes com interesses opostos.”

partes em relação a esses aspectos. Tal representação está sujeita a consentimento da outra parte.

Outros dois motivos pelos quais as Regras Modelo limitam a representação de duas partes com interesses adversos é que o advogado na sua representação obtém confidências ou segredos relacionados a uma parte enquanto representa ambas em uma fase do caso.

Pode acontecer que essas confidências ou segredos serem úteis contra os interesses da parte a quem se referem, em uma parte subsequente do caso. Em virtude disso é que se solicita o consentimento informado da parte cujos segredos estão implicados.

Aplicando a norma enunciada, um advogado poderia representar limitadamente dois clientes na primeira fase de um caso, sem assumir posições adversas, e após a conclusão dessa fase ele poderia requerer consentimento para representar qualquer uma delas na fase de danos do caso, mesmo que a outra, representada por um advogado separado quanto a danos, tenha uma posição naturalmente adversa quanto a essa fase do caso.

A jurisprudência da OAB traz exemplos deste tipo, em que o advogado poderia patrocinar em forma conjunta a dois clientes com interesses que pelo menos em principio não parecem opostos, mas que apenas depois acabam por ser conflitantes.

ADVOCACIA CONJUNTA PARA LOCATÁRIO E FIADOR – POSSIBILIDADE – ADVOCACIA CONTRA CLIENTE OU EX CLIENTE – ARTIGOS 19 E 20 CED – IMPOSSIBILIDADE. Postular para fiador e locatário contra o locador não constitui infração ética. Sobrevindo ação de regresso entre fiador e locatário, seria o mesmo que postular para partes conflitantes. Fere a confiança, a lealdade e boa-fé esperadas e depositadas pelo cliente no advogado contratado. O conflito de interesses contraria os princípios do Código de Ética Profissional, motivo pelo qual o advogado não é totalmente livre para aceitar causas que contrariem e desrespeitem a ética profissional. Necessário resguardar o sigilo profissional perenemente. Avaliação do advogado, anterior a aceitação do mandato, para evitar futura infração ética. Precedentes. Proc. E-4.891/2017 - v.u., em 21/09/2017, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO GUIMARÃES CORRÊA MEYER, Rev. Dra. RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

Se os artigos 19 e 20 do CED fossem mais claros e completos como a Regra Modelo antes enunciada este processo provavelmente não teria existido.

A proibição da Regra Modelo 7.1 (a) também refere-se apenas a conflitos reais de posições, não a meras formalidades.

Um advogado ou advogados integrantes de um mesmo escritório podem representar simultaneamente a clientes que tenham posições nominalmente adversas mas não realmente adversas, já que todos lutam por um propósito em comum. Os casos típicos são do advogado que representa a todos os herdeiros de uma mesma sucessão, um advogado de uma

incorporadora que representa a todos os proprietários de apartamentos, a formulação de planos patrimoniais para membros da família, etc. Se não houver conflito de posições em relação a um assunto, a proibição absoluta do parágrafo (a) não entrará em vigor.

Assim, mesmo sem achar as respostas claras a esses casos na normativa do CED, encontramos jurisprudência da OAB nesse sentido:

EMENTA 01 - EXERCÍCIO PROFISSIONAL – CONFLITO DE INTERESSES ENTRE CLIENTES – INVENTÁRIO – NECESSIDADE DE RENÚNCIA, CASO NOVAS CAUSAS GUARDEM RELAÇÃO DE CONFLITO ENTRE SI – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO CONTRA EX-CLIENTE. O advogado que representa todos os herdeiros, inclusive o viúvo meeiro, em um inventário, poderá representar o espólio em ação futura que lhe for movida por um desses herdeiros, desde que: (i) previamente, renuncie, aos poderes que lhe foram concedidos pelo herdeiro proponente da ação judicial em face do espólio; (ii) resguarde, perenemente, o dever de sigilo profissional e (iii) inexistente o risco de vantagens ilegítimas, decorrentes da advocacia anteriormente exercida em favor do antigo cliente. Nos termos do artigo 20 do Código de Ética e Disciplina, sobrevindo conflito de interesses entre seus constituintes e não conseguindo o advogado harmonizá-los, caber-lhe-á optar, com prudência e discrição, por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardando sempre o sigilo profissional. Inclusive, havendo quebra da relação de confiança entre o advogado e o cliente, não só é permitido, mas é recomendável que o advogado externar ao cliente sua impressão e, não se dissipando as dúvidas existentes, promova, em seguida, o substabelecimento do mandato ou a própria renúncia, nos termos do artigo 10 do mesmo Código de Ética e Disciplina. Entendendo o advogado que as causas guardam relação de conflito entre si (o inventário e a ação ajuizada por um dos herdeiros), ainda que renuncie ao mandato nos autos do inventário, o que se recomenda nos termos do artigo 10 do CED, deverá, ainda assim, evitar o patrocínio da nova causa em nome de seus ainda clientes em face desse ex-cliente, sob pena de caracterizar a quebra de sigilo e conflito de interesse por intervenção anterior no trato do assunto que se prenda ao patrocínio solicitado. Proc. E-4.849/2017 - v.u., em 17/08/2017, do parecer e ementa do Rel. Dr. EDUARDO AUGUSTO ALCKMIN JACOB, Rev. Dra. MARCIA DUTRA LOPES MATRONE - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

No mesmo sentido, o fato de dois clientes serem concorrentes em um negócio, isoladamente, geralmente não é uma barreira para uma representação simultânea nos EUA.

A questão em que dois clientes são adversos pode ser tão insignificante a ponto de não ter nenhum efeito possível sobre a capacidade de um advogado representar ambos em outros assuntos.

Assim, nesses casos a norma norte americana requer notificação e consentimento informado se o advogado assumir uma posição em nome de um cliente adverso a outro cliente mesmo que o advogado represente este último cliente apenas em uma posição não relacionada ou em um assunto não relacionado.

Tomemos um outro exemplo que é prática usual no Brasil para analisar a aplicação do artigo 19 CED e das Regras Modelo.

Um grande escritório brasileiro de advocacia representa duas empresas que apresentam propostas para construir uma rodovia em São Paulo em uma mesma licitação. Ambas as empresas são antigos clientes desse escritório que chamaremos de “Escritório A”. O Escritório A trabalha em certos temas em parceria com o Escritório B. O Escritório A decide patrocinar ambos os clientes na primeira fase da licitação, sem mencionar nada ao outro e sem pedir nenhum tipo de consentimento, baseando-se na premissa de que caso uma das duas empresas seja escolhida ou tiver que apresentar um recurso o escritório poderia escolher qual delas seguir patrocinando e recomendar ao Escritório B o patrocínio da outra.

Conforme o artigo 19 do CED, as dúvidas que primeiro aparecem são: pode-se dizer que os clientes têm interesses opostos? A palavra “oposto” é sinónimo de “contrário”.

A rigor, a palavra mais adequada seria “concorrente”, pois os interesses são concorrentes - ambos procuram ganhar a mesma licitação. Então no caso de uma interpretação taxativa o Escritório A estaria liberado para patrocinar ambas as empresas concorrentes.

Entretanto, a nosso ver, o fato de as empresas estarem competindo para ganhar uma mesma licitação já indica haver conflito de interesses. Ou seja, vemos que o espírito da norma indica haver conflito, por mais que se pudesse usar conceitos leigos para tentar defender ausência de sua aplicação.

Da mesma forma, as Regras Modelo provavelmente indicariam que o advogado ou escritório deveria patrocinar apenas um dos clientes nessa licitação, e mesmo que o outro tenha dado consentimento para que o patrocínio seja em favor de ambos o caso se enquadraria em conflito de interesses – afinal, apenas um cliente pode ganhar a licitação.

Por possuírem um sistema de *common law*, nos EUA a decisão de uma Corte sobre um tema específico tem muito peso como precedente para influenciar futuras decisões. Este problema é tratado nos comentários às Regras Modelo e na Regra 1.7 (a) que codifica o resultado do Parecer 204 alcançado no Comité de Ética Legal da Ordem de Advogados de Washington DC, onde se afirma que pode ser inadequado para um advogado defender posições legais diretamente contrárias às de clientes não relacionados simultaneamente em apelação ante a mesma Corte.

Entretanto, se as posições adversas a serem tomadas estiverem relacionadas a assuntos diferentes, a proibição absoluta da Regra 1.7 (a) é inaplicável.

O mesmo pode acontecer quando a atuação ocorre em jurisdições diferentes, porque os precedentes análogos também são aplicáveis. Além disso, o advogado pode gerar um problema de credibilidade, utilizado pela contraparte como argumento para debilitar sua posição.

2.1.2.2.2. Impossibilidade de harmonizar conflito de interesses entre clientes constituintes

Conforme estabelecido pelo artigo 20 da CED⁶², quando existe impossibilidade de harmonizar conflito de interesses entre clientes, o advogado deve permanecer com um dos mandatos e renunciar aos demais.

Em primeiro lugar, esta norma deixa a critério do advogado a escolha do patrocínio frente a um caso de conflito de interesses, assim como a opção pelo critério para a identificação desses conflitos de interesses.

Contudo, qual seria o alcance da palavra “harmonizar” e qual a definição que deveríamos utilizar para interpretar o significado de “conflito de interesses” nesse artigo?

Os conceitos sem definição nos parecem demasiado vagos e subjetivos, outorgando muita liberdade de interpretação tanto ao advogado como ao órgão sancionador.

Não menos importante é que o artigo nada diz sobre a possibilidade de o advogado amenizar o conflito mediante um consentimento informado por escrito do cliente ou a possibilidade de utilização de mecanismos do tipo *chinese walls*, como acontece nos EUA.

Nos EUA as Regras Modelo⁶³ delimitam claramente os casos em que o advogado deve pedir consentimento informado antes de assumir uma representação determinada. A premissa subjacente é que a revelação e o consentimento informado são necessários antes de assumir uma representação se houver qualquer razão para duvidar da capacidade do advogado de fornecer representação sincera de um cliente ou se um cliente puder razoavelmente considerar a representação de seus interesses como adversamente afetada pela assunção do advogado da outra representação em questão.

Então, nos EUA o advogado não tem obrigação de pedir consentimento informado se o cliente o solicita baseado em posições não razoáveis. Nesse caso, o cliente pode rescindir sua representação.

Mas se o advogado determinar ou puder prever que existe um problema com relação à aplicação da norma, o único procedimento prudente é que o advogado divulgue a cada cliente

⁶² Art. 20, do CED: “Sobrevindo conflito de interesses entre seus constituintes e não conseguindo o advogado harmonizá-los, caber-lhe-á optar, com prudência e discricção, por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado sempre o sigilo profissional.”

⁶³ Representação Condicionalmente Proibida - Regra 1.7 (b).

afetado o potencial conflito e permita que cada parte possa determinar se, no seu julgamento, a representação em causa é suscetível de afetar negativamente os seus interesses.

Aliás, uma das falhas que, a nosso modo de ver, essa regra do CED apresenta é a falta de detalhamento em relação ao momento em que nasce o conflito de interesses. A regra deveria prever situações que serão causadoras de conflito de interesse no futuro, apesar de não parecer no início ou decorrer da relação profissional.

O fato de se deixar a critério do advogado a avaliação da aceitação do patrocínio em situações em que muito provavelmente deverá acabar optando por um dos clientes pode acabar prejudicando esses clientes.

No caso de tratar-se de um processo no judiciário, provavelmente a mudança de patrocínio jurídico atrasaria e encareceria a defesa da parte. Ademais, essa parte ficaria em desvantagem perdendo o profissional que a defendia inicialmente, devendo então ter de transmitir todo o acontecido ao novo representante, o que requer ainda mais investimento de tempo. O advogado que já conhecia o processo tem o dever de resguardar o sigilo profissional, coisa que será difícil, muito porque as informações que possua de seu ex-cliente podem beneficiar a seu cliente atual.

2.1.2.2.3. Resguardo do sigilo profissional

O advogado tem o dever de resguardar o sigilo profissional ao postular, judicial ou extrajudicialmente, em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, conforme estipulado pelo artigo 21 do CED⁶⁴.

O CED contém um capítulo específico sobre sigilo profissional.⁶⁵ O sigilo profissional abrange “os fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão”, abrangendo ainda “os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na OAB”.⁶⁶

Ele se relaciona com o exercício da advocacia livre e, conforme estabelece o CED, “só cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria.”

O sigilo também se relaciona com o dever de confidencialidade. A confidencialidade pressupõe a possibilidade do uso de informações e documentos confiados ao advogado nos

⁶⁴ Art. 21: “O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o sigilo profissional.”

⁶⁵ Capítulo VII, artigos 25 a 38 do CED.

⁶⁶ Art. 35, do CED.

limites necessários ao patrocínio da defesa dos interesses do cliente. Ela se refere à liberdade de avaliação pelo advogado das pretensões que lhe são formuladas, de modo a não violar deveres ético-profissionais.

O CED indica que “*presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente*”.⁶⁷ Esta definição é ampla como a das Regras Modelo sobre informação confidencial, que abarca “*toda a informação relacionada com a representação, qualquer seja sua fonte*”⁶⁸ incluindo todo tipo de comunicações por parte do cliente.⁶⁹ Ambas alcançam os fatos que o advogado toma conhecimento sobre as debilidades de um cliente, como também as estratégias que esse cliente ou similares podem adotar para reforçar sua posição.⁷⁰

Perguntamo-nos se um advogado que fica sabendo de uma informação confidencial de seu cliente por uma conversa informal dentro de seu trabalho, não diretamente relacionada com o cliente, estaria obrigado pelo fato de essa informação ser considerada como obtida dentro das “funções desempenhadas na OAB”? E se um advogado conhece informação confidencial do organismo onde trabalhou só por ser parte dele e conhecer intimamente sua cultura mas que não precisamente foram obtidas através de um cliente, ou representação ou de um colega da instituição, é responsável pelo seu uso ou divulgação?

Quer nos parecer que em todos os casos a informação deva ser protegida, pois independentemente de sua fonte, ela pode colocar em risco a relação de confiança entre profissional e cliente.

Parece que a norma não especifica situações importantes, como, por exemplo: (i) como deve ser tratado ou sancionado o uso e a divulgação de informação confidencial; (ii) o que aconteceria se uma informação confidencial passa a ser pública (ela deixa de ser confidencial?); (iii) como se avalia e se enquadra o dano pelo uso da informação; e (iv) o que acontece se colaboradores do advogado divulgam essa informação; entre outras.

Uma outra situação muito comum no Brasil de quebra do sigilo e que merece um parágrafo aparte é nos casos de divulgação de informação confidencial pelos advogados que fazem declarações frente ao jornalismo sem consentimento de seus clientes.

⁶⁷ Art. 36 § 1o, do CED.

⁶⁸ Regra Modelo 1.6.

⁶⁹ Incluindo confidências e segredos do cliente.

⁷⁰ BODINI, C. *Conflitos de interesse na atuação profissional do advogado público*. São Paulo. FGV Direito SP Research Paper Series n. PL 001, 30 Mar 2018. *ibid.* 81

As Regras Modelo preveem que nos casos em que o advogado tem informação confidencial de cliente deve pedir-lhe consentimento expresso para poder divulgá-la⁷¹, salvo se essa informação seja de conhecimento público.

Normalmente é mais comum ocorrer a divulgação de informações em litígios ou em casos de *lobby* do que em atividades consultivas. Nestas, o advogado conseguiria utilizar a informação que obteve na representação de um cliente para colaborar na estrutura de um negócio ou evitar um ataque a um tipo de estrutura particular de outros clientes.

Como se observa, na atividade consultiva o advogado acaba conseguindo usar a informação sem o consentimento do cliente anterior.⁷²

2.1.2.2.4. Atuação em causa contrária à validade de ato jurídico em que tenha participado

O advogado estará impedido de patrocinar causas que sejam contrárias à validade de outro ato jurídico em que participou. Ele e seu escritório também estarão impedidos de participar no assunto quando houver conflito de interesses motivado pela sua intervenção anterior no tema, de conformidade com o estabelecido no artigo 22 do CED⁷³.

O Tribunal de Disciplina da OAB de São Paulo tem afirmado que o advogado público deve se recusar a patrocinar causa ou prestar uma consulta legal, contrária ao que tinha defendido com anterioridade ou de pretensão concernente a direito de que ele seja titular, sempre que houver conflito de interesses objetivo e motivado.

Entretanto o Tribunal se declara incompetente para decidir o processo argumentando que o *“conflito há que ser verificado objetivamente em cada caso concreto, devendo, ainda, ser harmonicamente aplicadas, não apenas as normas éticas da advocacia, mas, também, o regramento legal, administrativo e contratual do vínculo funcional do advogado público”* conforme se estabelece na seguinte ementa.

EXERCÍCIO PROFISSIONAL – ADVOGADO PÚBLICO – SUJEIÇÃO AO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA E ÀS NORMAS FUNCIONAIS – CONFLITO DE INTERESSES – RECUSA PELO ADVOGADO DO PATROCÍNIO EM FAVOR DO ÓRGÃO A QUE ESTÁ VINCULADO EM

⁷¹ Regra Modelo 1.8 (b) e 1.6.

⁷² BODINI, C. *Conflitos de interesse na atuação profissional do advogado público*. São Paulo. FGV Direito SP Research Paper Series n. PL 001, 30 Mar 2018. *ibid.* 82

⁷³ Art. 22. *“Ao advogado cumpre abster-se de patrocinar causa contrária à validade ou legitimidade de ato jurídico em cuja formação haja colaborado ou intervindo de qualquer maneira; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ou o da sociedade que integre quando houver conflito de interesses motivado por intervenção anterior no trato de assunto que se prenda ao patrocínio solicitado.”*

CAUSA CONTRÁRIA A DIREITO DO QUAL SEJA TITULAR – MOTIVAÇÃO E CRITÉRIO OBJETIVOS. O advogado público está sujeito ao Código de Ética e Disciplina da OAB e deve zelar pela sua liberdade e independência no exercício da profissão. Para tanto, deve declinar seu impedimento sempre que houver conflito de interesses objetivo e motivado. Referido conflito há que ser verificado objetivamente em cada caso concreto, devendo, ainda, ser harmonicamente aplicadas, não apenas as normas éticas da advocacia, mas, também, o regramento legal, administrativo e contratual do vínculo funcional do advogado público. **Será legítima a recusa, pelo advogado público, do patrocínio de causa e de manifestação no âmbito consultivo, de pretensão concernente a direito de que também seja titular, ou contrarie orientação que tenha manifestado anteriormente (artigos 4o e 22 do CED), desde que o conflito de interesses seja motivado, objetivo e respaldado nos fatos,** cuja análise não compete a esta Turma, considerando-se, ainda, as normas funcionais vigentes. Proc. E-4.813/2017 - v.m., em 21/09/2017, do parecer e ementa do revisor Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, ao qual aderiu o Relator, Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, com declaração de voto da Julgadora Dra. CRISTIANA CORRÊA CONDE FALDINI – Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI. Republicada por incorreção em 25/10/17 (“grifo nosso”)

No mesmo sentido o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo estabelece a obrigação do Procurador Municipal de recusar o patrocínio do Município em demandas cujo resultado contrário lhe interesse, por ser titular desse direito.

EXERCÍCIO PROFISSIONAL – ADVOGADO PÚBLICO – SUJEIÇÃO AO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA E ÀS NORMAS FUNCIONAIS - CONFLITO DE INTERESSES – RECUSA PELO ADVOGADO DO PATROCÍNIO EM FAVOR DO ÓRGÃO A QUE ESTÁ VINCULADO EM CAUSA CONTRÁRIA A DIREITO DO QUAL SEJA TITULAR – MOTIVAÇÃO E CRITÉRIO OBJETIVO. O advogado público está sujeito ao Código de Ética e Disciplina da OAB e deve zelar pela sua liberdade e independência no exercício da profissão. Para tanto, deve declinar seu impedimento sempre que houver conflito de interesses objetivo e motivado. Referido conflito há que ser verificado objetivamente em cada caso concreto, devendo, ainda, ser harmonicamente aplicados não apenas as normas éticas da advocacia, mas também o regramento legal, administrativo e contratual do vínculo funcional do advogado público. **O Procurador Municipal deve recusar o patrocínio do Município em demandas cujo resultado contrário lhe interesse, por ser titular também do mesmo direito, desde que este fato, cuja análise não compete a esta Turma, seja objetivamente constatado e a recusa seja motivada,** considerando-se, ainda, as normas funcionais vigentes. Proc. E-4.867/2017 - v.m., em 21/09/2017, do parecer e ementa convergentes do julgador Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, Rel. Dr. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF, Rev. Dra. RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI (“grifo nosso”).

O artigo 22 em discussão está intimamente relacionado com o dever de independência que devem ter os advogados na sua atuação. Na ementa antes enunciada a Tribunal de Disciplina da OAB remarca que o advogado *público* “*deve zelar pela sua liberdade e independência no exercício da profissão.*”

No entanto, aparecem certos questionamentos quanto a aplicação das normas sobre conflito de interesse em forma taxativa para os advogados públicos em outros casos.

Isso porque os advogados públicos na prática não possuem a mesma liberdade ou independência que os advogados autônomos. Como indica o Tribunal na ementa que trazemos a seguir, o advogado público normalmente não é dado a concordar com a linha de defesa a ser adotada pelo órgão no qual empresta seus serviços.

O Tribunal acaba resolvendo se declarar incompetente sobre a existência do conflito de interesses da atividade do advogado público por falta de provas, por ter um terceiro envolvido (o superior hierárquico que estaria cometendo abuso de autoridade) e por ser o advogado público parte de estrutura hierarquicamente organizada com normas próprias *“devendo ser procurados os órgãos competentes dentro da estrutura hierárquica a que estão sujeitos os procuradores municipais, para comunicar o impedimento ético”*.

ADVOCACIA PÚBLICA – QUESTIONAMENTOS – NÃO CONHECIMENTO DE QUESTIONAMENTO SOBRE SUPOSTO ABUSO DE AUTORIDADE DE SUPERIOR HIERÁRQUICO – CONDUTA DE TERCEIRO – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 2o, II, DO CED – ATUAÇÃO INDEPENDENTE DEVE SER COMPATIBILIZADA COM REGIME FUNCIONAL – ESTRUTURA HIERARQUIZADA – SUBMISSÃO FUNCIONAL – ARTIGO 4o, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CED – RECUSA DE PATROCÍNIO DE CAUSA POR CONFLITO DE INTERESSE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CABIMENTO DE RECUSA APRIORISTICAMENTE – NECESSIDADE DE AFERIÇÃO CONCRETA DO CONFLITO DE INTERESSES – NECESSIDADE DE OBJETIVAÇÃO DO CONFLITO DE INTERESSES – NÃO ADMITIDO MERO DESCONFORTO PESSOAL – EXIGÊNCIA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS QUE REGEM A ADVOCACIA COM OS DIPLOMAS LEGAIS QUE DISCIPLINAM O VÍNCULO FUNCIONAL ENTRE O ADVOGADO PÚBLICO E O ENTE POLÍTICO OU PESSOA JURÍDICA CUJA ESTRUTURA INTEGRAL – CASO CONCRETO A SER ANALISADO PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES DA INSTITUIÇÃO. Indagação sobre possível tipificação de abuso de autoridade não pode ser conhecida, pois desborda inequivocamente das competências desse Tribunal, pois além de demandar profunda análise fática, exame de conjunto probatório do contexto fático de caso concreto, envolve conduta de terceiro. O advogado público integra estrutura hierarquicamente organizada. Sua independência técnica, assim, não colide com as disposições que regem seu vínculo funcional, tampouco com as questões disciplinares que lhe são aplicáveis. **A submissão a uma relação funcional específica, sujeita a regramento próprio, pode restringir algumas liberdades típicas dos profissionais que exercem a advocacia de forma autônoma. Geralmente ao advogado público não é dado concordar ou não com a demanda e a natureza ou linha de defesa a ser apresentada. É dever de ofício, obrigação funcional.** Por isso que, sem adentrar a esse exame das regras específicas, não se pode concluir pela viabilidade da recusa pura e simples, diante de simples afirmação que o direito lhe seria aplicável. **Conflito de interesses no caso da advocacia pública não se resume a desconforto de foro íntimo, exige requisitos objetivos de verificação.** Não é dado ao advogado público a escolha de suas causas. A hermenêutica aplicável ao artigo 4o e seu parágrafo único do Código de Ética, é que a norma é amplamente aplicável aos profissionais que exercem a advocacia de forma autônoma, sendo necessário, no caso de advogados também submetidos a contratos de trabalho regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho ou a regime estatutário, no caso de funcionários públicos, tecer análise sistemática com a disciplina desses regimes funcionais. **Diante de concretude e comprovação de conflito de interesses, prescindível a consulta a esse Tribunal, devendo ser procurados os órgãos competentes dentro da estrutura hierárquica a que estão sujeitos os procuradores municipais, para**

comunicar o impedimento ético, tendo em vista que esse reconhecimento in concreto não é competência dessa Turma Deontológica. Proc. E-4.992/2018 - v.u., em 21/06/2018, do parecer e ementa da Rel. Dra. CRISTIANA CORRÊA CONDE FALDINI, Rev. Dr. ZANON DE PAULA BARROS - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI (“grifo nosso”).

De novo, a norma não ajuda a identificar as situações que podem levar a seu descumprimento no caso dos advogados públicos e os deixa em certo sentido “desamparados”, tendo que, como acontece nos casos antes mencionados, recorrer ao próprio organismo que os emprega para resolver os desacordos.

Além disso, os Tribunais se declaram incompetentes por não conseguir verificar o conflito objetivamente em cada caso concreto, por ter que aplicar harmonicamente, não apenas as normas éticas da advocacia, mas, também, o regramento legal, administrativo e contratual do vínculo funcional do advogado público.

2.2. Infrações e sanções disciplinares contidas no Estatuto de Advogados e Código de Ética e Disciplina da OAB

O EA apresenta os tipos de infrações e sanções disciplinares aplicáveis aos advogados privados e públicos brasileiros nos artigos 34 a 43.

As sanções previstas são: (i) censura; (ii) suspensão; (iii) exclusão; e (iv) multa.

As infrações disciplinares diretamente relacionadas a nosso tema de estudo são as que aparecem no artigo 34, incisos “VII-violar, sem justa causa, sigilo profissional”; e “IX-prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio”; e no artigo 36, inciso “II–violação a preceito do CED”.

Ambas as infrações (se ocorridas simultaneamente) podem ser sancionadas unicamente com censura e multa.

A censura é a sanção mais branda, supostamente aplicada para infrações menos graves. Tal sanção não é publicada, ou seja, ninguém além do advogado e da OAB ficam sabendo do fato. Além disso, a censura pode ser atenuada mediante uma advertência.⁷⁴

A advertência não é publicada e, por sua vez, não vai ser registrada nos assentamentos do inscrito, mas consta em ofício reservado. Além disso, a advertência não é considerada para fins de primariedade. Importante ressaltar que tanto a censura quanto a advertência podem ser substituídas por um curso de ética dentro de 120 dias. Entretanto, será registrada nos assentamentos do inscrito.

⁷⁴ Art. 40.

A multa pode ser aplicada apenas de forma cumulativa em caso de cometer agravantes. O EA não define quais seriam os agravantes, mas define os atenuantes a todas as sanções.⁷⁵

Dentro do listado de circunstâncias atenuantes encontramos uma que chamou particularmente nossa atenção: *IV – prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública*. Demasiado subjetivo.

Da leitura pormenorizada do EA surge claramente que os mecanismos punitivos por infrações relacionadas à atuação do advogado público e privado em circunstâncias que caracterizam conflito de interesse e descumprimento do CED são muito brandas. Esse é mais um claro desincentivo para o seu cumprimento.

Tal como adiantamos na introdução deste trabalho, os advogados públicos também são sancionados pelo órgão ao qual pertencem e devem lealdade.

Apenas a título exemplificativo, por questões de limitação de espaço requerido, analisamos a situação sancionatória dos advogados públicos do DF. O seu Código de Ética estabelece o dever de: “*guardar sigilo sobre assunto de caráter reservado que conheçam, em razão do cargo ou função*”.⁷⁶ Em seguida, o referido Código estabelece os impedimentos aos Procuradores, entre eles se destacando: (a) *integrar, na qualidade de sócio, empregado ou associado, sociedade de advogados que possua ou patrocine causa contra o Distrito Federal ou contra suas entidades da administração indireta*; e (b) *acumular, ainda que em disponibilidade, qualquer outro cargo público, salvo um de magistério, respeitada, sempre, a compatibilidade de horários com o seu mister na Procuradoria-Geral do Distrito Federal*”.⁷⁷ A Corregedoria da Procuradoria-Geral do DF é a encarregada de sancionar as violações dos dispositivos desse Código mediante a instauração de um procedimento de apuração sumária de irregularidades. O Regimento Interno da PRG/DF não contém nada a respeito do procedimento sancionatório dos advogados públicos e as normas de dita Procuradoria não se encontram publicadas no seu site.

O descumprimento dos mandados da LCDI no caso dos advogados públicos é penalizado tanto na esfera civil como na administrativa.

No âmbito civil, o agente público é punido pelos atos ou omissões que configuram conflito de interesses de acordo com o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa⁷⁸ infringindo os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Entre os motivos enunciados especificamente em esse artigo ressaltamos o “*I - praticar ato visando*

⁷⁵ Arts. 40 e 41.

⁷⁶ Art. 4. -III do Código de Ética de Procuradores do DF.

⁷⁷ Art. 5. II e VI do Código de Ética de Procuradores do DF.

⁷⁸ Lei nº 8.429/92, do 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm

fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;” e “III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;”.

Dita lei traz as seguintes penalidades no seu artigo 12 para os casos que infringem o estabelecido na hipótese do artigo 11 enunciado: (i) ressarcimento integral do dano, se houver; (ii) , perda da função pública, (iii) suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos; (iv) multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração do agente.

Além disso o funcionário fica proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três (3) anos.

Na esfera administrativa, a Lei 8.112/90⁷⁹ a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. De acordo com seu artigo 127 são penalidades disciplinares: (i) – advertência; (ii) - suspensão; (iii) – demissão; (IV) - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; (V) - destituição de cargo em comissão; e. (VI) - destituição de função comissionada.

2.3. Principais órgãos que julgam casos de conflito de interesses na atuação dos advogados.

Uma vez vistas as principais normas brasileiras que tratam da regulamentação do tema dos conflitos de interesses, cabe recordar quem são os órgãos competentes indicados por aquelas para analisar os casos concretos, alguns deles já mencionados quando transcrevemos as ementas de seus julgados:

- a) Tribunal de Ética e Disciplina da OAB tem competência para aplicar sanções disciplinares aos advogados públicos e privados envolvidos em casos de conflito de interesses na sua atuação profissional;
- b) Comissão de Ética da AGU e seus órgãos vinculados (CEAGU) que no Distrito Federal, é o Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Distrito Federal respeito aos advogados públicos; e

⁷⁹ Lei 8.112/90, do 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm

- c) Conselhos ou Corregedorias dos Municípios e Estados em relação aos advogados públicos que empreguem.

CAPÍTULO 3. O DESAFIO DA IDENTIFICAÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES E SUGESTÕES PARA APERFEIÇOAMENTO DA SUA ATUAL SITUAÇÃO SANCIONATÓRIA NO BRASIL

3.1. Diagnóstico dos problemas encontrados nas normas brasileiras

Ao longo desta pesquisa e à medida que aprofundamos o estudo de cada um dos artigos disponíveis para o tema em questão - tanto do CED como do EA - encontramos-nos com o mesmo problema: normas e sanções brandas e generalistas, que hoje em dia não são suficientes para cumprir a função de prevenção de conflitos de interesses na atividade advocatícia, nem de conceder a devida proteção aos atores.

Ambos esses instrumentos legais demandam uma urgente reforma para poder incluir figuras que formam parte de nossa realidade atual, como é o caso da atividade dos advogados que praticam *lobby*, seja esta sua única atividade, seja quando esse papel é exercido esporadicamente (como por exemplo quando ao ser especialista em um tema determinado, o profissional é chamado por algum organismo ou sindicato para defender um determinado ponto de vista ou propor uma reforma a um projeto de lei perante o Congresso Nacional ou mesmo perante o Poder Executivo).

Sabemos que a atividade de *lobby* ainda não se encontra formalmente regulamentada, sendo que o respectivo projeto de lei de regularização ainda se encontra aguardando ser aprovado no Poder Legislativo.

Sem prejuízo, a prática, como quase sempre ocorre, ultrapassa o tempo da norma e hoje em dia é inegável que vários advogados estão praticando quase tudo que se encontra dentro da definição de *lobby*, e o fazem sem proteção ou norte por parte das normas.

É por isso que entendemos que um órgão de classe como a OAB deveria levantar a bandeira em proteção dos advogados que exerçam esse tipo de práticas e regular ou ao menos conceder algum tipo de recomendação de ação, sobretudo considerando que essa atuação pode ser fonte de conflito de interesses.

O mesmo se aplica para advogados especializados em relações governamentais, que conforme descrevemos nesse projeto tampouco se encontram amparados especificamente pelas normas referenciadas.

Da nossa análise também concluímos que embora o CED e o EA regulem a atividade *pro bono* levada a cargo pelos advogados, as normas que tratam do tema estão mais direcionadas ou preocupadas em proibir seu uso para fins de publicidade do que para proteger o patrocinado ou mesmo o patrocinador contra possíveis conflitos de interesses, os quais não dificilmente podem ocorrer, especialmente considerando que essa atividade *pro bono* é via de regra exercida de forma simultânea à atividade remunerada do advogado – sua atividade principal.

Temos também percebido que seria muito saudável que as normas brasileiras tivessem um capítulo separado de definições para compilar os conceitos mais importantes aplicáveis ao tema, ou que ao menos essa significação estivesse contida nos artigos que tratam do tema. Notamos a ausência de conceitos chave, como: “conflito de interesses”, “informação confidencial” e “interesses opostos”.

De outro lado também notamos a presença de palavras com significados ambíguos, que dão lugar a interpretações subjetivas, trazendo como consequência dificuldades para sua interpretação. Entre elas podemos listar palavras como “harmonizar”, “atuar com prudência e discrição”, etc.

Sentimos falta de alguma referência aos conflitos de interesses individuais do advogado quando de sua atuação profissional. Esse é um tema que se encontra bem regulado tanto nas Regras Modelo como na LCDI para os advogados públicos, mas há um vácuo em relação aos advogados particulares. O CED poderia ter replicado princípios contidos em ambas aquelas normas, como por exemplo o patrocínio em favor de parentes consanguíneos, ou em prol de pessoas com as quais o profissional tenha relacionamento comercial, entre outras situações.

Como se percebe, em várias passagens da norma brasileira notamos falhas não presentes nas normas norte americanas tomadas por comparação. Uma sugestão que refutamos saudável seria criar na norma brasileira dispositivos mais detalhados, que permitam identificar claramente o que seria um conflito de interesses, em que situações ele se apresentaria, quais são as condutas terminantemente proibidas (ainda que haja consentimento pela outra parte afetada, mesmo que esta seja um antigo cliente), quais poderiam ser executadas com autorização da parte potencialmente afetada, quais seriam os *disclaimers* aplicáveis.

A norma brasileira deveria também refletir a situação dos advogados consultivos que trabalham para diversas partes de uma mesma negociação (*deal counsel*). Embora sua presença seja bem-vinda para reduzir custos da transação, a posição do profissional jurídico acaba por expor a possíveis conflitos das partes envolvidas, ainda que todas elas estejam

buscando o mesmo fim. É o caso do advogado consultor que se encarrega de temas de planejamento patrimonial sucessório em prol de todos os herdeiros, por exemplo.

Em relação ao sigilo nada se diz sobre a possibilidade de amenizar o conflito mediante um consentimento informado das partes afetadas. sequer encontramos previsão sobre a utilização de mecanismos de proteção como os famosos *chinese walls*, muito comuns nos escritórios dos EUA.

Também não encontramos previsão sobre (i) como deve ser tratado ou sancionado o uso e a divulgação de informação confidencial; (ii) o que aconteceria se uma informação confidencial passar a ser pública (ela deixa de ser confidencial?); (iii) como se avalia e se enquadra o dano pelo uso da informação; e (iv) o que acontece se colaboradores do advogado divulgam essa informação; entre outras. Por último, estas normas deveriam fazer algum tipo de referência ou distinção com respeito aos conflitos de interesses que surgem de declarações públicas que os advogados normalmente dão quando são entrevistados ao sair de uma audiência sem consentimento de seus clientes e que podem acabar prejudicando a causa ou sua imagem em benefício individual do advogado que pode estar usando essa exposição como mero meio de publicidade de seus trabalhos.

Em relação às normas aplicáveis ao advogado que por sua vez é empregado público, ressaltamos que a LCDI não sendo uma lei excessivamente detalhada e extensa, traz muitos dos conceitos e definições básicas que estão faltando no EA e no CED. Ela prevê situações de conflito que podem aparecer por conta das chamadas *revolving doors* e propõe medidas para prevenir que esses episódios tenham efeitos colaterais, como por exemplo: a quarentena, a divulgação de informações confidenciais obtidas por exercício de cargo público, a intervenção direta ou indireta para defender um interesse privado perante órgão para o qual o profissional já tenha trabalhado (fazendo uso de sua influência), etc.

Uma crítica que cremos ser pertinente é que as normas que regulamentam o exercício profissional do advogado precisam ser harmonizadas com os preceitos legais que disciplinam seu vínculo funcional em seu emprego público.

Essa ideia também foi apresentada na ementa do Processo E-4.992/2018 - v.u., em 21/06/2018, na qual os próprios integrantes do tribunal de disciplina acabam reconhecendo que não podem resolver casos em relação a atuação de advogados públicos já que o caso concreto deveria ser analisado pelo órgão competente da instituição a qual pertence o advogado público.

Eles justificam sua decisão principalmente em duas questões: a) o desconhecimento das normas internas próprias daquele organismo onde o advogado presta seus serviços; e b) no

fato de o advogado estar cumprindo uma função pública deve atuar de acordo com certos alinhamentos que lhes são dados por seus superiores e por regramentos próprios da instituição, restringindo sua liberdade de forma diferente com o que ocorre com advogados que exercem sua profissão de forma autônoma.

Este é o caso de um advogado público que recorre à OAB em busca de proteção contra uma ordem que recebe de seu superior e que para ele acarretaria a ocorrência de alguma ação que a seu entender implicaria um possível conflito de interesses. Nesse caso, ele provavelmente buscava ajuda de um organismo externo, porque não queria ser julgado por seu próprio empregador. Lamentavelmente, a falta de harmonia entre as normas faz com que esse advogado público se sinta desamparado, terminando tendo de recorrer ao próprio organismo que o emprega para resolver suas desavenças.

3.2. Diagnóstico dos problemas encontrados nos enquadramentos dos delitos e suas sanções

Outra questão de suma importância é o enquadramento que se dá a determinadas situações já que como o CED e o EA são muito genéricos, acabam dando lugar a interpretações mais soltas, ocorrendo situações em que as partes se apoiam em enquadramentos incorretos para evadir eventuais conflitos de interesses.

Em relação às sanções apresentadas pelo EA para situações de conflito de interesses, como já adiantamos neste trabalho, consideramos que muitas são brandas a ponto de não servirem como desincentivo para evitar seu descumprimento. As sanções aplicáveis ao tema em estudo que surgem nesse instrumento legal mencionado são a censura e a multa. A censura é uma sanção que além de ser menos grave que as demais não tem nenhum tipo de publicidade, ou seja, somente as partes envolvidas tomam conhecimento de sua existência. A isso se agrega que a censura pode converter-se em advertência apenas.

Também podem ser aplicadas multas cujo valor estabelece o artigo 39 do EA: *“A multa, variável entre o mínimo correspondente ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo, é aplicável cumulativamente com a censura ou suspensão, em havendo circunstâncias agravantes.”*

Como podemos perceber, esses valores resultam irrelevantes para um escritório de porte que tenha incorrido em falhas de conflitos de interesses, especialmente se comparados com o que se poderia perder em termos de reputação decorrente da mesma falha.

A norma americana traz as seguintes sanções aplicáveis para casos concretos e que podem ser tomadas como referência para o estudo comparativo que fazemos: (i) revogação da licença do advogado para prática da advocacia; (ii) suspensão temporária de sua licença profissional; (iii) censura privada ou pública, que é uma reprimenda por um tribunal de ética; (iv) sanções disciplinares aplicadas dentro de um litígio, normalmente perante cortes federais; e (v) penalidade menor, que equivaleria a uma mera advertência.

3.3. Sugestões para aperfeiçoar a prevenção de conflitos de interesses no Brasil

A modernização do sistema nacional de identificação e combate dos conflitos de interesse pode passar por diversas frentes, em especial focando no aperfeiçoamento (a) da legislação pertinente a prática profissional dos advogados (privados e públicos), (b) os procedimentos de julgamento e punição dos envolvidos (por exemplo, dando maior publicidade e severidade nas penas) e (c) das boas práticas de mercado (como a publicação de guias de conduta por entidades representantes das categorias, sejam elas de profissionais autônomos, servidores de carreira, escritórios particulares ou entes da administração pública).

Com relação à legislação nacional, repisamos nossas considerações anteriormente expostas no sentido de que seria muito salutar ao mercado brasileiro que as normas pertinentes passassem a conter conceitos e definições elementares, deixando de fazer uso de expressões ambíguas, e tivessem um maior detalhamento e organização, com abrangência mais ampla que a atualmente verificada.

No que se refere aos procedimentos de punição e sanções cabíveis, a primeira melhoria, que nem depende de muito investimento pelos órgãos afetados, é a abertura de maior transparência quanto aos processos já existentes, de modo que qualquer cidadão possa ter acesso livre a procedimentos disciplinares referentes a conflitos de interesses que envolvam profissionais do mercado privado, tal qual já vimos existir para advogados públicos. De fato, em muitas seccionais da OAB, existe página dedicada a propagação dos casos em questão, mas não há atualização há diversos anos.

Ainda neste último tópico, seria saudável que a interpretação dos casos de conflitos de interesses fosse harmonizada entre os diversos Estados, uma vez que as distintas seccionais da OAB, por seus respectivos tribunais de ética e disciplina, podem tomar rumos distintos, até mesmo porque a transparência acima comentada deixa muito a desejar. Existem bons exemplos nesse sentido, como a publicação de enunciados resumindo a interpretação do órgão quanto a determinados temas por parte da OAB de alguns Estados.

No que se refere a práticas de mercado, faria muito bem ao setor jurídico brasileiro o nivelamento com mercados mais avançados e maduros. São bons exemplos dessas condutas, inclusive e especialmente para o caso de advogados públicos que passem a atuar no setor privado, a adoção das seguintes práticas por escritórios e profissionais autônomos:

- (i) impedimento à aquisição de ações dentro do mercado de capitais local – para evitar que advogados acabem, conscientemente ou não, alterando sua atuação profissional por temerem que o resultado de sua prática impacte negativamente no valor dos investimentos;
- (ii) adoção do sistema de remuneração *lockstep* em escritórios – para não fomentar o tratamento diferenciado de clientes em prol de um aumento na remuneração individual do profissional;
- (iii) imposição do dever a todos os sócios do escritório de identificar perante todos qualquer novo cliente – para que haja maior possibilidade de eventuais conflitos serem identificados;
- (iv) ter um Código de Ética do escritório ou da empresa e, na contratação de um novo advogado, garantir que este leia e aceite o seus termos – impondo a todos pleno conhecimento e responsabilidade em práticas de prevenção a conflitos de interesses;
- (v) evitar a contratação sob *success fee*⁸⁰ - reduzindo o viés econômico sobre qualquer decisão que de alguma forma possa direcionar a atuação do profissional para assumir um risco de conflito de interesses em prol de ser cumprida a condição para pagamento dos honorários de êxito;
- (vi) realizar análise profunda da informação outorgada pelo *lateral lawyer* incorporado – buscando detectar fontes de possíveis conflitos para a banca em que ele passa a atuar. A verificação de conflito de interesses quanto ao *lateral lawyer* não deve limitar-se ao mero uso de sistema com nomes de onde ou para quem ele tenha trabalhado;
- (vii) incorporar um canal de denúncias de conflito de interesses, tanto nas empresas quanto nos escritórios de advogados – dando total liberdade e sigilo para que qualquer colaborador ou terceiro que possuam informações relevantes possa levá-las a conhecimento da administração da banca, que então tem a obrigação de atuar para a solução desse vício;

⁸⁰ Por exemplo: em casos onde o advogado está do lado do comprador, este poderia se ver tentado a não mencionar ou informar com menos ênfase a seu cliente sobre possíveis contingências)

- (viii) ter especial cuidado na contratação de advogados que tenham trabalhado para os concorrentes dos clientes do escritório – buscando limitar a possibilidade de que informações privilegiadas e que facilitem a ocorrência de conflitos de interesses venham a ser indevidamente propagadas. Vários estudos⁸¹ trazem recomendações sobre como armar bons questionários para prevenir conflitos em relação a advogados novos na estrutura⁸²; e
- (ix) cuidar especialmente da contratação de um advogado que se incorpore ao escritório ou empresa proveniente do setor público, controlando que tenha respeitado o prazo de quarentena e os temas específico aos que tenham – para que a expertise do profissional possa ser devidamente explorada sem que haja risco de o profissional incorrer em eventos de quebra de lealdade; e
- (x) Incorporar nas minutas de contratos de prestação de serviços jurídicos de companhias com advogados externos a obrigação de que estes comuniquem a seu cliente os eventos em que forem consultados pela concorrência – permitindo que a parte potencialmente afetada possa anuir com a contratação, o que não significa que o risco de haver conflitos de interesses estaria plenamente anulado.

CONCLUSÃO

Como vimos ao longo de nosso trabalho, situações impensáveis surgiram em virtude das grandes mudanças na profissão de advogado nos últimos anos. O fato da mobilidade entre setor público e privado ser hoje corrente na prática jurídica é uma moeda de dupla face. Por um lado enriquece as discussões jurídicas e doutrinárias dos profissionais envolvidos nas distintas áreas mas pelo outro lado é fonte geradora de situações de conflito de interesses. Contudo, esses casos podem ser prevenidos com legislação mais moderna, fiscalização mais intensa e penalização mais severa.

⁸¹ FISCHER, James. *Large Law Firm Lateral Hire Conflicts Checking: Professional Duty Meets Actual Practice*. Southwestern Law School Working Paper n° 1022, 2010. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1657087>

⁸² Entre essas recomendações encontramos as seguintes: (i) possuir base de dados de conflitos como meio independente para validar a integridade das divulgações laterais; (ii) gerar questionários em que seja imposto o preenchimento de espaços em branco, com indicações claras sobre o que será informado; (iii) apresentar lista de clientes ao *lateral lawyer* e solicitar que este informe se já os representou ou se participou de transações que os envolva, ou se possui informação confidencial de uma parte relacionada, ou do cliente diretamente e, especialmente para o caso de patronos de entidades públicas, e (iv) checagem de conflitos quanto a teses advogadas em sentido oposto durante a atuação profissional prévia.

Este trabalho procurou identificar os atores dos conflitos de interesses, distinguindo a advocacia pública da privada, seus deveres e obrigações e a base normativa que regulamenta o exercício da profissão.

Ao aprofundar nosso estudo das normas brasileiras sobre conflito de interesses aplicáveis aos advogados percebemos que as leis que regulamentam a advocacia pública são mais detalhadas, completas e rígidas que as que se ocupam do exercício da advocacia privada. Isso resulta da necessidade de priorizar a defesa de um interesse público por sobre o individual. Muitas dessas normas nascem na mesma época em que começam a ser públicos vários casos de lavagem de dinheiro que a sua vez envolvem situações de funcionários públicos e profissionais do setor privado atuando com claro conflito de interesses.

No exercício de comparar as normas brasileiras com as Regras Modelo dos EUA, surgiram alguns diferenciais interessantes. Para começar, as regras americanas sobre o tema apresentam um nível de detalhe muito superior ao CED e ao EA. Cada regra em geral enuncia claramente a proibição, espécies de situações de conflito, atores envolvidos e apresenta soluções para cada caso concreto. Isso facilita muito tanto sua aplicação como sua interpretação.

Em contraposição, as normas brasileiras são muito generalistas, possuem expressões muito mais conceituais, na esfera das aspirações. Isso traz muito mais subjetividade na interpretação das normas. Consideramos que provavelmente isso pode ter sido uma escolha do legislador, em parte porque o órgão que julga os advogados nas questões disciplinares é seu órgão de classe e para os profissionais do setor públicos é também o órgão para o qual seus serviços são prestados. Prevaleceria então certa autonomia e poder dessas entidades.

Já nos EUA é bem comum que estas questões cheguem a ser resolvidas pelo judiciário. Além disso, os países que possuem sistema de *common law* acostumam a ter normas mais detalhadas que os países com sistema civilista.⁸³

Ademais, as regras norte americanas apresentam uma organização e sistematização mais elaboradas, em que as normas são separadas por tópicos, tornando-as inclusive mais fáceis de identificar, enquanto as do CED sobre conflito de interesses estão inseridas na metade de um capítulo sem título que as distinga.

Por último, e em relação às sanções, da comparação surge claramente que as punições no Brasil para este tipo de delito são muito fracas e brandas, não servindo como incentivo para

⁸³ MULLERAT, Ramon. “*The Service of Two Masters Lawyers. Conflicts Of Interest*” *ibid.*, p 16

cumprimento das regras. Nesse sentido concluímos que é necessária uma regulamentação mais específica sobre o tema no Brasil, especialmente para o advogado privado.

Outro tema relevante é a necessidade de sistematização das normas que regem a advocacia com os diplomas legais que disciplinam o vínculo entre o advogado público ente político ou pessoa jurídica cuja estrutura integra. Apesar de o CED incorporar um capítulo sobre a advocacia pública, eles parecem desprotegidos pelo seu órgão de classe em virtude do que surge da jurisprudência dos Tribunais de Ética e Disciplina da OAB do Estado de São Paulo nos quais não exige requisitos objetivos de verificação no órgão público ao qual pertencem.

Em conclusão, este trabalho procura apresentar uma foto atual de como o direito brasileiro trata o tema de conflito de interesses em relação aos advogados públicos e privados como a regulação do combate a essas situações é medida essencial para o aperfeiçoamento da carreira jurídica e defesa da sociedade, eis que a administração da justiça é tema vital para o país, e os advogados desempenham papel crucial nesse sistema. Garantir que o exercício da advocacia esteja seguramente protegido é o contexto em que nosso trabalho se apresenta.

REFERÊNCIAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Rule 1.6 : Confidentiality of Information Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/ Acesso em: 1 dez. 2018.

_____. Rule 1.7: Conflict of Interest: Current Clients. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_7_conflict_of_interest_current_clients.html>. Acesso em: 1 dez. 2018.

_____. Rule 1.8: Conflict of Interest: Current Clients. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/policy/ethics_2000_commission/e2k_rule18rem/ Acesso em: 1 dez. 2018.

_____. Rule 1.10: Imputation of Conflict of Interest: General Rule. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_10_imputation_of_conflicts_of_interest_general_rule/ Acesso em: 1 dez. 2018.

BODINI, C. (2018). *Conflitos de interesse na atuação profissional do advogado público*. adaptado para ser publicado como parte do livro “Ética, Controle E Governança Pública”, FGV Direito SP Research Paper Series n. PL 001.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

_____. Código Civil. 5.ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Regulamenta o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm Acesso em: 1dez. 2018.

_____. Decreto nº 56.130, de 26 de maio de 2015. Dispõe sobre o Código de Conduta Funcional dos Agentes Públicos e da Alta Administração Municipal. Disponível em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/controladoria_geral/coordenadoria_de_pr omocao_da_integridade/index.php?p=225248

Lei n. 11.890/2008, de 24 de dezembro de 2008. Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e Auditoria-Fiscal do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11890.htm. Acesso em: 1 dez. 2018.

_____. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CORSINO, A. M. (2016). *A responsabilidade civil do advogado e do escritório de advocacia pela emissão de pareceres jurídicos*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte.

DEMOTT, D. A. (2015). “*The discrete roles of general counsel*”. Fordham Law Review.

DZIENKOWSKI, J. (1993). “*Positional Conflicts of Interest*.” Texas Law Review.

FISCHER, J. (2010) “*Large Law Firm Lateral Hire Conflicts Checking: Professional Duty Meets Actual Practice*. Southwestern Law School” Working Paper n. 1022.

GODOY, L. (2017). “*Profissão Lobista*”, in JOTA,

GRAVEN, M. (2001). “*To the best of one’s ability: a guide to effective lawyering*” in Georgetown Journal of Legal Ethics.

MILLER, G. (2005). “*From Club to Market: The Evolving Role of Business Lawyers.*” Fordham Law Review.

MULLERAT, R. (2009). “*The Service Of Two Masters Lawyers!. Conflicts of Interest*”.

NUNES GONÇALVES, M. C. (2012). “*Regulamentação do Lobby no Congresso Brasileiro: O Estudo Comparado do Modelo Norte Americano.*” Monografia apresentada ao Programa de

Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/CEFOP.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina/>>. Acesso em: 2 dez. 2018.

RENON, E. (2018). “*Regulamentação do Lobby, Medida Essencial*”, in Um Brasil,.

SHAPIRO, S. P. (2002). “*Tangled Loyalties: Conflict of interest in the legal practice*”, The University of Michigan Press.

WENDEL, W. B. (2017). “*Government Lawyers in the Trump Administration.*” Cornell Legal Studies Research Paper nº 17-04.

WOOLLEY, A. (2014). “*The Lawyer as Advisor and the Practice of the Rule of Law*” 47. UBC Law Review.