

PATROCÍNIO INFIEL

Heleno Cláudio Fragoso

SUMÁRIO: 1. *Antecedentes históricos*; 2. *Patrocínio Infiel e prevaricação*; 3. *O direito brasileiro*; 4. *Objetividade jurídica*; 5. *Sujeito ativo do crime*; 6. *Ação incriminada*; 7. *Culpabilidade*; 8. *Patrocínio simultâneo ou tergiversação*.

1. No direito romano, o patrocínio infiel era chamado de *prevaricação*. *Prevaricatio* vem de *varicare*, que significa, como esclarece ULPIANO, apoiar-se numa e em outra parte¹. Prevaricação era, assim, o abandono doloso da acusação intentada ou o favorecimento dos interesses da parte contrária num litígio: *Praevaricatores appellamus, qui causam adversariis suis donant, et ex parte actoris in partem rei concedunt* (D. 50.16.212): *qui diversam partem adiuvat prodita causa sua* (D. 47.15.1).

Segundo MOMMSEN, embora a criação desse delito possivelmente provenha do processo civil, não se conseguiu estabelecer a sua existência, a não ser no processo das *quaestiones*². Se o crime era cometido pelo acusado, denominava-se *tergiversação*;

¹ D. 5.16.212: *a varicando praevaricatores dicti sunt*. A mesma etimologia é atribuída a LABEÃO em outra passagem do *Digesto* (47.15.1): *quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait*. CARRARA, *Programma*, § 2594, entende que *prevaricação* deriva do verbo *praevaricari*, que significa desviar-se do caminho reto.

²² MOMMSEN, *Droit Pénal Romain*, Trad. Duquesne, Paris, 1907, vol. II, p. 192. Como se sabe, o sistema das *quaestiones perpetuae* surgiu em 149 AC, com a *Lex Calpurnia de repetundis*, para punição da extorsão praticada no recolhimento dos impostos. Era um tribunal de jurados permanentes, encarregados de fazer o inquérito, presidido por um magistrad, substituindo os julgamentos populares pelos comícios. Logo o processo foi reconhecido pelos líderes populares, como de extraordinária significação política (LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 26ª ed., p. 39) e com a *Lex Sempronia* (123 AC) estenderam-se os poderes do tribunal. O processo das *quaestiones* tornou-se a regra em matéria penal (*iudicia publica legitima*) e cada crime ou grupo de crimes é julgado por uma *quaestio*. Ao tempo de SILA eram sete as *quaestiones perpetuae* (*maiestatis, ambitus, repetundae, sacrilegium, de sicariis et veneficiis*, injúrias graves e *jalsum*). Posteriormente, surgem às *quaestiones* para o rapto e o *crimen vis*, aparecendo, ao tempo de AUGUSTO, as relativas aos crimes de adultério e de usura. A acusação podia ser promovida por qualquer cidadão. O sistema das *quaestiones* permaneceu em vigor até o século III, mas desde o Principado de AUGUSTO (27 DC) começa a sofrer a concorrência de um processo mais conforme à nova constituição e ao novo espírito do Estado (BONFANTE, *Histoire du Droit Romain*, Paris, 1928, vol. I, p. 475). Inicia-se então o processo chamado extraordinário (*cognitio extraordinem*), no qual era dispensada a acusação formal, procedendo de ofício os órgãos do Estado (senado, sob presidência do

nos demais casos, *colusão*³. O acusador que abandona a causa, por entendimento com o acusado, além da repetição do que poderia ter recebido a título de corrupção, era punido com as penas do *calumniator*, perdendo sua honorabilidade cívica⁴. Posteriormente, aparece cominada pena extraordinária⁵.

De notar, porém, que a expressão *prevaricador* não era propriamente empregada em relação ao advogado (*ceterum advocatus non proprie praevaricator dicitur*). Traíndo, porém a causa, e, assim, prevaricando, era ele punido extraordinariamente⁶.

Os praxistas, no entanto, seguindo a orientação traçada pelo Direito Romano, consideravam prevaricadores os advogados e procuradores que traissem os interesses da causa, sendo o fato considerado *crimen falsi*. MENOCHIO, por exemplo, afirmava: *Advocati et procuratores suos clientulos prodentes praevaricatores sunt*⁷. Remonta aos práticos um sentido amplo, porém, segundo o qual passou-se a entender por prvaricação o desvio dos deveres do próprio ofício. CARRARA entendia por prevaricação os abusos praticados pelos patronos dos litigantes, em prejuízo destes e contra a confiança outorgada, mas reconhecia no vocábulo um sentido jurídico mais amplo, segundo o qual se designaria por prevaricação qualquer ato de um funcionário público, com o qual ele se aparta dos deveres de seu próprio ofício ou o usa para fim ilícito⁸. Nesse sentido o código sardo, de 1859, empregava a palavra *prevaricazione*.

2. Aparece, assim, o patrocínio infiel, em alguns códigos do século passado, juntamente com a prevaricação de funcionários públicos e juízes, de forma bastante

consul, até à época de DIOCLECIANO, 284-300 DC, e, posteriormente, funcionários imperiais), com grande liberdade forma a latitude na apreciação dos delitos e imposição das penas.

³ D. 48.16.1 § 6: *Pravariatorem eum esse ostendimus, qui colludit cum reo, et translaticie munere accusandi defungitur eo, quod proprias quidem probationes dissimularet, falsas verorei excusationes admitteret, cf. CARRARA, Programma, § 2596.*

⁴ MEMMSEN, ob. cit., p. 193-4.

⁵ D. 47.15.2: *Sciendum, quod hodie iis, qui praevaricati sunt, poena iniungitur extraordinaria*. Um texto de PAULO (D. 47.15.6) refere-se a um rescrito dos imperadores SEPTIMIO SEVERO e ANTONINO, mandando punir os prevaricadores com a mesma pena a que estariam sujeitos se os mesmos tivessem incorrido na lei em virtude da qual o réu foi absolvido, pela prevaricação.

⁶ D. 47.15.1 § 1. Mais severa punição para o procurador que favorece o procurador *ex-adverso* está prevista no D. 48.19.38 § 8: *si himilior sit, in metallum damnatur, si honestior, adempta parte honorum dimidia in perpetuum relegatur*.

⁷ *Apud* MANZINI, Trattato, 1950, vol. V, p. 861. A pena era extraordinária: *poena autem praevaricatoris est quidem extraordinaria et arbitrio iudicis imponenda* (DECIANO).

⁸ CARRARA, *Programma*, § 2594.

imprecisa e confusa. Tal era o caso dos códigos espanhol e português⁹. O Código alemão, de 1871, contemplava o crime entre as infrações penais dos funcionários públicos (§ 356), critério defeituoso, que os códigos modernos abandonaram. MAURACH explica a orientação desse código, esclarecendo que, à época de sua promulgação, os advogados, na Alemanha, em sua maior parte eram funcionários públicos¹⁰.

Como crime contra a administração da justiça, o patrocínio infiel aparece no Código Zanardelli (arts. 222 e 223), com o nome de *prevaricazione*, reservado exclusivamente a essa espécie de delito. O mesmo critério foi mantido no Código Rocco (arts. 380 e 381). Alguns códigos modernos, mantiveram, como se vê, a designação tradicional do delito¹¹.

3. Nosso código imperial era omissivo a respeito deste crime, embora as Ordenações Filipinas determinassem o confisco dos bens “do Procurador del Rei, que prevaricou seu feito, e por cuja causa perdeu El-Rei seu Direito” (L. II, t. 26 § 24). O Código de 1890, porém, o previa juntamente com a prevaricação, contemplando diversas hipóteses, e dando-lhe configuração jurídica defeituosa. Sob a rubrica de *prevaricação*, incluía-se o fato no capítulo. Sob a rubrica de *prevaricação*, incluía-se o fato no capítulo *Das malversações, abusos e omissões dos funcionários públicos*, no título relativo aos crimes contra a boa ordem e administração pública.

⁹ Veja-se o vigente código espanhol, que basicamente mantém o sistema do código de 1870 (arts. 360 e 361) e o código português, atualizado segundo a reforma de 1954 (art. 289). O critério defeituoso do código espanhol passou a numerosos códigos da América Latina: Argentina (art. 271); Costa Rica (art. 391); Cuba (arts. 301 e 302); Guatemala (art. 247 §§ 2 e 3); Honduras (arts. 360/361); Nicarágua (art. 227); Peru (arts. 354/357); El Salvador (art. 385 §§ 3 e 4). Com os crimes de funcionários, prevê, igualmente o fato o vigente código austríaco (§ 102, letra d), que pune “*ein Rechtsanwalt oder anderer beeideter Sachwalter, der zum Schaden seiner Partei dem Gegenteile in Verfassung der Rechtschriften oder sonst mit Rat und Tat behilflich ist*”. Já a *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768, em seu artigo 89 punia “*die Untreue von Rechtsfreunden und Sachwaltern, so zu Schaden ihrer Parthey handeln*”. A *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), também previa o fato no art. 115, punindo o procurador que agisse, em matéria civil ou penal, em prejuízo de seu cliente e em favor da parte adversa (cf. ALLFELD MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1922, p. 610).

¹⁰ MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Lehrbuch*, bes. Teil, 1956, p. 642. Cf. ainda, SCHOENKE-SCHROEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1954, p. 967. Os projetos de 1925 (§ 181); 1927 (§ 195) e 1930 (§ 195) passaram a incluir o patrocínio infiel (*Parteiverrat*) entre as ofensas à administração da justiça (*Schädigung der Rechtspflege*). Essa orientação foi mantida nos projetos alemães de 1960 (§ 438) e 1962 (§ 438).

¹¹ O sistema e o *nomen juris* adotados pelo código italiano aparecem no código do Panamá (arts. 195/196), do Uruguai (arts. 194 e 196) e da Venezuela (arts. 251/254). O Código Colombiano, capitulando o patrocínio infiel entre os crimes contra a administração da justiça, chama-o de *colusion*. O do México, em título autônomo (*crimes contra a responsabilidade profissional*), prevê os delitos de advogados, patronos e litigantes (arts. 231 e 233).

O art. 209 de nosso primeiro código republicano dispunha: Ficarão compreendidos na disposição do artigo precedente, e serão julgados pela mesma forma que os funcionários públicos, o advogado ou procurador judicial: 1. que conluir-se com a parte adversa e, por qualquer meio doloso, prejudicar a causa confiada ao seu patrocínio; 2. que, ao mesmo tempo, advogar ou procurar cientemente por ambas as partes; 3. que solicitar do cliente dinheiro, ou valores, a pretexto de procurar favor de testemunhas, peritos, intérpretes, juiz, jurado ou de qualquer autoridade; 4. que subtrair ou extraviar, dolosamente, documentos de qualquer espécie, que lhe tenham sido confiados e deixar de restituir autos que houver recebido com vista ou em confiança”. A pena cominada era a de privação do exercício da profissão por dois a quatro anos, e multa de 200\$000 a 500\$000, “além das mais em que incorrerem pelo mal que causarem”. Seguia, assim, o antigo critério, reunido sob o mesmo título diversas figuras de delito, que o código vigente, com melhor técnica, destacou.

Previu o código vigente, os crimes específicos do advogado ou procurador como tal, entre as ofensas à administração da justiça. *Patrocínio infiel* é a ação de “trair na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio em juízo, lhe é confiado” (art. 355). No parágrafo único, sob a rubrica *Patrocínio simultâneo ou tergiversação*, estabelece o código: “Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente partes contrárias”. A pena cominada é de *detenção*, de seis meses a três anos e multa de Cr\$ 2.000 a Cr\$ 15.000. O art. 356, sob o nome de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório* pune a ação de “Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador”. A exploração de prestígio, que o código de 1890 previa como crime próprio de advogado, recebeu configuração mais ampla, no art. 357 pois é evidente que pode ser praticada por qualquer pessoa, atingindo o prestígio da administração da justiça.

4. A advocacia constitui hoje um *munus público*, abandonada a antiga concepção que nela via atividade privada de uma profissão liberal como as demais. A lei 4.215 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), de 27 de abril de 1963 deixou bem clara a função pública essencial que os advogados desempenham, estatuinto, em

seu artigo 68 que “no seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da justiça”. O principal dever dos advogados é o de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e rápida administração da justiça, e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (art. 87, I). São, assim, os advogados órgãos da justiça, e não simples auxiliares dela¹², esclarecendo a lei que “entre juízes de qualquer instância e os advogados não há hierarquia nem subordinação” (art. 69).

Projeta-se, assim, a atividade dos advogados num plano que transcende os interesses particulares do profissional e de seus clientes.

Em relação ao crime de patrocínio infiel é, portanto, evidente que o objeto da tutela jurídica é o interesse do Estado na perfeita administração da justiça. Os interesses dos litigantes relacionados com a atuação de advogados e procuradores são apenas tutelados de forma secundária e indireta.

5. Trata-se de *crime próprio*. Sujeito ativo somente pode ser advogado ou procurador judicial. Advogado, segundo estatui a lei 4.215, em seu artigo 63, é denominação privativa dos bacharéis inscritos na Ordem dos Advogados, não bastando, portanto, a condição de diplomado em ciências jurídicas e sociais. *Procurador judicial* será o *solicitador*, categoria que a vigente lei 4.215 substituiu pela de *estagiário*, bem como o *provisionado*. Estagiário é o bacharel ou estudante matriculado no 4º ou 5º ano de Faculdade de Direito, que se inscreve na Ordem na conformidade do que dispõe o art. 49 do Estatuto. *Provisionado* é aquele que presta os exames a que alude o art. 52 e obtém a provisão passada pelo Presidente do Conselho da Ordem, para exercício da profissão “em três comarcas, no máximo, em cada uma das quais não advoguem mais de três profissionais”. O provisionamento somente pode exercer a advocacia em primeira instância.

Exige, pois, o crime, por parte do agente, a qualidade de advogado, estagiário ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados, podendo excepcionalmente tratar-

¹² RUY DE AZEVEDO SODRÉ, *O advogado, a regulamentação e a ética profissional*, 1963, p. 36.

se de pessoa não formada, na hipótese do art. 75 do Estatuto¹³. A lei declara nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoas não inscritas na Ordem ou por inscritos impedidos ou suspensos¹⁴.

É irrelevante, para a configuração do delito, o fato de ser o advogado ou procurador remunerado ou não; e tanto faz que tenha sido escolhido pela parte ou nomeado pelo juiz¹⁵. Pode o crime ser praticado inclusive, pelo defensor público. Não é indispensável que exista um mandato formal¹⁶, mas é necessário que haja defesa aceita ou, como diz a lei, patrocínio confiado ao agente e aceito por este. CARRARA dizia que todos estão de acordo em limitar a criminalidade ao caso de *defesa aceita*, ou seja, de mandato definitivamente conferido¹⁷. Isso exclui que possa configurar-se o delito com a simples *consulta* ou *parecer*, que poderão dar lugar a mera transgressão disciplinar ou ao crime de violação de segredo profissional¹⁸. Perante nossa lei, pressupõe o crime, em suma, por parte do agente, a condição de advogado ou procurador, no patrocínio *atual* de interesse em juízo¹⁹.

Essa limitação, que prevalece em nosso direito também para o crime de patrocínio simultâneo ou tergiversação, não mais se justifica hoje, tendo em vista os múltiplos aspectos em que se desenvolve modernamente a atividade profissional do advogado²⁰. O código penal alemão, aliás, de forma mais ampla, no § 356, que prevê o crime de patrocínio simultâneo, não exige que haja processo judicial, sendo punível o advogado que na mesma questão (*derselben Rechtssache*) serve a ambas as partes,

¹³ O dispositivo citado permite à parte defender seus direitos por procurador apto, mediante licença do juiz competente, desde que não haja ou não se encontre presente na sede do juízo advogado ou provisionado; se se recusarem a aceitar o patrocínio da causa ou se estiverem impedidos os presentes na sede do juízo; ou se não forem da confiança da parte os profissionais existentes. Em tais casos, tratando-se de matéria criminal, qualquer cidadão apto poderá ser nomeado defensor do réu.

¹⁴ Lei 4215, art. 76.

¹⁵ Nesse sentido, cf. *Rev. For.*, vol. 100, p. 555.

¹⁶ A lei 4215, em seu artigo 70, estabelece que, salvo nos processos de *habeas corpus*, o advogado postulará em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato, que pode ser outorgado em instrumento particular datilografado, ou por termo nos autos. Todavia, afirmando urgência ou razão instante, pode o advogado apresentar-se sem procuração do cliente, obrigando-se, independentemente de caução, a exibí-la no prazo de quinze dias, prorrogável até outros quinze, por despacho do juiz ou autoridade competente.

¹⁷ CARRARA, *Programma*, § 2001.

¹⁸ MANZINI, *Trattato*, vol. 5, p. 866; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1962, vol. V, p. 211.

¹⁹ O Código Argentino (art. 272) pune também os fiscais, assessores e demais funcionários encarregados de emitir parecer perante as autoridades, disposição que inclui não só o M.P. como também os curadores, etc.

²⁰ Cf. art. 71 da lei 4215: “Advocacia compreende, além da representação em qualquer juízo ou tribunal, mesmo administrativo, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consulta e assessoria e as funções de diretoria jurídica”.

através de conselho ou assistência²¹. O anteprojeto NELSON HUNGRIA (art. 384), no entanto, não introduziu alterações na lei vigente.

Sujeito passivo, tendo-se em vista a objetividade jurídica do delito, é primariamente o Estado, como titular do bem interesse atingido pela ação delituosa. De forma secundária, entram nessa categoria também as pessoas prejudicadas pela infidelidade do profissional.

6. A ação incriminada consiste em trair dever profissional, prejudicando interesse cujo patrocínio em juízo tenha sido confiado ao agente. Tem-se, assim, em vista, o *dever profissional* do agente, e não a pretensão da parte ao outorgar-lhe mandato.

Isto é particularmente importante, pois pode haver crime sem que haja violação do mandato, se o agente transgredir *dever profissional*. Nesse caso, é irrelevante o consentimento do cliente²². Tenha-se em vista que o dever fundamental do advogado é o de pugnar pela boa aplicação das leis e pela realização da justiça o que desde logo revela que é indispensável tratar-se de interesse *legítimo* do cliente. Não haverá crime se veio a ser prejudicado interesse ilegítimo, mesmo se, no caso concreto, o advogado infringir a norma que lhe impõe o dever de aplicar todo o zelo e diligência, e os recursos de seu saber, em prol dos direitos que patrocinar²³. É dever do advogado recusar o patrocínio de causa que considere imoral ou ilícita, salvo a defesa em processo criminal²⁴. Por outro lado, se a ação atingisse interesse ilegítimo, não haveria, a rigor, *prejuízo*²⁵, nem haveria ofensa ao objeto da tutela jurídica. Não há dúvida, pois, que deve tratar-se de interesse legítimo²⁶.

²¹ CARRARA, *Programma*, § 2001.

²² MANZINI, *Trattato*, vol. V, p. 866.

²³ Código de Ética, Seção 3ª, inciso I.

²⁴ Lei 4215, art. 87, inciso XIII, Código de Ética, Seção 2ª, inciso I, letrag.

²⁵ MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1962, vol. IV, p. 548: “contrariar pretensão ilícita ou ilegal não é causar prejuízo”.

²⁶ NELSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. IX, p. 520; MANZINI, *Trattato*, vol. V, p. 868: *Il nocumento deve essere recato a interessi legittimi della parte. Non si há um nocumento, giuridicamente considerabile quando sai stato lesu un interesse ilegítimo, sai pure con una condotta professionalmente riprovevole.*

A ação deve ser praticada relativamente a *causa judicial* (civil, penal ou administrativa)²⁷. A atuação extra judicial do advogado ou procurador como já assinalamos, não pode dar lugar ao crime que estudamos.

O crime é comissivo, mas pode ser praticado por ação ou por omissão, revestindo a modalidade do fato variadas formas. A título de exemplo, poderíamos indicar a dolosa inobservância de prazos processuais; a violação de segredo profissional, em favor da parte contrária (hipótese em que haveria concurso com o crime do art. 154 Cod. Penal); a dolosa alteração, supressão ou ocultação dos meios de prova (hipóteses em que haveria concurso com os crimes dos artigos 536 ou 305 Cod. Penal); a provocação de decadência, preempção ou prescrição; perda de prazos para contestação ou recurso; a não contestação de fatos importantes da causa ou a não produção de prova; a provocação de nulidades processuais, etc.

Em qualquer caso, deve sobrevir efetivo e relevante *prejuízo* a interesse do cliente, o que constituirá o momento consumativo do crime. Não basta um dano potencial. O prejuízo pode ser de qualquer natureza (patrimonial ou moral). O crime é material e haverá tentativa no caso de não sobrevir prejuízo, por circunstâncias alheias à vontade do agente. Tenha-se, porém, em vista que a causação de prejuízo não é decisiva, pois a ação incriminada não é causar prejuízo ao cliente (fato que dá lugar à responsabilidade civil do advogado), mas sim *trair o dever profissional*, causando prejuízo.

Se o agente patrocina interesse de várias pessoas numa demanda, e a todas causa prejuízo com sua ação, haverá *concurso formal* de delitos (art. 51 § 1º Cód. Penal), devendo, no entanto, ser aplicada *cumulativamente* a pena, se nesse concurso houve *desígnios autônomos*.

A antijuridicidade do fato poderá excluir-se pelo *consentimento do ofendido*, desde que a matéria sobre a qual versa a ação constitua bem jurídico disponível.

²⁷ O Código Colombiano (art. 197) pune mais severamente a violação de dever profissional em processo criminal. É o sistema do Código italiano (art. 380), que inclusive agrava especialmente a pena, se o crime imputado ao cliente é punido com a morte, o ergástulo ou reclusão superior a cinco anos. Esse critério era também adotado pelo Código Zanardelli (art. 223). É evidente a maior gravidade da ofensa em tal caso.

Segundo a exata lição de MANZINI, a disponibilidade válida somente se pode admitir quando o prejuízo atinge exclusivamente interesses privados do cliente, mas não quando são lesados interesses públicos, ainda que personificados na parte. Esta, por exemplo, pode validamente consentir na ação ou omissão do patrocinador dirigida a fazê-la perder uma causa relativa a direitos reais ou obrigacionais, mas não uma causa referente ao estado das pessoas. E o acusado em processo criminal não pode validamente consentir em ser condenado ou de outra forma prejudicado, porque o interesse da defesa penal constitui superior interesse de justiça²⁸.

7. A punibilidade do fato exige o *dolo*, que é genérico, consistindo na vontade dirigida à violação do dever profissional, ou na assunção do risco dessa violação (dolo eventual), tendo o agente consciência do prejuízo que causará ou que poderá sobrevir.

Não se exige o fim de lucro, que a CARRARA parecia imprecindível, pois o grande mestre via na venalidade do profissional o elemento político indispensável para dar à infidelidade o caráter de delito civil²⁹. Esse critério, no entanto, acertadamente, não encontrou acolhida nas legislações.

Não se exige, por outro lado, o propósito de causar prejuízo, como parece a ANTOLISEI³⁰, sendo igualmente inadmissível considerar a superveniência do prejuízo um requisito puramente objetivo, como parece a MANZINI³¹. Deve o agente ter, pelo menos, a consciência de que se sacrificam os interesses do próprio cliente³².

8. Pune nossa lei, da mesma forma que o patrocínio infiel, o *patrocínio simultâneo ou tergiversação*, definido no parágrafo único do art. 355: “Incorre da pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defenda na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias”.

²⁸ MANZINI, *Trattato*, vol. V, p. 868; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, 1954, vol. II, p. 730.

²⁹ CARRARA, *Programma*, §§ 2594 e 2605.

³⁰ ANTOLISEI, *Manuale*, p. 730; *Il dolo consiste nella volontà di recare il nocumento com la coscienza di venir meno ad um dovere professionale*.

³¹ MANZINI, *Trattato*, vol. V, p. 870: *La verificação del nocumento é um requisito meramente obiettivo, richiesto per la consumazione del reato*.

³² SOLER, *Derecho Penal Argentino*, vol. V, p. 213.

Essa modalidade de patrocínio infiel já era prevista em parte pelo nosso código anterior (art. 209 n° II), e constitui o tipo tradicional da prevaricação, que remonta ao direito romano.

São duas as condutas típicas previstas pela lei: patrocínio simultâneo e patrocínio sucessivo de partes contrárias. Deve tratar-se, em qualquer caso, de *processo judicial*, seja qual for a sua natureza (penal, civil ou administrativo) e constitui pressuposto do fato que a ação ocorra relativamente à mesma causa.

A *mesma causa* determina-se de forma ampla, tendo-se em vista o conteúdo jurídico e de fato dos interesses confiados ao patrono e não a pretensão isolada do cliente na demanda judicial³³. Como ensina MAURACH, decisivo é o conteúdo de fato e de direito do conjunto geral (*Gesamtkomplex*) da causa, sendo inteiramente irrelevantes as limitações formais do mandato³⁴. Não se considera portanto a identidade de relação jurídica material tão somente, sendo indiferente a identidade de processo. Uma ação penal e outra civil (ressarcimento do dano *ex-delicto*) podem ser mesma causa. A defesa de acusado em processo penal e o processo contra testemunha no mesmo processo por depoimento falso, por exemplo, constituem *mesma causa*. A expressão tem, portanto, um sentido amplo, devendo ser exatamente determinada tendo-se em vista as exigências da específica tutela jurídica, em relação a esta figura de delito.

Deve o patrocínio ocorrer em relação a *partes contrárias*, e como tal devem ser entendidas as que se acham em posição antagônica no processo, pois em nosso direito só pode o crime ser praticado em relação a processo judicial. Diversa é a situação no direito alemão, que configura o crime de forma mais ampla, como já referimos³⁵.

³³ SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, p. 968.

³⁴ MAURACH, *Lehrbuch*, p. 642.

³⁵ SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, p. 968; SAUER, *System*, p. 521. O Código de Ética, na Seção 2ª, inciso I, letra k, alinha entre os devedores do advogado “não assumir o patrocínio de interesses que possam entrar em conflito, salvo depois de esclarecidos os próprios interessados. Consideram-se estes esclarecidos, quando, cientemente, constituem o mesmo advogado”.

Pode o crime ser praticado diretamente ou por interposta pessoa, circunstância a que alude expressamente o código italiano (*anche per interposta persona*)³⁶. É indiferente que o patrocínio infiel seja exercício de forma onerosa ou gratuita, ou ainda que a parte prejudicada tenha perdido o pleito, ou não³⁷.

Na hipótese de patrocínio simultâneo, o agente defende interesses opostos (por si ou através de terceiros, que serão co-autores), não se exigindo uma contemporaneidade de atos processuais. No patrocínio sucessivo (tergiversação), o agente passa de um lado a outro, assumindo o patrocínio da parte adversária³⁸.

O crime é formal (ao contrário da forma prevista no *caput* do art. 315) e se consuma no momento e no lugar em que o agente pratica qualquer ato processual relativo ao patrocínio simultâneo ou sucessivo de partes contrárias, não bastando o simples fato de receber mandato. Perante o código italiano basta *assumir a defesa*, situação de maior amplitude, consumando-se o crime com a mera aceitação do mandato³⁹.

Diversamente do que ocorre com o patrocínio infiel, é irrelevante a superveniência de prejuízo⁴⁰, que todavia o juiz deverá considerar na medida da pena.

De nenhuma eficácia é o *consentimento* da parte contrária, na hipótese de patrocínio simultâneo, solução que não admite qualquer possibilidade de dúvida, face ao interesse prevalente da reta administração da justiça. Todavia, no patrocínio *sucessivo*, entendemos que o consentimento do anterior cliente exclui a antijuridicidade da ação. O direito italiano é expresso nesse sentido, ensinando ao propósito, MANZINI: *La legge há ritenuto, nel caso presente, non tanto che la parte possa*

³⁶ HUNGRIA, *Comentários*, vol. IX, p. 521; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, vol. V, p. 212.

³⁷ Antiga e tranqüila doutrina nesse sentido. Cf. CARRARA, *Programma*, §§ 2598 e 2599.

³⁸ O Código Colombiano não prevê expressamente o patrocínio sucessivo, que no entanto é admitido pela melhor doutrina. Cf. JESUS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*, Bogotá, 1965, p. 379.

³⁹ É a orientação desejável. Nessa hipótese MANZINI, *Trattato*, VOL. v, P. 883, exclui a possibilidade de tentativa, o que não ocorre em nosso direito. Cf. HUNGRIA, *Comentários*, vol. IX, p. 522: “Consuma-se o crime com o primeiro ato revelador do patrocínio simultâneo ou sucessivo. Não basta que o advogado ou procurador haja recebido mandato *ab ultraque parte*: cumpre que efetivamente exerça ambos, contemporaneamente, ou um depois do outro”.

⁴⁰ É a solução que em geral prevalece nas diversas legislações. O Código alemão vigente (§ 356) agrava a pena se o agente conluiou-se com a parte adversária, em prejuízo da parte que representa (*Handelt derselbe im Einverständnis mit der Gegen partei zum Nachtheile seiner Partei, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein*).

*disporre dell'interesse tutelado con l'incriminazione del fatto preveduto nel capoverso dell'art. 381 (interesse eminentemente pubblico e quindi indisponibile), ma che, consentendo essa il passaggio del patrocinatore o del consulente tecnico alla difesa, assistenza o rappresentanza dell'altra parte, non vi sia più lesione o esposizione a pericolo dell'interesse concernente l'amministrazione della giustizia*⁴¹.

É claro que o entendimento com a parte contrária visando o acordo e a por fim ao litígio, é perfeitamente legítimo⁴².

O fato é punível a título de dolo, devendo o agente ter consciência de que atua na mesma causa. Não se exige o fim de lucro, sendo irrelevante o fim ou motivo de agir. Haverá co-autoria se a parte adversária a que o agente passa a servir, de alguma forma concorre para o crime, o que poderá ocorrer, por exemplo, através da oferta de honorários especiais⁴³.

A pena cominada é de *detenção*, de seis meses a três anos, e multa, de dois mil a quinze mil cruzeiros. É perfeitamente aplicável a pena acessória de interdição de direitos, prevista no art. 69 n° IV, que prevê a incapacidade temporária para o exercício da profissão. Não há dúvida de que na hipótese o crime é cometido com abuso de profissão e com infração de dever a ela inerente (art. 69 § único, IV).

⁴¹ MANZINI, *Trattato*, vol. V, p. 882. Na Alemanha, os autores e a jurisprudência dos tribunais são categóricos no sentido de negar relevância ao consentimento. Cf. WELZEL, *Strafrecht*, p. 448; SAUER, *System*, p. 521. O código espanhol (art. 361) segue o sistema da lei italiana: *El abogado o el procurador que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después sin su consentimiento a la contraria em el mismo negocio, o la aconsejare*. Seguindo a melhor orientação, igualmente não limita o crime de atos de defesa.

⁴² De notar que o código de Ética (seção 3ª, inciso VIII, letra g) proíbe ao advogado entender-se diretamente com a parte adversa, que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

⁴³ Solução tranqüila na doutrina e na jurisprudência alemãs, e a nosso ver indubitável. Cf. WELZEL, *Strafrecht*, p. 448; MAURACH, *Lehrbuch*, p. 643; SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, p. 969.