

**O ADVOGADO PERANTE A INJUSTIÇA DA LEI E DA CAUSA  
- O PODER DE ESCUSA -**

**ÍNDICE**

<b>1. Introdução</b>	<b>3</b>
<b>2. A Justiça, a Ordem Jurídica e a Advocacia</b>	<b>4</b>
2.1 - A Justiça e a Ordem Jurídica	4
2.1.1 - Orientações Jusfilosóficas	5
2.1.1.1 - O Positivismo Legalista	5
2.1.1.2 - A Justiça como compromisso com o Direito Natural	5
2.1.1.3 - Posição Adoptada	6
2.2 - A Justiça e a Advocacia	7
2.2.1 - A Lei	7
2.2.2 - O Foro	9
2.2.2.1 - A Retórica Forense	9
2.2.2.2 - A Hermenêutica	10
<b>3. Conceito de Lei Injusta</b>	<b>10</b>
<b>4. O Jurista perante uma lei injusta</b>	<b>12</b>
<b>5. O Advogado perante a lei injusta</b>	<b>16</b>
5.1 - Pressupostos	16
5.2 - Conflito de Deveres	17
5.3 - A Justiça como Dever Preponderante	18
<b>6. A Consciência do Advogado</b>	<b>20</b>
<b>7. O Patrocínio Oficioso</b>	<b>22</b>
7.1 - O Contrato de Patrocínio Oficioso	22
7.2 - O Poder de Escusa e seus Limites	23
7.3 - A intervenção da Ordem dos Advogados	25
<b>8. Casos de Fronteira</b>	<b>26</b>
<b>9. Jurisprudência Injusta</b>	<b>28</b>
<b>10. Causa Injusta</b>	<b>31</b>
10.1 - Falta de Fundamento	31
10.2 - Meios Injustos	34
10.2.1 - Meios de Defesa Falsos	34
10.2.2 - Expedientes Dilatórios	37

11. Problematização acerca do poder de escusa	39
12. Conclusões	41
13. Término	43
14. Fontes	45

## 1 - INTRODUÇÃO

“A realidade social é uma realidade de ordem”, nas palavras de Baptista Machado<sup>1</sup>. Constituindo o Direito uma parte integrante dessa “ordem”, pressupõe a existência de Instituições, enquanto ordenações estruturantes indispensáveis à sua dinâmica e intervenção.

Actualmente, as constantes mudanças no poder político, a avassaladora produção legislativa, as quotidianas notícias de criminalidade que verticalmente atravessam toda a sociedade e a burocracia inoperante criam no comum do cidadão uma sensação de insegurança e de profunda descrença na administração da justiça.

A temática da crise da justiça é debatida generalizadamente nas sociedades modernas. Não raramente surgem na comunicação social os denominados “opinion makers” que, pela idoneidade intelectual que lhes é reconhecida - não obstante as mais variadas formações de raiz e orientações politico-partidárias - , comentam e problematizam acerca desta “crise”, sem que, no entanto, dela augurem a nossa saída.

Em *Ética e Direito*, António Arnaut define o Direito como o conjunto de leis que se destinam a prevenir e dirimir conflitos, e a realizar a justiça<sup>2</sup>. Embora configure uma realidade normativa, o Direito, porque historico-comunitariamente condicionado, está em contínua mutação. Enquanto sujeito activo do Direito e suas instituições, o Advogado progressivamente desempenha uma finalidade essencial à realização do Estado de Direito.

Temáticas como a pena de morte, discriminações raciais e *apartheid*, eutanásia, aborto e direito à livre disposição do corpo, trespassam-nos com a certeza de que a lei é injuntiva no atinente às convicções pessoais de cada um. Por isso vamos abordar a atitude do causídico face às causas que considera injustas, designadamente por injusta ser a lei a prosseguir. Tal questão surge não só pelo regime de monopólio do Advogado enquanto defensor judicial das pretensões dos particulares<sup>3</sup>, mas, outrossim, porquanto jurisgenicamente não se resume a um mero núncio ou porta-voz da vontade do constituinte<sup>4</sup>.

Missionário dos seus representados, o Advogado “vive a pedir justiça para todos os que a procuram, por se sentirem feridos na sua integridade global.”<sup>5</sup>.

Na barra e fora dela, mais do que “homem da lei” surge o Advogado como “homem político”. Pois, intrínseca à profissão é a preponderância dos valores em função da qual ela existe, enquanto sua defensora: valores tão nobres quanto a justiça e a inerente dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

## 2- A JUSTIÇA, A ORDEM JURÍDICA E A ADVOCACIA

<sup>1</sup> J. Baptista Machado, em *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 12ª impressão, Almedina, pág. 13.

<sup>2</sup> António Arnaut, em *Ética e Direito*, Livraria Mateus, pág. 12

<sup>3</sup> Artigo 61º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005 de 26/01)., e artigo 6º n.º 1 da L.O.F.T.J. .

<sup>4</sup> Para mais considerações sobre este ponto, vide Alberto Luís, em *A Advocacia como profissão de interesse público*.

<sup>5</sup> A expressão é de Abranches de Soveral, em *Função Social do Advogado*, in R.O.A., Ano 49, 1989, pág. 298.

## 2.1 - A Justiça e a Ordem Jurídica

*“Fiat justitia, pereat mundus”*

*Faça-se justiça, embora pereça o mundo*

*Imperador Fernando I de Absburgo*

Para uma **definição de Justiça**, podemos recorrer a Castanheira Neves<sup>6</sup>, que a enuncia como “a intenção e a exigência, normativamente integrante e dinâmica, do reconhecimento de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo constituído por todos.” .

Mas será o valor “Justiça” um valor absoluto aos olhos do legislador ordinário e do legislador constitucional? Será que o sistema jurídico, não só como um todo (que através da sua auto-referência mantém a sua unidade e integridade) mas também como positivação (de conteúdos normativos em normas jurídicas) acolhe a justiça como máxima a prosseguir pelo Direito e, neste sentido, pelos operadores jurídicos?

A resposta não se nos afigura como inequívoca, porquanto o enquadramento legal da questão também o não é. Senão, vejamos.

A Constituição da República Portuguesa determina, no n.º 1 do artigo 202º, que os tribunais administram a justiça em nome do povo. Não obstante, o subsequente artigo 203º estatui que os tribunais apenas estão sujeitos à lei, e reforçando tal princípio enformador do poder judicial encontramos os artigos 3º e 4º n.º 1 da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (L.O.F.T.J.), bem como os artigos 3º e 4º do Estatuto do Magistrados Judiciais.

Curiosa e paradoxalmente, a Constituição de 1933 estabelecia como limites “*na ordem interna a moral e o direito*” (artigo 4º), parecendo consagrar uma mais ampla ideia de Direito, comparativamente com o artigo 203º da actual Lei Fundamental.<sup>7</sup>

Mas terá sido intenção do legislador constitucional proceder à dicotomia entre a lei e a justiça na ordem jurídica portuguesa?

Porquanto parecem sobrelevar duas possíveis abordagens jusfilosóficas, as disposições legais, quer de índole ordinária quer constitucional, mencionadas *supra* poderão deixar o intérprete confundido acerca de qual a teleologia inerente ao sistema: se o valor da justiça, se o positivismo legalista.

### 2.1.1 - Orientações Jusfilosóficas

#### 2.1.1.1 - O Positivismo Legalista

A primeira das orientações parece seguir no sentido da consagração do adágio latino “*dura lex sed lex*”, como afirmação de uma máxima juspositivista. Enquanto corrente de pensamento, o Positivismo

<sup>6</sup> A. Castanheira Neves, em *Justiça e Direito*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. LI, 1975, págs. 261-262.

<sup>7</sup> Para mais considerações sobre esta perspectiva, vide Sílvio Barroso, em *Uma Questão de Filosofia do Direito*, in Boletim do Cons. Distrital de Coimbra da O.A., Ano IV, N.º 8, Dez. 1999, págs. 11-16.

Jurídico funda-se numa concepção avalorativa do Direito, segundo a qual a validade das normas jurídicas afere-se por critérios de vigência (validade formal) e eficácia (validade social)<sup>8</sup>. Consequentemente, a injustiça de uma lei não beliscará a sua validade e vinculatividade. O expoente máximo do positivismo jurídico é Hans Kelsen, que na obra *Teoria Pura do Direito*, apresenta uma concepção de ciência jurídica segundo a qual o Direito celebraria um corte epistemológico relativamente à moral e a qualquer outra disciplina, visando torná-lo num saber objectivo e exacto. No que à justiça concerne, o mesmo filósofo é paradigmático ao afirmar, destarte na obra *A Justiça e o Direito Natural*, que “A justiça não pode, portanto, ser identificada com o direito”, e que, “Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral.”<sup>9</sup>.

### 2.1.1.2 - A Justiça como compromisso com o Direito Natural

Por outro lado, a segunda das possíveis orientações parece preconizar que o Direito não se resume à lei, i.e., que não se esgota numa aplicação *tout court* das normas legais, estando a ordem jurídica sob a postulação vinculante de três vertentes: Justiça, Bem Comum e Segurança<sup>10</sup>. Na senda duma concepção valorativa do Direito, de realçar será o contributo doutrinal de Oliveira Ascensão<sup>11</sup>, que de encontro aos vectores atrás apontados, sustenta que uma teoria do direito justo estaria impreterivelmente ligada à ideia de Direito Natural. Defendendo que o Direito Natural é variável consoante a sociedade histórica em questão, argumenta o catedrático de Lisboa que ele deve ser entendido como Direito Positivo, na medida em que, assente na pessoa e sua pendência social, é o melhor caminho para se prosseguir o valor da Justiça.

Consequentemente, as leis injustas não serão nem verdadeiras leis nem genuíno Direito, porquanto as normas positivas só serão legítimas - válidas intrínseca ou eticamente - se consonantes com a justiça<sup>12</sup>.

### 2.1.1.3 - Posição Adoptada

Se, por um lado, é condenável sustentar uma exacerbada permeabilização do sistema jurídico por todo o tipo de valores, que impreterivelmente conduz às indesejáveis insegurança e incerteza jurídicas, será reprovável também, por outro lado, o ideal positivista, mormente de Kelsen, traduzido num sistema normativo auto-referenciado, em que o casuismo do Direito se limita a uma operação lógico-dedutiva, ou até mesmo de Gustav Radbruch, que qualifica “a justiça e a recta finalidade” como preocupações secundárias do Direito, sendo a sua preocupação primordial a certeza e a segurança<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Sobre esta matéria, vide Mário Bigotte Chorão, em *Positivismo Jurídico*, in Pólis - Enciclopédia Verbo, págs. 1410-1426.

<sup>9</sup> Hans Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. de Baptista Machado, Almedina, pág. 99 e pág. 41, respectivamente.

<sup>10</sup> Também apontados por Sílvio Barroso, em *Uma Questão de Filosofia do Direito*, in Boletim do Cons. Distrital de Coimbra da O.A., Ano IV, N.º 8, Dez. 1999, págs. 11-16. Sobre os primeiro e o terceiro vectores, vide Baptista Machado em *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12ª Imp., Almedina, pág. 55 ss, e também Oliveira Ascensão, in *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 10ª Ed., Almedina, págs. 188-191 ; sobre o segundo vector, vide Mário Bigotte Chorão, in Revista “O Direito”, Ano 128, pág. 70.

<sup>11</sup> J. Oliveira Ascensão, em *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 10ª Ed., Almedina, págs. 195-198.

<sup>12</sup> Conforme observa Mário Bigotte Chorão, em *Positivismo Jurídico*, in Pólis - Enciclopédia Verbo, pág. 1421.

<sup>13</sup> Gustav Radbruch, em *Filosofia do Direito*, trad. de Cabral de Moncada, pág. 161.

De repudiar será, portanto, uma orientação formalista-normativista do sistema jurídico, alvo das críticas mais acesas elaboradas na esteira do chamado Movimento de Renascimento da Filosofia Jurídica, ocorrido após a trágica experiência histórica do Estado-assassino de Hitler. Citando Perelman, em *Lógica Jurídica*, “com o advento do Estado-criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que ‘lei é lei’ (...). Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito”<sup>14</sup>.

Consequentemente, chegamos à mesma conclusão que Baptista Machado: “o que nos separa dos positivistas é, afinal, o irrealismo destes”<sup>15</sup>, porquanto o Direito não pode ser alheio - sob pena de autismo - à nossa condição humana e social. O que impreterivelmente nos leva a concluir que a actividade jurídica carece não só de positivismo mas também de transpositivismo<sup>16</sup>.

Por isso, também nós vamos recuperar o sentido de Justiça como ideal ético fundamental, e, consequentemente, como escopo do Direito. Sem justiça, o Direito não logrará alcançar os demais vectores a si inerentes: o Bem Comum e a Segurança. No plano dos princípios, o Direito não poderá (ou melhor, não deverá) ter como escopo outro princípio que o valor (transpositivo) da Justiça. Pois, como expende Alberto Luís<sup>17</sup>, a justiça “é a pauta axiológica do direito, é a exigência última do direito positivo”.

Neste ponto, embora com as diferenças metodológicas supra-apontadas, mesmo Hans Kelsen reconhece que “Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de saber se as suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressuponha entre justiça e direito”<sup>18</sup>.

No entanto, é da própria Lei Fundamental que parte a iniciativa de amputar a função do aplicador do Direito, textualmente preconizando o positivismo legalista.

## 2.2 - A Justiça e a Advocacia

*“Quando somos convencidos, somos vencidos apenas por nós mesmos, pelas nossas ideias. Quando somos persuadidos, sempre o somos por outrem.”*

*Chaignet  
em “La Rhetorique et son histoire”*

### 2.2.1 - A Lei

Em unísono estatuem a Constituição da República Portuguesa (no artigo 208º) e a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (no artigo 114º n.º 1), que “*A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça*”.

<sup>14</sup> Chaim Perelman, *Lógica Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pág. 95.

<sup>15</sup> J. Baptista Machado, em *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 12ª Impr., Almedina, págs. 215-216.

<sup>16</sup> Neste ponto, curioso será alertar para alguma da crítica a Kelsen, que pertinentemente alerta para a contradição que, fundando tal filósofo o direito positivo numa norma fundamental - a *Grundnorme* - , uma vez situando-se esta fora do sistema, mais não será do que, ela própria, uma proposição de Direito Natural.

<sup>17</sup> Alberto Luís, em *A profissão de Advogado e a Deontologia*, lições policopiadas do Centro de Estágio do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, pág. 14.

<sup>18</sup> Hans Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. de Baptista Machado, Almedina, pág. 99.

Concomitantemente, a dimensão ético-social da profissão acompanha o Advogado no desempenho das funções que, deontológica e legalmente, se encontra atribuído a desempenhar.

Como tal, prescreve o n.º 1 do artigo 83º do Estatuto da Ordem dos Advogados que "*O advogado é indispensável à administração da justiça e, como tal, deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce (...)*".<sup>19</sup>

Para a jornada que lhe é confiada, é impreterível que o causídico seja dotado de um elevado nível ético e moral na sua prática quotidiana, característica de personalidade que não é o diploma universitário que atribui, mas que a Advocacia exige. Daí a importância da Deontologia Profissional - "*o quid* que diferencia um advogado de um licenciado em Direito"<sup>20</sup> - , enquanto sujeição do profissional da Advocacia não só a elevados padrões de competência técnica mas igualmente a valores ético-morais que garantam a confiança social na profissão<sup>21</sup>.

Pelo atrás exposto, concludentemente se afirma que o Direito não se resume à lei, constituindo esta apenas um instrumento positivo utilizado ao serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa<sup>22</sup>. Tal intenção normativa, fundada num universo de valores, almejará sempre que a norma seja justa, pois, conforme escreve Alberto Luís, "*Todo o direito aspira a ser um direito justo, como seu sentido próprio.*"<sup>23</sup>

A tónica da justiça como indissociada da profissão de Advogado, clara e inequivocamente surge no Ponto 1.1 do Preâmbulo do Código Deontológico do CCBE<sup>24</sup>, em que, sob a epígrafe de "*A missão do advogado*" estatui, no seu parágrafo primeiro, que "*Numa sociedade baseada no respeito pela justiça, o advogado desempenha um papel proeminente. A sua missão não se limita à precisa execução de um mandato, no âmbito da lei. Num Estado de Direito, o advogado é indispensável à justiça e aos justiciados de que tem a responsabilidade de defender os direitos e liberdades: ele é tanto conselheiro, como defensor do seu cliente.*"

Ou seja, o papel do Advogado enquanto prossecutor da justiça surge com o mesmo grau de relevância que as suas funções de, como patrono, prosseguir interesses privados. Também esse foi o móbil do nosso legislador com o D.L. n.º 84/84 de 16/03, que aprovou o anterior Estatuto da Ordem dos Advogados, onde se lia, no Ponto 1 *in fine* do seu Preâmbulo, o intuito de o diploma articular "*harmoniosamente interesses profissionais dos advogados com o interesse público da justiça.*" .

O Advogado é indispensável à administração da justiça, conforme prescreve o n.º 1 do Artigo 83º do novo Estatuto da Ordem dos Advogados e o Ponto 1.1 do Preâmbulo do CCBE, considerando-o como um servidor dos interesses da justiça e do Direito. Como bem lembra Orlando Guedes da Costa<sup>25</sup>, o pretérito Estatuto Judiciário (aprovado pelo D.L. n.º 44278 de 14 de Abril de 1962) somente se referia ao Advogado como servidor do direito. Note-se que, da análise comparativa com o n.º 1 do art. 76º do anterior E.O.A.

<sup>19</sup> Note-se que a letra da lei no artigo 76º n.º 1 do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados (D.L. n.º 84/84 de 16/03, alterado e republicado pela Lei n.º 80/2001) era que "*O advogado deve, no exercício da sua profissão e fora dela, considerar-se um servidor da justiça e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes.*", ressaltando ter desaparecido no novo EOA a expressão "*servidor(...)* do Direito".

<sup>20</sup> Aforismo de Nicolina Cabrita, em *Breves notas sobre a Deontologia Profissional*, BOA n.º 26, Maio e Junho de 2003.

<sup>21</sup> *Inclusive*, nas sociedades multidisciplinares que legalmente existem noutras ordens jurídicas, a União Internacional de Advogados aprovou, em Assembleia Geral de 03/11/1999, resolução que impõem o respeito pelas regras ético-deontológicas dos Advogados aos demais profissionais que com eles trabalham - *vide* Delos N. Lutton, em *Resolution on Multidisciplinary Practices*, in *Juriste International*, December 1999, pág. 24.

<sup>22</sup> Assim A. Castanheira Neves, em *Justiça e Direito*, in *Boletim da Fac Direito da Univ.Coimbra*, Vol.LI, 1975, pág.211.

<sup>23</sup> Alberto Luís, em *A profissão de Advogado e a Deontologia*, lições policopiadas do Centro de Estágio do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, pág. 14.

<sup>24</sup> Regulamento n.º 25/2001, aprovado em Sessão do Conselho Geral de 26/10/2001 e publicado no DR n.º 271, II série, de 22-11.

e, mais recentemente, com o n.º 1 do art. 83º do novo E.O.A., inculca que foi a própria evolução legislativa que superlativou o reconhecimento feito à profissão como defensora do valor “justiça”.

## 2.2.2 - O Foro

### 2.2.2.1 - A Retórica Forense

Não se olvida as muitas críticas que, desde sempre, foram apontadas à Advocacia e seus profissionais<sup>26</sup>.

Presentemente, parte da opinião pública ainda encara o Advogado não como um proeminente participante da justiça indispensável à realização da mesma, mas como a personificação moderna dos sofistas da Grécia antiga que, munidos da Retórica (a arte dos discursos persuasivos), visam impor as suas ideias como as únicas legítimas, mesmo sem possuírem conteúdo verdadeiro.

Claro está que a Retórica existe nos tribunais, veiculada pelos Advogados. O objectivo imediato do Advogado é convencer, e não persuadir, como alerta o supra-citado Chaignet. E, para convencer, carece de, simultaneamente, “ser escritor e orador”, remata Azeredo Perdigão<sup>27</sup>.

Todavia, e não obstante alguns pontos de contacto com a Retórica sofística - designadamente, a capacidade de argumentação como um meio de conquista<sup>28</sup>, - a Retórica forense intrinsecamente não poderá ser um mero discurso formal para lograr os seus intentos, porquanto os seus destinatários não são leigos “ignorantes” (na terminologia platónica), mas sim julgadores com a formação jurídica e intelectual idónea a triar o verdadeiro do verosímil.

### 2.2.2.2 - A Hermenêutica

Reconhecidamente, o Direito é uma realidade dinâmica e não estática, fruto do contraditório que brota no processo e que, subsequentemente, se cristaliza na decisão do juiz. Aí emerge o protagonismo não só do julgador, mas também do Advogado. Não obstante a existência de textos legais (codificados ou não), é *a posteriori* que o Direito se concretiza. Não raras vezes, o Juiz não pode ater-se a, tão-somente, aplicar a lei, quando a polissemia do enunciado legal a torna obscura ou incompleta. Daí a necessidade da hermenêutica, enquanto actividade jurídica destinada a fixar o sentido e alcance com que o texto legal deve valer.

Não obstante a desejável uniformidade das soluções jurisprudenciais - em nome dos valores da certeza e segurança jurídicas - , a actividade interpretativa não vive de uma objectividade teórico-normativa, mas da subjectividade do intérprete. O intérprete, sócio-culturalmente situado, e apelando não só à sua ciência mas simultaneamente aos valores nele intrínsecos, irá ultrapassar, pela via da

---

<sup>25</sup> Orlando Guedes da Costa, em *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, 2ª Ed., Almedina, pág. 225.

<sup>26</sup> Nesta matéria, vide Maurice Garçon em *O Advogado e a Moral*, trad. port., Arménio Amado Editor, Coimbra 1963, pág. 5-6, onde constam expressões caracterizadoras dos litigantes como “cegos pela paixão, desconhecedores do Direito, maus ajuizadores do merecimento das próprias causas”, “servem-se de maus argumentos para defender um interesse por vezes legítimo ou aduzem razões aliantes para sustentar uma injustiça”.

<sup>27</sup> Azeredo Perdigão, em *A Necessidade Social da Advocacia*, in B.O.A. n.º 3, Set./Out. 1996, II Série.

<sup>28</sup> No discurso socrático-platónico há uma complementaridade entre dois movimentos, i.e., entre a fase destrutiva e a fase construtiva. Desta forma, a fase destrutiva, através da Ironia, encarrega-se de trazer à tona a dificuldade e de criar no interlocutor a expectativa do saber; a segunda fase, denominada de Maiêutica, consiste em inserir o verdadeiro conhecimento.

hermenêutica, os obstáculos de dúvida criados pelas cláusulas gerais, conceitos indeterminados e lacunas legais.

Facto é que o inegável contributo da jurisprudência - enquanto processo dinâmico de criação jurídica e concretização do Direito - é um produto do foro: é fruto não só do saber e ponderação dos Juizes, mas outrossim da perspicácia e sustentabilidade das teses jurídicas propugnadas pelos Advogados na defesa das causas que lhes são confiadas, relativamente às quais “não se admitem contradições; inovações e audácias, sim”.<sup>29</sup>. Destarte, não só o Advogado não estará a infringir o dever de não advogar contra lei expressa<sup>30</sup>, como cumprirá a sua função ético-social-deontológica de “(...) pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas”, prevista no n.º 1 do artigo 85º do E.O.A. .

### 3 - CONCEITO DE LEI INJUSTA

Immanuel Kant define o Direito como o conjunto das condições pelas quais o livre arbítrio de um pode harmonizar-se com o de outro segundo uma lei geral da liberdade<sup>31</sup>.

Não obstante a atinência do Direito ao justo - definindo Justiça como a igual liberdade para todos - , “a questão de se saber aquilo que o direito pede e aquilo que a justiça exige permanece distinta”, observa John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*<sup>32</sup>. A questão da lei injusta embrionariamente funda-se, pois, numa situação em que a Justiça e a Segurança, dois valores intrínsecos ao Direito, têm exigências diametralmente antagónicas.

A filosofia cristã pré-renascentista assentava no pressuposto que a lei humana derivava da lei natural. Com alguma acuidade surgiria, portanto, a questão da lei injusta, e qual a postura a adoptar perante ela. Na perspectiva de S. Tomás de Aquino<sup>33</sup>, a lei injusta seria, *de per sí*, uma corrupção da lei, e embora não obrigasse em consciência, a atitude a tomar seria de desobediência à lei se esta violasse um bem divino (*bonum divinum*), ou de acatamento da lei se a mesma violasse um bem meramente humano (*bonum humanum*).

Já hodiernamente, na notável obra de filosofia política *Uma Teoria da Justiça*, John Rawls explica o surgimento da injustiça como erros de uma maioria política, “se não por falta de conhecimentos e capacidade de julgamento, pelo menos como resultado de visões parciais e orientadas para o interesse próprio”<sup>34</sup>. O professor de Harvard aponta que a injustiça pode surgir por duas formas: as estruturas existentes afastarem-se dos padrões publicamente admitidos, que são mais ou menos justos; ou, tais estruturas estarem de acordo com a concepção de justiça da sociedade, mas esta concepção ser injusta.

<sup>29</sup> Citando Angel Ossório y Gallardo, em *A Alma da Toga*, trad. de Ant.º de Sousa Madeira Pinto, pág. 21.

<sup>30</sup> Cfr. Acórdão do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados de 24/03/1948, in R.O.A., Ano 8º, n.ºs 1 e 2, 1948, que prescreve que “Não é advogar ‘contra lei expressa’ dar à lei interpretação diversa da que vem a ser-lhe dada pelo tribunal.” .

<sup>31</sup> Por todos, vide J. Touchard, em *História das Ideias Políticas*, V, Europa América, Lisboa, 1970.

<sup>32</sup> John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, 2ª Ed., Editorial Presença, pág. 272.

<sup>33</sup> S. Tomás de Aquino, em *Summa Teológica*, I, 2, quaest 96, artigo 4.

<sup>34</sup> John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, 2ª ed., Editorial Presença, pág. 275.

Na doutrina portuguesa, dar-se-á destaque a Castanheira Neves<sup>35</sup>, que define lei injusta como “toda a norma legal positiva que não realize ou não permita realizar concretamente a ideia de Direito”. Note-se que o conceito de justiça concerne não só à perspectiva económica, mas também à perspectiva humana constitucionalmente consagrada no nosso Estado de Direito democrático. Ou seja, refere-se o ilustre professor às leis que porventura recusem a dignidade de personalidade moral a qualquer pessoa, grupo, classe ou raça, para os reduzirem a meros objectos de coacção política ou administrativa; portanto, autênticas perversões do poder legislativo, no sentido da crítica marxista ao Direito.

Em primeiro lugar, e no seguimento das posições doutrinárias supra-expostas, urge, neste ponto, alertar para a **plurivocidade do conceito de lei injusta que emergirá ao longo desta nossa dissertação**. Porquanto, configurará lei injusta não somente o sentido mais gravoso do conceito segundo o qual Castanheira Neves constrói a sua doutrina, e que, no fundo, se subsume a uma violação do Direito Natural. O conceito de lei injusta que abordaremos será necessariamente mais amplo, e abarcará ainda, não só as leis obsoletas ou caducas, mas igualmente situações de mera inconveniência duma solução positiva à luz da justiça. Por outro lado, distinguiremos as situações de injustiça da causa a defender, seja quando a demanda se revista de injustiça pelo recurso a leis que, *de per sí*, não são injustas, seja aquando da colisão de normas positivas com a consciência e convicções de somente alguns. Será da contraposição dos vários sentidos de injustiça que iremos tecer as considerações a que nos propomos.

Em segundo lugar, a **injustiça a que nos referiremos é a injustiça substancial ou material**, por contraposição à injustiça formal. No âmbito dos processos judiciais, muitas das vezes os tribunais atingem a justiça formal, não logrando, no entanto, alcançar a justiça substancial da questão. E tudo não obstante a equidade dos julgadores<sup>36</sup> e o seu poder inquisitório. O princípio do inquisitório, embora menos amplo no processo civil (artigo 265º n.º 3 do C.P.C.<sup>37</sup>) do que no processo penal (artigo 340º do C.P.P.<sup>38</sup>), confere ao juiz o poder de ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias à descoberta da verdade. No entanto, a sua acção é limitada, no processo civil, pelo princípio do dispositivo<sup>39</sup>, e no processo penal, há autores que sustentam que sofre uma tripla limitação, derivada da concorrência dos princípios da acusação, da legalidade dos meios de prova, e da exclusão do conhecimento privado do Juiz<sup>40</sup>. Tais limitações podem constituir obstáculo processual a que a verdade judicial possa não exaurir a verdade material.

#### 4 - O JURISTA PERANTE UMA LEI INJUSTA

*“Mais importante que todas as leis é o espírito dos juristas”*

*Savigny*

<sup>35</sup> A. Castanheira Neves, em *O papel do jurista no nosso tempo*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. XLIV, 1968, págs. 133 e 134.

<sup>36</sup> *Aequitas religio judicantes* - a equidade é a religião do julgador, segundo o *Digesto*, XXII, V, 13.

<sup>37</sup> Artigo 265º n.º 3 do C.P.C.: “*Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.*”.

<sup>38</sup> Artigo 340º n.º 1 do C.P.P.: “*O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.*”.

<sup>39</sup> Artigo 264º do C.P.C. .

Relativamente ao comum dos cidadãos, John Rawls afirma, na já aludida obra *Uma Teoria da Justiça*, que a injustiça da lei não é, em geral, razão suficiente para não aderir a ela, só o admitindo aquando de limitações aos direitos fundamentais. Sustenta que, para que seja eficaz o regime constitucional democrático que escolheram, os cidadãos têm que aceitar os riscos de virem a sofrer com as imperfeições das instituições, fruto dos conhecimentos e do sentido de justiça dos outros; daí a vinculatividade da lei injusta<sup>41</sup>.

**Mas será que a mesma lição dever-se-á aplicar se for um jurista, enquanto profissional, a confrontar-se com uma lei injusta?**

Face à problemática da lei injusta, sustenta Castanheira Neves, em *O papel do Jurista no nosso tempo*, que “a única atitude legítima em face de uma ‘lei injusta’ é a de recusa da sua aplicação”<sup>42</sup>. Partilhando tal atitude de recusa já se insurgira Radbruch, para quem a lei injusta não pertence ao Direito<sup>43</sup>. E a mesma anti-juridicidade denuncia novamente Castanheira Neves, destarte num outro ensaio, *Justiça e Direito*, postulando que “A lei só vincula juridicamente (...) se e enquanto nela se puder ver a expressão autêntica (intencional-material) do direito.”. Por isso, este último autor vai mesmo no sentido de sustentar que “A lei injusta faz surgir no jurista, e mormente no julgador, “o poder e o dever de decidir *contra legem*.”<sup>44</sup>.

Referir-se-ão os ora mencionados juristas às situações em que a injustiça da lei será de tal monta que ferirá a dignidade humana dos sujeitos seus destinatários, porquanto negando a própria ideia de Direito, não se explicam senão como “autênticas perversões do poder legislativo” com um “fim unicamente político”<sup>45</sup>.

E tudo porque o fundamento moral do Direito é o respeito absoluto pela pessoa humana, perspectivada sempre como um fim e nunca como um meio.

Não se esqueça que o Direito tem intrínseco o poder de coacção, enquanto mecanismo indispensável à sua vigência. Fundada num dever kantiano de afastar os obstáculos à vigência suprema de uma “lei geral de liberdade para todos”, pela coercibilidade o Direito tem a faculdade de impor uma heteronomia, limitando a autonomia de cada membro de uma comunidade. Por isso afirma Charles Baudelaire, poeta francês do séc. XIX: “Vós sois a maioria - em número e em inteligência, - então, vós sois a força, que é a justiça”.

Sucedo, todavia, que trinta anos volvidos desde a revolução dos cravos, concretamente não se afigura como verosímil que um Estado de Direito Democrático verta para a ordem jurídica positiva normas legais que violentamente atentem, *de per sí*, contra o fundamento moral do Direito.

---

<sup>40</sup> Cfr. J. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, lições polícopiadas coligidas por M<sup>a</sup> João Antunes, págs. 132-133.

<sup>41</sup> John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, 2<sup>a</sup> Ed., Editorial Presença, pág. 273-276.

<sup>42</sup> A. Castanheira Neves, em *O papel do jurista no nosso tempo*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. XLIV, 1968, pág. 135.

<sup>43</sup> Afirma Radbruch, em *Filosofia do Direito*, trad. de Cabral de Moncada, Coimbra, pág. 416, que às leis injustas “o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhe o carácter de jurídicas.”.

<sup>44</sup> A. Castanheira Neves, em *Justiça e Direito*, in Boletim da Fac Direito da Univ. Coimbra, Vol. LI, 1975, pág. 267.

<sup>45</sup> As expressões são de A. Castanheira Neves, em *O papel do jurista no nosso tempo*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. XLIV, 1968, pág. 134.

Mas se autênticas violações ao Direito Natural, por parte do legislador, não se vislumbram como existentes ou sequer prováveis, já outros graus de injustiça existem no Direito contemporâneo ou é verosímil o seu surgimento<sup>46</sup>. Tudo porque, quer queiramos quer não, a “justiça jurídica” encontra-se intimamente ligada à vontade política. “O magistrado que aplica a lei não se pode crer de todo independente do político que a fez”, escreve Robert de Jouvenel. Consequentemente, a questão da lei injusta está longe de constituir uma hipótese meramente teórico-académica.

**Eis que nos surge a dúvida: poderão, em concreto, os operadores judiciais deter-se perante uma lei injusta?**

Na filosofia de Platão, a injustiça só pode ocorrer em consequência da ignorância, uma vez que “só faz o mal quem ignora o que é o bem”. Logo, a reacção lógica, por parte do jurista, enquanto sujeito esclarecido dotado de uma razão, seria negar-se a perfilhar lei injusta.

Porém, retornando ao nosso ordenamento jurídico, é a própria lei, destarte através do Código Civil, no n.º 2 do seu artigo 8º, que impõe o dever de obediência à lei mesmo perante uma situação em que tal conduza a um resultado injusto ou imoral por força do conteúdo do preceito legislativo.

“É assim para o Juiz e não pode deixar de ser assim também para o Advogado”, afirma Orlando Guedes da Costa<sup>47</sup>. Seguramente funda-se tal posição no elemento literal do artigo 78º do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados que, na sua alínea e), prescrevia que constituía dever do Advogado para com a comunidade “*Não advogar contra lei expressa*”, sendo curioso mas certamente intencional que a redacção do novo E.O.A., na alínea a) do n.º 2 do seu art.85º, imponha “*Não advogar contra o direito*”. Mais se aduz que advogar contra lei expressa é mesmo configurada pelo Código de Processo Civil, na alínea a) do n.º 2 do artigo 456º, como uma das formas de litigância de má fé<sup>48</sup>.

**Mas será que a vinculação ao direito positivo afigura-se, no mesmo grau, ao Advogado e ao Juiz?**

A resposta terá, necessariamente, de ser negativa<sup>49</sup>. E por duas ordens de razões, hierarquicamente equiparadas. Em primeiro lugar, a já descrita vinculação à lei por parte dos tribunais, coarctados da possibilidade de decidir *contra legem*. Em segundo lugar, o Juiz estar adstrito à proibição do *non liquet*, ou seja, salvo o excepcional mecanismo dos impedimentos, recusas e escusas, o aplicador do Direito não pode abster-se de julgar uma causa: assim o impõe o n.º 1 do artigo 8º do Código Civil<sup>50</sup>.

E que resolução dará o Juiz à demanda quando o direito positivo aplicável ao caso *sub iudice* for, apesar de injusto, inequívoco?

Assola-nos a dúvida se o Juiz, enquanto “jurista ao desempenhar-se da função judicial”, concreta e legalmente terá o poder soberano de recusar a aplicação de uma lei injusta, como sustenta Castanheira Neves<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Como apontado *supra* em 3. .

<sup>47</sup> Orlando Guedes da Costa, em *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, 2ª Ed., Almedina, pág. 226, embora o mesmo autor faça a devida ressalva no ponto 69.4 da mesma obra, e de que trataremos posteriormente.

<sup>48</sup> Artigo 456º n.º 2 do C.P.C.: “*Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave: “ a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;”* .

<sup>49</sup> Quanto ao Advogado, o assunto será desenvolvido *infra* em 5.) .

<sup>50</sup> Artigo 8º n.º 1 do Código Civil: “ *O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.*” .

<sup>51</sup> A. Castanheira Neves, em *O papel do jurista no nosso tempo*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. XLIV, 1968, pág. 135, reiterando tal posição em *Justiça e Direito*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. LI, 1975, pág. 267. No entanto, o ilustre professor tem o cuidado de precisar que leis injustas são as que configuram “perversões do poder legislativo” pela “negação da própria ideia de Direito” , conforme referido *supra*.

Não nos suscita qualquer dúvida a postura de recusa de aplicação de uma lei injusta, por parte dos nossos tribunais, nas situações que lhes surgem com maior frequência, que serão os casos em que os factos carreados para o processo se possam subsumir a mais do que uma norma ou instituto jurídicos, ou em que a desenfreada produção legislativa propicia que duas normas divergentes tutelem uma mesma situação jurídica. Em tais situações, a tarefa do aplicador do Direito consiste num trabalho de interpretação e de opção entre as possibilidades fornecidas pelo direito existente, por forma a que a decisão corresponda, tanto quanto possível, à ideia superior de justiça<sup>52</sup>.

Tal dúvida - note-se - surge-nos tão-somente *in extremis*, ou seja, quando o direito positivo não fornecer ao juiz mais do que uma solução normativa para o mesmo caso concreto.

Por isso, mais consentânea com os deveres que sobre o julgador impendem, nos parece a posição assumida por Perelman, que em *Ética e Direito* afirma que "A oposição ao direito positivo em vigor é perfeitamente admissível, mas não da parte do juiz no exercício das suas funções."<sup>53</sup>

Porquanto "*Judicis est jus dicere, non dare* - corresponde ao juiz interpretar a lei, não fazê-la", em tais situações não se nos afigura outra resolução que a injustiça material da decisão judicial. Inevitável por força da proibição do *non liquet*, tal pronúncia fará emergir uma mera "justiça jurídica"<sup>54</sup> sob o jugo do brocardo latino "*dura lex sedes lex*", consagrando a vitória do positivismo sobre a justiça material<sup>55</sup>.

## 5 - O ADVOGADO PERANTE A LEI INJUSTA

*"Propugnar o que tenhamos por justo e combater o direito positivo é uma nobre obrigação do advogado, porque procedendo assim, não só servimos bem num caso concreto mas contribuimos para a evolução e para a melhoria de uma situação legal deficiente."*

*Angel Ossorio y Gallardo,*

*em "A Alma da Toga"*

Como referido, os artigos 208º da Constituição política, 114º da L.O.F.T.J. e 83º e 84º do E.O.A. asseguram ao causídico as imunidades necessárias ao exercício do mandato, configurando o patrocínio

---

<sup>52</sup> Como ensina Luiz Siches, citado por Azeredo Perdigão em *A necessidade social da advocacia*, in B.O.A. n.º3, Set./Out. 1996, II Série.

<sup>53</sup> Chaim Perelman, *Ética e Direito*, Martins Fontes, 2000, pág. 73.

<sup>54</sup> Expressão retirada do artigo *A Advocacia como profissão de interesse público*, de Alberto Luís.

<sup>55</sup> A título de mero exemplo, o recente Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ - Jurisprudência n.º 6/2004, de 27-05-2003 (Proc n.º 1174/02, in *D.R. n.º 164 SÉRIE I-A, de 14 de Jul. 2004*) : atendo-se à omissão da letra da lei, veio consagrar que "A acção pauliana individual não está sujeita a registo predial", não obstante a opção contrária fosse a mais consentânea com a justiça material, como aliás inculcam os votos de vencido, por almejar a louvável protecção de terceiros.

forense como elemento essencial à administração da justiça, relativamente à qual os Advogados detêm o monopólio<sup>56</sup>.

Por uma questão de clareza e método, comecemos por expor as nossas certezas, para, seguidamente, ponderarmos sobre as nossas interrogações.

## 5.1 - Pressupostos

Em primeiro lugar, assumiremos como pressuposto que a injustiça a que nos referiremos é a **injustiça material**, por contraposição à injustiça formal, pois, como explanado *supra* em 3., a verdade processual pode não esgotar a verdade material.

O segundo pressuposto reside no facto de que a questão da postura do Advogado perante uma lei injusta só tem razão de ser se o **interesse privado do cliente a prosseguir for consonante com essa injustiça**; e não vice-versa. E tal resulta óbvio, *a contrario*: no plano da concretização e interpretação do Direito, será tanto mais nobre a defesa da demanda, quanto mais injusta, na perspectiva do causídico, for, para o seu constituinte, a lei ou a interpretação dos nossos tribunais relativamente a determinada matéria<sup>57</sup>.

Todavia, o reverso da medalha também se tem por pertinente expor. Na contenda juridico-processual contra lei expressa, foi já sancionado pelo nosso Supremo Tribunal de Justiça como litigância de má fé o recurso manifestamente contra lei<sup>58</sup>.

## 5.2 - Conflito de Deveres (Legal vs Justo)

Centremo-nos, então, sobre a pedra de toque da temática, novamente recorrendo a uma (não retórica) interrogação: **qual a postura do Advogado quando o mandato implique prosseguir uma lei que se lhe afigure como injusta?**

Poderemos configurar a situação como um verdadeiro Conflito de Deveres profissionais<sup>59</sup>: por um lado, a aceitação do mandato com obediência ao direito positivo, respectivamente estando o dever de patrocínio previsto na alínea f) do n.º 2 do artigo 85º do E.O.A., e o dever de obediência à lei nos artigos 8º n.º 2 do Código Civil e 85º n.º 2 alínea a) do novo E.O.A. (que comparativamente com o art. 78º alínea b) do anterior E.O.A., mitigou o dever de subserviência à lei, substituindo a expressão “lei expressa” por “direito”); ou, por outro lado, a recusa de pugnar por uma injustiça, porquanto a prossecução da justiça é, precisamente, um dever legalmente consagrado no art. 208º da C.R.P., nos artigos 83º e 85º n.º 1 e n.º 2 alínea b) do E.O.A., no Ponto 1.1 do CCBE, e no artigo 114º da L.O.F.T.J. . Em suma, um **conflito de deveres entre o legal e o justo**.

---

<sup>56</sup> Assim o Artigo 6º n.º 1 da LOFTJ, que dispõe que “*Os advogados participam na administração da justiça, competindo-lhes, de forma exclusiva e com as excepções previstas na lei, exercer o patrocínio das partes.*”.

<sup>57</sup> Cfr. o já citado Acórdão do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados de 24/03/1948, in R.O.A., Ano 8º, n.ºs 1 e 2, 1948, que prescreve que “*Não é advogar ‘contra lei expressa’ dar à lei interpretação diversa da que vem a ser-lhe dada pelo tribunal.*”.

<sup>58</sup> No Acórdão de 13/10/1977 do STJ, publicado em B.M.J. n.º 270, pág. 177.

<sup>59</sup> Vicissitude da profissão de Advogado presente no Preâmbulo do CCBE, que prevê que “*A sua missão impõe-lhe múltiplos deveres e obrigações, por vezes aparentemente contraditórios (...)*”.

Em matéria de conflito de deveres, o Direito Criminal estatui, no n.º 1 do artigo 36º do Código Penal português, que *“Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas de autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.”*

Procurando auxílio na teoria da lei penal, e transpondo-a para a questão sobre a qual ora nos debruçamos, cumpre saber qual o bem superior em prol do qual deverá o restante bem ser preterido.

Afirma António Arnaut que *“A regra de ouro da deontologia profissional pode sintetizar-se na expressão: defende com firmeza os interesses legítimos do teu constituínte, não sejas subserviente perante os magistrados, mas actua sempre segundo a tua consciência, com isenção, rigor e urbanidade, respeitando os valores éticos da sociedade.”*<sup>60</sup>. Tal atilada expressão toca, precisamente, duas das tónicas de toda esta problemática: interesses legítimos do mandante, e consciência do mandatário.

Neste campo - e diversamente do que sucede em tantos outros -, a ordem jurídica portuguesa coloca o causídico numa posição mais confortável do que a do julgador. Porquanto, o Estatuto da Ordem dos Advogados, na alínea b) do n.º 2 do artigo 85º, consagra que é mesmo um dever do Advogado *“Recusar os patrocínios que considere injustos”*.

Consequentemente, conclui o mesmo António Arnaut que *“O advogado serve a justiça mais do que a lei, ao contrário do juiz que lhe deve estrita obediência (art. 4º-2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais).”*<sup>61</sup>.

### 5.3 - A Justiça como dever preponderante

Certo é que o Advogado não é imparcial, pois enquanto causídico, compete-lhe a defesa da causa do seu constituínte e, concomitantemente, dos direitos e liberdades deste<sup>62</sup>. Por conseguinte, não só pode como deve acentuar os aspectos mais favoráveis à sua posição, omitindo a revelação dos factos desfavoráveis à prevalência da sua tese.

Não obstante, tal parcialidade intrínseca à representação de interesses particulares não colide, necessariamente, com a função ético-social de servir a justiça<sup>63</sup>, desde que legítimas e justas sejam as pretensões inerentes ao mandato. Em conformidade, clarivamente estatui o Preâmbulo do CCBE que a missão do Advogado lhe impõe deveres e obrigações múltiplos, mas que só aparentemente poderão ser contraditórios entre si.

Até porque, **propugnando por uma injustiça, não escamoteemos que o causídico tornar-se-á, profissional e socialmente, cúmplice dela.** Profissionalmente, porque a isenção e a discricionariedade técnica<sup>64</sup> que o caracterizam implicam que não seja um mero núncio ou porta-voz da vontade do constituínte. Por isso, neste tópico prescreve o ponto 3.1.2 do CCBE que *“(...) O advogado assume pessoalmente a responsabilidade da missão que lhe foi confiada”*. Socialmente, porquanto *“O dever de civismo impõe a aceitação das imperfeições das instituições e um certo comedimento na forma como delas nos aproveitamos”*, segundo ajuíza John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. Se assim o é para todos,

<sup>60</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

<sup>61</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

<sup>62</sup> Assim o Ponto 1.1 do Preâmbulo do CCBE.

<sup>63</sup> Cfr., novamente, o Ponto 1.1 do Preâmbulo do CCBE.

<sup>64</sup> Plasmada no n.º 2 do artigo 6º da LOFTJ.

*a fortiori* o será para o Advogado, enquanto participante da justiça dotado de uma forte moral e consciente sentido cívico. Pois, “Se este dever não for todo ou pelo menos em parte reconhecido, a confiança mútua” entre cidadãos, diz Rawls, “pode romper-se”<sup>65</sup>, situação em que a função social e de interesse público da Advocacia estaria pervertida.

Nestes casos, somos a dizer que o Advogado, em primeiro lugar, deverá possuir o discernimento para se aperceber de quando o interesse do constituinte é iníquo; indubitavelmente concluindo nesse sentido, em segundo lugar deverá ter a hombridade de tentar dissuadir o constituinte da prossecução de tal interesse; e em terceiro lugar, frustrando-se a dissuasão, terá o dever de recusar o patrocínio da demanda (não devendo, entendemos, sequer aconselhar qualquer outro colega para o efeito, aquando de manifesta e inequívoca iniquidade).

Inquestionavelmente que, nos dias de hoje, progressivamente mais difícil é para os Advogados, mormente para os mais jovens, conseguir que a Advocacia, mais do que uma vocação, seja um meio de vida. Por isso, não recusar clientes é, compreensivelmente, quase uma máxima generalizada na profissão. Não obstante tal desiderato, e apesar dos inconvenientes pecuniários imediatos, não só em prol da justiça mas também de uma sã e profícua carreira profissional a médio/longo prazo, o Advogado tem de sobrepor a sua consciência ético-deontológica à vertente económico-mercantilista da profissão<sup>66</sup>. Somente agindo de tal forma o Advogado não se servirá do mandato para prosseguir objectivos que não sejam meramente profissionais (artigo 84º do E.O.A.), e só assim fará jus à confiança jurídico-social que lhe é conferida.

No confronto entre o legal e o justo, Angel Ossorio y Gallardo, em *A Alma da Toga*, é peremptório quando afirma que “O Advogado deve estar bem apercebido para servir o segundo, ainda que não desdenhando do primeiro”.

Pelo que, em conformidade com o agora exposto, António Arnaut firma que “deve considerar-se causa legítima de recusa do patrocínio (art. 78º-c) os casos em que o advogado entenda, por razões de consciência, que a lei é injusta.”<sup>67</sup>.

Atente-se, pois, a imensurável subjectividade que imbuí aquele que apelidámos de “conflito de deveres”, à qual a lei estatutária não tem a ambição positivista de contrapor.

## 6 - A CONSCIÊNCIA DO ADVOGADO

*“Obra según ciencia y consciencia”*

*Carlo Lega*

*em “Deontologia de la profesion de Abogado”*

<sup>65</sup> John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, 2ª Ed., Editorial Presença, pág. 276.

<sup>66</sup> Aliás, a mesma natureza não mercantil está subjacente às sociedades de Advogados no nosso país, onde, ao invés de outros ordenamentos, não se remete para o direito comercial a sua regulação, princípio também salvaguardado no Regime Jurídico das Sociedades de Advogados, conforme se lê no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 229/2004 de 10/12.

<sup>67</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

O Estatuto da Ordem dos Advogados e demais legislação ordinária, pelo cunho do legislador, relegam para o plano da consciência do causídico - e somente porque o é e porque é seu dever agir segundo ela -, a questão de assumir ou não o patrocínio das causas.

“O princípio essencial a considerar nesta sede é o de que deve ser o causídico em causa a ajuizar se poderá ou não exercer o patrocínio sem afronta da sua consciência nem das regras de deontologia”, perfilha Salvador da Costa em *O Apoio Judiciário*<sup>68</sup>. No fundo, o Advogado deve ser juiz dele mesmo.

A **liberdade de consciência** consiste na faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia<sup>69</sup>. A Constituição da República Portuguesa prevê a objecção de consciência no n.º 6 do artigo 41º, prescrevendo que “*É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei*”. Por definição, a objecção de consciência consistirá no não cumprimento de uma injunção legal ou de uma ordem administrativa mais ou menos directa que imponha obrigações que conflituem com a consciência individual<sup>70</sup>. No entanto, existe reserva de lei para configuração do direito à objecção de consciência, i.é., para delimitar o seu âmbito e concretizar o modo do seu exercício<sup>71</sup>. Pelo que, sem o exigível procedimento de reconhecimento da objecção de consciência, não estará o Advogado ao abrigo de tal estatuto.

Logo, a objecção de consciência a que nos referimos na presente dissertação não se subsume, *summo rigor*, ao estatuto constitucional previsto no n.º 6 do artigo 41º da C.R.P. . Todavia, não é por tal motivo que a deontologia profissional será alheia à consciência do causídico, pois o direito profissional do Advogado é permeável a tal conceito. Pese embora toda a ambiguidade que o conceito de “consciência” possa enxertar na deontologia profissional - esta enquanto conjunto de normas que regulam o exercício de uma profissão - , a referência a tal conceito ressalta, exactamente, a vertente humana da Advocacia. Tal confiança na consciência do Advogado parece fundar-se no facto de constituírem seus deveres deontológicos reger a sua vontade por um imperativo categórico de uma elevada consciência moral e degladiar-se por aquilo que considera justo (e não pelo oposto).

Enquanto sujeito moral, o Advogado é, pois, dotado de autonomia. E autonomia - acrescentamos - compreendida no sentido kantiano do termo, i.e., enquanto propriedade da vontade que em si encontra a lei reguladora da sua acção moral, de legislar para si próprio.

Neste ponto, o Advogado distingue-se de outros profissionais que desenvolvem competências na área jurídica, mormente do Juiz. Nesse “momento crítico para a ética profissional”<sup>72</sup> em que o causídico tem de decidir-se a aceitar ou a recusar a demanda, deverá reger-se por uma vontade dotada de uma *autonomia* no sentido kantiano, agindo de acordo com a sua ciência e (sobretudo) consciência.

Destarte, o legislador encontrou uma forma de temperar a rigidez da vinculação do Advogado ao direito positivo, garantindo-lhe a liberdade de não aceitar a causa que o mandante voluntariamente lhe

---

<sup>68</sup> Salvador da Costa, *O Apoio Judiciário*, 5ª Ed., Almedina, pág. 215.

<sup>69</sup> Escrevem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora, pág. 243.

<sup>70</sup> Neste sentido, vide John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, 2ª Ed., Fundamentos, pág. 285, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora, pág. 245.

<sup>71</sup> Por todos, vide J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora, pág. 245.

<sup>72</sup> A expressão é de Angel Ossorio y Gallardo, em *A Alma da Toga*, trad. de Ant.º de Sousa Madeira Pinto, pág. 19.

queira confiar e mesmo de renunciar a mandato aceite, ou de, em sede de patrocínio oficioso, recusar ou revogar a nomeação.

Mas se, por um lado, o legislador ordinário procedeu a tal consagração, por outro lado contrapôs ao Advogado correlacionados deveres. Enquanto mandatário constituído por procuração forense, desde logo o dever de que, uma vez aceite o patrocínio de uma causa, o não abandone "*sem motivo justificado*" (artigo 95º n.º 1 alínea e) do E.O.A.), não obstante o direito de renúncia ao mandato *ex vi* do art. 39º do Código de Processo Civil. Enquanto patrono oficioso, ao dever supramencionado - que vale também para o patrocínio oficioso e cuja recusa está prevista no artigo 34º da Lei do Apoio Judiciário<sup>73</sup> - acresce ainda o dever imposto pela alínea f) do n.º 2 do artigo 85º do E.O.A. de "*Colaborar no acesso ao Direito*".

## 7 - O PATROCÍNIO OFICIOSO

### 7.1 - O Contrato de Patrocínio Oficioso

Preliminarmente, cumprirá alertar que a situação de Advogado nomeado não se confunde com a do Advogado oficioso em razão do patrocínio judiciário por carência económica<sup>74</sup>. Não obstante, referir-nos-emos uniformemente a ambos os tipos de patrocínios, porquanto subjacente a ambos estará uma nomeação oficiosa, seja efectuada pela Ordem dos Advogados, seja pelo Tribunal.

Na óptica da Advocacia, o princípio enformador do patrocínio oficioso é o de que "Ser advogado é um dever de auxílio ao nosso semelhante", nas palavras do Bastonário Coelho Ribeiro<sup>75</sup>. Tal assisado aforismo surge inserido no espectro do dever do Advogado de "*colaborar no acesso ao direito*" previsto pela alínea f) do n.º 2 do artigo 85º do E.O.A., para além de que a Ordem dos Advogados tem, através dos Conselhos Distritais, o dever de "*Nomear advogado ao interessado que lho solicite por não encontrar quem aceite voluntariamente o seu patrocínio (...)*" (al. p) do n.º 1 do art. 50º do E.O.A.). . A maioria das vezes em prol dos economicamente mais desfavorecidos - através do instituto do Apoio Judiciário - , o patrocínio oficioso tem como fim primordial beneficiar o cidadão, e não o Advogado<sup>76</sup>.

O patrocínio oficioso ressalta, portanto, a função social da profissão, a qual, no entanto, em nada sai dignificada sem que haja uma equitativa remuneração do prestador pelos seus serviços, em conformidade, aliás, com a própria Constituição da República Portuguesa<sup>77</sup>. Pois, como pertinentemente tem vindo a ser denunciado por uns mas eufemizado por outros, "altruísmo" e "exploração" não são sinónimos, havendo mesmo quem fale numa "propalada advocacia 'por desporto' "<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Perfilhando este entendimento, *Escusa ou manutenção de um patrocínio*, in B.O.A. n.º 16, Jul./Ag. 2001, pág. 23.

<sup>74</sup> Cfr. Germano Marques da Silva, em *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Verbo, pág. 299.

<sup>75</sup> Bastonário Coelho Ribeiro, em *Estágio profissional para o exercício da advocacia*, in B.O.A., 13, 6.

<sup>76</sup> Como também aponta Fernando Fragoso Marques, em *Reflexões em torno do patrocínio oficioso*, in B.O.A., n.º 12, 2000, Nov./Dez., pág. 11.

<sup>77</sup> Designadamente artigos 9º alínea d), 13º n.º 2, 47º n.º 1, e 59º da C.R.P. .

<sup>78</sup> Assim Pedro Sá, em *Dignidade da Profissão*, in B.O.A., n.º 12, 2000, Nov./Dez. Neste sentido, *vide*, também, as considerações tecidas por Vítor Faria, em *As defesas oficiosas...discordo*, in B.O.A. n.º 7, 2000, Jan./Fev., pág. 13.

O contrato de patrocínio officioso, pelas suas características específicas, diverge do contrato de mandato mediante procuração forense. A mais emblemática das diferenças é que, em sede de patrocínio officioso, não vigora a regra da livre revogabilidade do mandato, prevista no artigo 39º do Código de Processo Civil e no artigo 1170º n.º 1 do Código Civil. Portanto, não pode o contrato ser livremente revogado pelo causídico nomeado: só o constituinte tem essa prerrogativa.

No entanto, e como aludido *supra*, assiste ao Advogado o direito de pedir escusa do processo, recusando ou revogando o contrato de patrocínio.

## 7.2 - O Poder de Escusa e seus Limites

No seu *Dicionário Filosófico*, Voltaire transcreve a seguinte máxima: “Quando é incerto se uma acção que te propõem é justa ou injusta, abstém-te”.

O poder de escusa ao patrocínio de uma causa encontra fundamento legal nos artigos 34º n.º 1<sup>79</sup> e 42º n.º 1<sup>80</sup> da Lei n.º 34/2004 de 29/07 (Lei do Apoio Judiciário), artigo 43º n.º 2 do Código de Processo Civil<sup>81</sup> e artigo 66º n.º 2 do Código de Processo Penal<sup>82</sup>.

Contudo, o poder de recusar ou revogar o contrato de patrocínio officioso é um **poder discricionário mas não arbitrário**<sup>83</sup>, porquanto se funda, tal contrato, num exercício desinteressado da profissão, em que os interesses do constituinte são sobrelevados aos do causídico.

Sublinhe-se que a faculdade de escusa, apesar da subjectividade e casuísmo imbuentes, tem **limites bastante exigentes, ainda que não uniformes**. A tal exercício está sempre subjacente um equitativo sopesar entre a liberdade do causídico e o seu dever de patrocínio. Por isso, o exercício de tal poder é sindicado pela Ordem dos Advogados (e, em alguns casos, pelo próprio tribunal), sujeitando a decisão de escusa e os motivos invocados ao seu controlo e acordo.

Pese embora o conspícuo aforismo de Voltaire, concretamente no caso do Advogado entende-se que **a recusa de patrocínio officioso não pode fundar-se numa qualquer injustiça**. Isto porque nem sempre que se vislumbra uma tensão entre o legal e o justo se cumprirão os requisitos para efeitos de escusa. Serão estes, v.g., os casos de mera inconveniência duma solução positiva à luz da justiça, e ainda da necessidade de invocar excepções de prescrição ou caducidade, em que a extinção do direito ocorreu por inacção da contraparte.

Mais se aduz que, nem tão-pouco, **a personalidade do Advogado tem necessariamente que se identificar com a causa a defender**<sup>84</sup>. Nem se afigurará como anti-deontológico e atentatório da moral de um Advogado quando este opte, por exigências de patrocínio, por sustentar uma tese jurídica da qual não é inteiramente adepto.

---

<sup>79</sup> Artigo 34º n.º 1 da Lei Ap.Jud.: “O patrono nomeado pode pedir escusa, mediante requerimento dirigido ao presidente do conselho distrital da Ordem ou ao presidente da secção da Câmara dos Solicitadores, no qual se contenha a alegação dos motivos da escusa.”.

<sup>80</sup> Artigo 42º n.º 1 da Lei Ap.Jud.: “O advogado nomeado defensor pode pedir dispensa de patrocínio invocando fundamento que considere justo.”.

<sup>81</sup> Artigo 43º n.º 2 do C.P.C.: “A nomeação será feita sem demora e notificada ao nomeado, que pode alegar escusa dentro de cinco dias. Na falta de escusa ou quando esta não seja julgada legítima por quem fez a nomeação, deve o advogado exercer o patrocínio, sob pena de procedimento disciplinar.”.

<sup>82</sup> Artigo 66º n.º 2 do C.P.P.: “O defensor nomeado pode ser dispensado do patrocínio se alegar causa que o tribunal julgue justa.”.

<sup>83</sup> Neste sentido, *Escusa ou manutenção de um patrocínio*, in B.O.A. n.º 16, Jul./Ag. 2001, pág. 23.

<sup>84</sup> *Vide*, neste sentido, as considerações aduzidas por Bernardo Seruca Marques, em *A Função Ético-Social do Advogado*, in R.O.A., Ano 60, Jan. 2000.

Seguramente atendendo ao interesse público e função social da profissão, António Arnaut sustenta que, para recusa de patrocínio, “Deve, porém, tratar-se de uma lei manifestamente iníqua, que viole as profundas convicções do advogado.”<sup>85</sup>.

Nesta senda, é interessante a posição assumida por Carlo Lega na obra *Deontologia de la profesion de Abogado*<sup>86</sup>, porquanto distingue o conceito de Lei Injusta do conceito de Lei Iníqua. Embora etimologicamente sejam sinónimos, o autor italiano retoma a distinção de S. Tomás de Aquino<sup>87</sup>, denominando de Lei Injusta quando atentatória do princípio da igualdade humana, e de Lei Iníqua quando atentatória dos direitos fundamentais da pessoa humana; em suma, e respectivamente, o *bonum humanum* e o *bonum divinum* na distinção de S. Tomás de Aquino.

Não iremos longe ao ponto de adoptar esta distinção como o critério idóneo a aquilatar da viabilidade do requerimento de escusa. Recorrendo à terminologia kantiana, sustentamos que prefigurará a necessária injustiça, para efeitos de escusa, aquela susceptível de atentar contra a autonomia do causídico enquanto ser moral, reduzindo-o a mera figura processual imbuída na heteronomia, ou seja, num determinismo pautado pela cega submissão à lei que se lhe impõe prosseguir.

Portanto, as nossas dúvidas emergem noutros moldes, relativamente a outras acepções de injustiça. A título de exemplo<sup>88</sup>, suscita-se o caso de o patrocínio implicar pugnar por uma tese com a qual o causídico discorda e que, embora não o fira nas suas convicções, contra a mesma tese já se havia preteritamente pronunciado em público. Em abstracto, não repudiamos que tal caso possa preencher os fundamentos exigíveis para escusa de patrocínio. Mas só a subjectividade e especificidades do caso concreto poderão conduzir a uma resposta num sentido ou noutro.

### 7.3 - A intervenção da Ordem dos Advogados

A questão dos rigorosos limites do poder de escusa são louváveis, uma vez que a alegada injustiça de uma lei, ou até mesmo a simples inconveniência da mesma, não pode servir para que Advogados menos dotados de um “comportamento moral irrepreensível”<sup>89</sup> possam recorrer a tal expediente para, abusivamente, se furtarem à obrigação deontológica de “*Colaborar no acesso ao direito*” (alínea f) do n.º 2 do artigo 85º do E.O.A.). Tal seria a completa perversão do mecanismo da escusa, em que, em nome da justiça, se geraria a injustiça. Portanto, em muitas das situações só casuisticamente se poderá aferir da bondade dos motivos alegados.

Daí a intervenção da Ordem dos Advogados, que “*independente dos órgãos do Estado, sendo livre e autónoma nas suas regras*”<sup>90</sup>, é a instituição a quem legalmente compete pronunciar-se acerca da pertinência do pedido de escusa, por força dos artigos 43º n.º 2 do C.Proc.Civil, e artigos 34º n.º 1 e 42º n.º 1 da Lei n.º 34/2004 de 29/07 (Lei do Apoio Judiciário).

<sup>85</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

<sup>86</sup> Carlo Lega, *Deontologia de la profesion de Abogado*, 2ª Ed., Civitas, pág. 90.

<sup>87</sup> Vide supra 3. .

<sup>88</sup> Que fomos beber em Carlo Lega, *Deontologia de la profesion de Abogado*, trad. espanhola, 2ª Ed., Civitas, pág.88.

<sup>89</sup> Na expressão de António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 85.

<sup>90</sup> Artigo 1º n.º 2 do E.O.A. .

O poder de escusa consiste numa válvula de escape do Advogado às causas pelas quais entende não dever litigar. Agindo o Advogado segundo a sua consciência (para além da ciência), e ditando-lhe a mesma consciência que não deve patrocinar determinada causa, a lei confere ao causídico a possibilidade disso mesmo.

Claro está que, no âmbito das nomeações oficiosas, a faculdade de não desempenho de tal mandato dependerá de idónea apreciação dos motivos, objectivos e subjectivos, que o Advogado visado alegue. Não obstante, tal competência cabe, como supramencionado, à Ordem dos Advogados, na figura do respectivo Conselho Distrital, por força da alínea q) do n.º 1 do art. 50º do E.O.A. . Ou seja, a consciente decisão, por parte de um causídico, de não querer patrocinar determinada causa, permanecerá no plano da consciência, mas deste modo extrapolando da consciência do Advogado visado - e perde-se o intencional pleonasma - para a consciente apreciação feita a tal consciência por parte dos seus colegas do respectivo Conselho Distrital. Pois, mais do que o caso concreto analisado objectivamente, o que deverá estar sob apreciação é a subjectividade da perspetivação da causa pelo causídico nomeado.

Pensamos que o legislador, prevendo a sindicância da Ordem dos Advogados nesta matéria, quis sufragar a sua natureza de pessoa colectiva de direito público<sup>91</sup>, mantendo na sua alçada a incumbência de, designadamente *in limine*, pronunciar-se acerca da bondade dos motivos alegados para não aceitação do mandato oficioso.

Por isso, de alguma contradição nos parece que o poder judicial mantenha algumas das prerrogativas em matéria de escusas. Referimo-nos aos casos do artigo 43º n.º 2 do C.Proc. Civil, artigo 66º n.º 2 do C.Proc.Penal, e artigo 42º n.º 2 da Lei do Apoio Judiciário.

Consistindo a Ordem dos Advogados numa "*forma de administração mediata, consubstanciando uma devolução de poderes do Estado a uma pessoa autónoma*"<sup>92</sup>, parece-nos que o entendimento do legislador nas respectivas disposições do E.O.A. seria proteger a classe em tão sensível matéria, só permitindo ultrapassar a liberdade de consciência de um Advogado se o competente órgão da mesma classe - o Conselho Distrital - , cujos membros serão (pelo menos teoricamente) dotados de não menor consciência, o assim entenderem. Note-se que, mediante tal competência, protegem-se princípios deontológicos privativos da Ordem dos Advogados enquanto Associação Pública.

## 8 - CASOS DE FRONTEIRA

Trataremos agora da postura a adoptar pelo causídico quando, no plano da absoluta subjectividade e das convicções pessoais, uma mesma lei se afigura como injusta aos olhos de somente alguns. Estamos no campo, por excelência, da temática da lei injusta, em que a objecção de consciência face ao tipo de litígio aufere de maior acuidade.

Será que, nestes casos de fronteira, e recorrendo ao critério aduzido por António Arnaut<sup>93</sup>, tal lei será "manifestamente iníqua" ao ponto de o patrocínio poder ser recusado?

<sup>91</sup> Evidenciada, na nossa doutrina, já por Marcelo Caetano, em *Manual de Direito Administrativo*, 10º Ed., II Vol., pág. 388.

<sup>92</sup> Cfr. Preâmbulo do anterior E.O.A. .

<sup>93</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

Conforme explana Orlando Guedes da Costa, “Perante estes casos, a Ordem dos Advogados não pode deixar de não intervir, de não censurar, porque não pode exigir aos Advogados outro comportamento quer eles considerem justa ou injusta a questão e terá que os deixar sós com a sua consciência”<sup>94</sup>.

Mais se aduz que, colidindo a consciência do Advogado com o interesse do cliente a prosseguir, o Advogado em apreço não será o causídico em melhor situação para servir os interesses daqueles que lhe confiam a defesa dos seus direitos e liberdades, nem para ser o mais indicado defensor da causa do cliente e seu conselheiro, missões atribuídas aos Advogados por força do parágrafo primeiro do Ponto 1.1 do Preâmbulo do CCBE.

Sendo o Advogado, desde logo, jurista, novamente citamos Castanheira Neves<sup>95</sup>, que afirma que o jurista “é o mediador na comunidade, e para a comunidade, da Ideia de Direito”. Continua o ilustre professor, alertando que “esta função implica inevitavelmente uma grave responsabilidade, posto que o jurista não pode então iludir o dever de dizer não às situações e relações de não-direito que os homens entre si ou o poder perante eles se proponham criar ou impor.”. Pelo que, historico-comunitariamente situado, a atitude do jurista não pode deixar de ser a de “dizer não” às situações que o seu âmagô repete como “não-Direito”.

Como causídico, acresce ainda que, propugnando por uma causa pela qual não acredita e que não aceitou voluntariamente, com algum grau de probabilidade frustrar-se-ia o intuito de o Advogado “(...) *pugnar pela boa aplicação das leis (...) e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas*”, proclamado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados no n.º 1 do artigo 85º.

Todavia, nesta matéria mas em sentido oposto, se pronunciou o Conselho Superior da Ordem dos Advogados, em Parecer datado de 30/04/1999, proferido no âmbito do Processo N.º R/34/99<sup>96</sup>. Estando em questão as convicções religiosas do causídico (Advogado-Estagiário, mais concretamente) para efeitos de acção de divórcio litigioso, o referido Parecer foi no sentido de que as mesmas não podem pôr em causa o dever de o Advogado prestar o seu patrocínio oficioso. Entendeu-se que, exigindo o exercício da objecção de consciência um procedimento de reconhecimento de tal estatuto, o n.º 6 do artigo 40º da C.R.P. não obstava ao dever de patrocínio do causídico. Contudo, o Conselho Superior esteve muito dividido. Por um lado, temos que as especificidades que revestem o patrocínio oficioso de um verdadeiro serviço público à comunidade não se compadecem com a liberdade inerente à aceitação do demais patrocínio forense, até porque o n.º 2 do artigo 41º da C.R.P. dispõe que ninguém pode ser isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa. Mas, por outro lado, a admissibilidade de escusa é plausível, porquanto, para além de agir contra a sua consciência, o causídico não defenderia os interesses do representado com a firmeza e combatividade de um Advogado a cuja consciência não repugnasse o divórcio de pessoas católicas. No sentido do supra-aludido Parecer, mas excedendo ainda os argumentos aí aduzidos, segue Salvador da Costa, qualificando como não “razoável e

<sup>94</sup> Orlando Guedes da Costa, em *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, 2ª Ed., Almedina, pág. 229.

<sup>95</sup> A. Castanheira Neves, em *O papel do jurista no nosso tempo*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. XLIV, 1968, pág. 133.

<sup>96</sup> Parecer do Cons. Sup. da OA, de 30/04/1999, Proc. N.º R/34/99, publicado in R.O.A., 59, págs. 1025 e ss.

objectivo” o pedido de escusa para uma acção de divórcio unicamente porque o Advogado professa a religião católica.<sup>97</sup>

Pese embora tais autorizadas opiniões, ousamos discordar, com veemência, da sua orientação. Na mesma esteira que nós, perscrutam-se Orlando Guedes da Costa<sup>98</sup> e Alfredo Gaspar<sup>99</sup>, este último interpretando a alínea b) do n.º 2 do artigo 85º do E.O.A. (alínea c) do artigo 78º do anterior Estatuto) no sentido de que “o Advogado deve recusar o patrocínio às questões que repugnem à sua consciência, pura e simplesmente, sem necessidade de outras justificações”. Entendemos que, mormente aquando de objecção de consciência relativamente a determinado tipo de litígio, a postura do Advogado deverá ser a de eximir-se ao patrocínio, recorrendo ao direito de escusa para salvaguarda do cariz ético-moral da profissão. Nestes casos, não cumpre à deontologia ingerir nas convicções do causídico, pois, de contrário, incoerentemente estar-se-á a contradizer aquela que foi já adoptada como máxima profissional do Advogado: “age de acordo com a tua ciência e consciência”. E sublinhe-se ainda que qualquer solução de compromisso entre as convicções do causídico e o dever de patrocínio, também, unicamente, a ele deverá caber.

## 9 - JURISPRUDÊNCIA INJUSTA

*“O direito aprende-se estudando, mas aplica-se pensando”*

*Decálogo do prof. Eduardo Couture*

Castanheira Neves afirma que a legislação “é o único modo por que se pode juridicamente impor qualquer necessária solução ao pluralismo social, quando manifestado em grupos ou sectores que ideologicamente conflituam.”<sup>100</sup>.

Vimos já, com António Arnaut, que, para recusa de patrocínio, “Deve, porém, tratar-se de uma lei manifestamente iníqua, que viole as profundas convicções do advogado”<sup>101</sup>.

Eis que nos assola a questão: será que somente a lei é impositiva de regras susceptíveis de colidir com as ideologias e convicções de cada um de nós enquanto pessoas, e, no caso concreto em apreço, enquanto Advogados?

Em suma, a *vexata questio* que colocamos - e a delucidar - é se equiparar-se-á à injustiça de uma lei a injustiça da aplicação de uma lei. Referimo-nos, *summo rigor*, aos casos de determinada orientação jurisprudencial seguir no sentido de dar a uma matéria um tratamento que ao Advogado se afigure como injusto.

<sup>97</sup> Salvador da Costa, em *O Apoio Judiciário*, 5ª Ed., Almedina, pág. 215.

<sup>98</sup> Vide citação *supra*, em Orlando Guedes da Costa, *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, 2ª Ed., Almedina, pág. 229.

<sup>99</sup> Alfredo Gaspar, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado e legislação complementar*, Jornal do Fundão Editora, pág. 129.

<sup>100</sup> A. Castanheira Neves, em *Justiça e Direito*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. LI, 1975, pág. 212.

<sup>101</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

Cumpre, aqui, brevemente realçar os diversos aspectos da jurisprudência da nossa ordem jurídica interna, para podermos adoptar uma posição.

Em primeiro lugar, a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Possuindo força obrigatória geral, os acórdãos proferidos são sempre abstractos e independentes do caso concreto, e constituem, portanto, fonte de Direito em Portugal<sup>102</sup>.

No que concerne à jurisprudência dos demais tribunais, desde que os Assentos foram declarados inconstitucionais<sup>103</sup>, e subsequentemente revogados<sup>104</sup>, que tal jurisprudência - não obstante o seu contributo inegável como fonte mediata do Direito - não possui força obrigatória geral no nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, o Julgamento Ampliado de Revista, trazido pela reforma do Código de Processo Civil de 1995 e vertido no artigo 732º-A e ss do C.P.C., veio reformular a uniformização da jurisprudência, através dos Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência; e em moldes semelhantes em sede criminal, no artigo 437º e ss do Código de Processo Penal.

Publicados na I Série-A do Diário da República, os Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência destinam-se às fontes gerais do Direito, mas sem que, no entanto, revistam força obrigatória geral, vinculem as instâncias ou vinculem o próprio STJ. Em sede de jurisdição administrativa, é o artigo 152º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos que prevê o recurso para uniformização de jurisprudência dirigido ao S.T.A., encontrando-se prevista no n.º 4 da mesma norma a publicação do correspondente acórdão na I Série do Diário da República. Já no âmbito do Processo Tributário, o objectivo de uniformização é prosseguido de forma diversa, através do recurso com fundamento em oposição de julgados, previsto no artigo 284º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Como tal, se o Advogado deve deter-se perante uma lei que considere manifestamente injusta, dúvidas se poderão suscitar se o mesmo desiderato se poderá aplicar quando a injustiça se situe não no campo da lei enquanto direito positivado, mas sim no campo da interpretação e aplicação da lei. Será que, nesses casos, o causídico é obrigado a patrocinar a demanda oficiosa para a qual haja sido nomeado? Entendemos que a resposta deverá ser negativa quando, e só quando, existir jurisprudência com força obrigatória geral ou jurisprudência uniformizada.

Mais claramente se vislumbrará tal posição aquando de pronúncia do Tribunal Constitucional. Pese embora o facto de não se tratar de lei, a injustiça que, para o causídico, revista tal pronúncia, é vinculativa, porquanto *“As decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades.”*<sup>105</sup>. Logo, para efeitos de recusa de patrocínio, parece-nos ser de equiparar a injustiça de tal pronúncia à injustiça de uma lei.

<sup>102</sup> Cfr. Oliveira Acensão, em *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 10ª ed., Almedina, pág. 326.

<sup>103</sup> Cfr. Acórdão n.º 810/93 de 7 de Dezembro, e Acórdão n.º 743/96 de 28 de Maio, ambos do Tribunal Constitucional.

<sup>104</sup> Pelo artigo 4º n.º 2 do D.L. n.º 329-A/95 de 12 de Dez., que revogou o artigo 2º do Código Civil.

<sup>105</sup> Assim prescreve o artigo 2º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional - Lei n.º 28/82 de 15 de Nov., com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de Nov., pela Lei n.º 85/89, de 7 de Set., pela Lei n.º 88/95, de 1 de Set., pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fev. e Rectif. 10/98 de 23/05.

Por outro lado, no atinente aos Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência, verdade é que os mesmos não possuem força obrigatória geral. Todavia, a uniformização da interpretação jurisprudencial relativamente a determinada matéria ou instituto jurídicos poderá, aos olhos do Advogado, revestir o pleito de um cariz que ele considere inultrapassável e manifestamente injusto. Em conformidade, pugnamos que não só a lei e a jurisprudência do Tribunal Constitucional manifestamente injustas, mas também o mesmo grau de iniquidade da interpretação uniformizada da questão, constituirá fundamento legítimo de escusa do causídico, com base na alínea b) do n.º 2 do art. 85º do E.O.A. .

Serão estes os casos em que, assumindo um papel de “legislador complementar”, entendemos que a intervenção criadora dos tribunais justificará eventual recusa de patrocínio. Já diverso entendimento deverá ser aplicado relativamente à demais jurisprudência, porquanto a sua volatilidade não será, *ab initio*, atentatória das convicções do Advogado.

## 10 - CAUSA INJUSTA

*“Est corpus Advocatorum seminarium dignitatum” -  
o corpo dos Advogados é um seminário de dignidade  
Dicionário de Adágios e Provérbios Jurídicos*

Théo Collignon define Causa Justa como sendo “aquele litígio que, podendo apresentar-se de boa fé, pode ser defendido, com a ajuda de meios escrupulosos, por uma pessoa de honra”<sup>106</sup>.

No entanto, a objectividade dos elementos a que faz referência são, desde logo, criticados por Alfredo Gaspar<sup>107</sup>. Tal autor alerta que causa justa não é um conceito unívoco, distinguindo mesmo a acepção clássica de uma corrente mais moderna: na acepção clássica, “a causa justa será apenas aquela que dá ao seu cliente aquilo que lhe pertence”<sup>108</sup>, enquanto na acepção moderna, “a justiça da causa depende só das necessidades efectivas do constituinte”.

Embora se denote alguma promiscuidade entre ambas as noções, a questão da lei injusta não se irmana, portanto, com a de causa injusta. Certo que a lei injusta implicará causa injusta, tanto no caso de a lei ser injusta *de per se*, como quando o é apenas casuisticamente, em determinado processo. Mas já

<sup>106</sup> Théo Collignon, em *Iniciacion al ejercicio de la abocacia*, Madrid, 1958, pág. 141.

<sup>107</sup> Alfredo Gaspar, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado e legislação complementar*, Jornal do Fundão Editora, pág. 129.

<sup>108</sup> Proclamado por Justiniano sob a locução latina *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* - A Justiça é um firme e constante desejo de dar a cada um o que lhe pertence.

o contrário não acontecerá, pois outros motivos são também susceptíveis de revestir o pleito de um cariz injusto. Seguidamente abordaremos, com a brevidade que se nos impõe, tais casos.

### 10.1 - Falta de Fundamento

A falta de fundamento da pretensão do constituinte - seja por carência de direito do assistido, seja por manifesta inviabilidade da pretensão - , configura, desde logo, não só causa idónea à não aceitação do mandato mas igualmente motivo para escusa do patrocínio oficioso<sup>109</sup>. A este propósito, estatuem as alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 85º do Estatuto que é dever do causídico não promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou à descoberta da verdade, bem como recusar o patrocínio a questões que considere injustas.

Por isso, a falta de fundamento distingue-se, por outra banda, da situação em que o êxito do litígio a patrocinar é incerto<sup>110</sup>. Enquanto que na primeira situação inexistente carência de tutela judicial por inexistência de direito ou por ilegitimidade do seu exercício, na segunda hipótese sobressai a dificuldade probatória, em sede judicial, de um direito que existe e legítimo é o seu exercício. Não obstante a apontada diferença, facto é que existem pontos de contacto entre ambas as situações: em ambas, cumpre ao Advogado consciencializar o constituinte da realidade juridico-processual, e não só na primeira, mas, eventualmente, também na segunda das situações, não partir para a litigiosidade.

No âmbito da falta de fundamento da causa releva o fenómeno do **Abuso do Direito**, sancionado pelo artigo 334º do Código Civil português. Podendo apresentar-se sob a forma de Abuso Institucional (referente ao fim social ou económico do direito) ou Abuso Individual (por atentatório da boa-fé e bons costumes)<sup>111</sup>, o Abuso do Direito funda-se numa “espontânea segregação de um sistema que se quis na aproximação dialéctica entre Direito e Justiça.”<sup>112</sup>. Quem age em abuso do Direito invoca um poder que formalmente lhe pertence, embora não tenha fundamento material. Por isso, serão direitos cujo exercício configura uma clamorosa ofensa do valor Justiça e do sentimento jurídico socialmente dominante, embora lealmente se aceitando como boa e valiosa para o comum dos casos a sua estatuição<sup>113</sup>. Por isso é que Orlando de Carvalho o apelida de “extrema ratio na sindicacão da ilicitude”<sup>114</sup>. Também porque a violação do art. 334º do Código Civil é independente do *animus* ou até da consciência que o seu titular tenha do carácter abusivo do comportamento, maior é o dever de, nestes casos, o Advogado alertar o constituinte para o exercício ilegítimo de tal direito, aconselhá-lo a não prosseguir com a demanda visto a mesma enfermar de injustiça, e, *in limine*, eximir-se ao patrocínio.

Plausível será a postura de recusa de patrocínio da causa por falta de fundamento, quer em prol da racionalização dos recursos públicos aquando de Apoio Judiciário, quer ainda porque o próprio Advogado pode ser condenado como litigante de má-fé, *ex vi* do artigo 459º do Código de Processo Civil: “ Quando se reconheça que o mandatário da parte teve responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má fé na causa, dar-se-á conhecimento do facto à Ordem dos Advogados ou à

<sup>109</sup> A título ilustrativo, veja-se, por exemplo, Parecer de 22-5-1976 da Ordem dos Advogados, in R.O.A., Ano 37, 1977.

<sup>110</sup> Conforme aponta Carlo Lega, em *Deontologia de la profesion de Abogado*, 2ª Ed., Civitas, pág. 89.

<sup>111</sup> Para mais considerações, vide Heinrich Horster, em *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, pág. 280.

<sup>112</sup> Mª Regina Redinha, em *Deliberações Sociais Abusivas*, in Revista de Direito e Economia, 10/11, 1984/1985.

<sup>113</sup> Vide Vaz Serra, em *Abuso do Direito*, in B.M.J., n.º 85, pág. 253, e Manuel de Andrade, em *Teoria Geral das Obrigações*, pág. 63, e ainda em *Sobre a validade das cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, in R.L.J., Ano 87, pág. 307.

<sup>114</sup> Orlando de Carvalho, em *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, pág. 37.

*Câmara dos Solicitadores, para que estas possam aplicar as sanções respectivas e condenar o mandatário na quota-parte das custas, multa e indemnização que lhes parecer justa.*". Todavia, em sede de má-fé do próprio Advogado<sup>115</sup>, note-se que é entendimento da Ordem dos Advogados ter que existir verdadeiro dolo do mandatário para existir a sua responsabilidade pessoal e directa, conforme inculcam os Acórdãos do Cons. Especial de 21/12/1950 e de 15/10/1966, e o Acórdão do Conselho Superior de 14/10/1983, mais havendo quem sustente mesmo que tal preceito processual é inconstitucional<sup>116</sup>.

Mais acresce que, se o constituinte é, processualmente, Autor na causa, perante uma falta de fundamento da mesma ele não tem interesse processual em agir, uma vez que não se encontra numa situação de carência que necessite da intervenção dos tribunais. Motivo pelo qual deverá, em tais casos, a petição inicial ser liminarmente indeferida por falta de interesse em agir, *ex vi* do n.º 1 do art. 234º-A do C.P.C.<sup>117</sup>.

Em conformidade, no plano do Apoio Judiciário, o artigo 34.º da Lei n.º 34/2004 de 29/07 prevê o pedido escusa do causídico nomeado quando este considerar manifesta a falta de fundamento da pretensão a deduzir pelo representado, mais sancionando, no seu n.º 5, que "*Sendo concedida a escusa, a Ordem dos Advogados procede imediatamente à nomeação e designação de novo patrono, excepto no caso de fundamento do pedido de escusa ser a inexistência de fundamento legal da pretensão, caso em que pode recusar nova nomeação para o mesmo fim.*".

Não obstante, em Parecer relativo ao Processo n.º E-25/97<sup>118</sup>, a Ordem dos Advogados, pela pena de Alfredo Castanheira Neves, foi ainda mais longe, decidindo que, para efeitos de escusa como patrono oficioso, não só a falta de fundamento tem de ser total, mas têm ainda de concorrer, para a viabilidade de tal escusa, circunstâncias subjectivas do concreto causídico para não patrocinar a demanda.

A subjectividade que imbuí o expediente da escusa é, uma vez mais, coerentemente exaltada em tal Parecer, nesta sede valendo as considerações tecidas *supra*<sup>119</sup>, para as quais remetemos. E não se pense que, tão-pouco, é recente a relevância atribuída à consciência do causídico para recusa do patrocínio por falta de fundamento. Já no Acórdão de 16-04-1964<sup>120</sup>, a Ordem dos Advogados entendeu não incorrer em falta profissional o causídico que, tendo tempestivamente indicado um colega para o efeito, em consciência recusou recorrer de sentença condenatória.

## 10.2 - Meios Injustos

Uma nota se quer deixar, também, sobre a questão de saber se o causídico deve aceitar ou recusar o patrocínio quando, para a causa a prosseguir, se apercebe, *a priori*, da inevitabilidade do recurso (voluntário ou involuntário) a meios reprováveis.

Neste ponto da temática, optaremos por subdistinguir duas hipóteses: os Meios de Defesa Falsos, por um lado, e, por outro lado, os Expedientes Dilatórios.

<sup>115</sup> Que é, ele mesmo, a 'parte vencida', no entendimento do Tribunal Constitucional proferido no Acórdão n.º 90/97 de 5 de Fev. 1887 no âmbito do Proc. n.º 495/96, in B.M.J. n.º 464, Março 1997.

<sup>116</sup> Cfr. Fernando Luso Soares, em *A Responsabilidade Processual*, págs. 183-186.

<sup>117</sup> Artigo 234º-A do C.P.C.: "*1. Nos casos referidos nas alíneas a) a e) do número 4 do artigo anterior, pode o juiz, em vez de ordenar a citação, indeferir liminarmente a petição, quando o pedido seja manifestamente improcedente (...).*"

<sup>118</sup> Parecer do Proc. n.º E-25/97, publicado in R.O.A., Ano 58, 1998.

<sup>119</sup> Nos pontos 6.) e 7.2) desta dissertação.

<sup>120</sup> Acórdão de 16-04-1964, publicado in R.O.A., Ano 24, 1964.

### 10.2.1 - Meios de Defesa Falsos

*“O advogado, que o queira ser na verdadeira aceção da palavra, deve respeito à verdade.”*

*Dionísio Pinho*

*em “O Advogado perante a Verdade”*

A Constituição da República Portuguesa assegura a todos os cidadãos “o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”<sup>121</sup>, sendo que, em sede penal, firma mesmo que “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa (...)”<sup>122</sup>. Por tal motivo, poderá pensar-se, e mesmo afirmar-se, que tudo é admissível - “tout se plaid”, dizem os franceses - , *maxime* em sede processual penal<sup>123</sup>, no que tange aos meios a utilizar na defesa judicial dos cidadãos.

Não obstante, não é em nome da tal imperativo constitucional que deontologicamente se aprovará qualquer tipo de defesa, ainda que em sede de processo penal. Será o caso, v.g., de recurso à falsidade das declarações a prestar pelo arguido, dos depoimentos testemunhais a colher e das provas a apresentar. Empreender tais meios na defesa da demanda é, de todo e em absoluto, repudiável. Relembre-se, com Figueiredo Dias, que o Advogado exerce “uma função pública de administração da justiça e é, por conseguinte, um órgão desta administração”<sup>124</sup>.

Certo que ao Advogado não se exige uma **investigação ética** sobre os meios a utilizar na defesa da causa<sup>125</sup>, até porque conhece a versão de somente uma das partes. Aliás, alguma prudência deverá ter o causídico quanto à extroversão de juízos de valor negativos sobre a demanda e as provas indicadas pelo constituínte, pois, inclusivamente, pode gerar uma quebra de confiança do cliente, fazendo-o sentir-se constrangido a partilhar e aconselhar-se. Então, impõe-se que, no seu íntimo, faça um juízo prévio à luz das suas convicções, após o qual bastará que a sua consciência esteja tranquila e que acredite no que faz para que deva aceitar o patrocínio da lide<sup>126</sup>.

No entanto, com a falsidade dos meios probatórios não poderá o Advogado pactuar. Desde logo, a iniciativa de recorrer a tais meios é-lhe moral e deontologicamente vedada. Por outro lado, pertencendo a iniciativa da má-fé não ao causídico mas ao constituínte, impõe-se ao primeiro dissuadir o segundo de recorrer a tais expedientes, mormente alertando-o para suas as implicações criminais e/ou eventual condenação como litigante de má fé. *Inclusive*, a má fé do cliente pode não ser perceptível

---

<sup>121</sup> Artigo 20º n.º 1 da C.R.P. .

<sup>122</sup> Artigo 32º n.º 1 da C.R.P. .

<sup>123</sup> Argumenta mesmo Zanardelli, em *L'Avvocatura*, págs. 160 e 161 - citado e simultaneamente criticado tanto por Alfredo Gaspar como por Carlo Lega nas obras supra-citadas -, que em sede processual criminal, “o patrocínio de uma causa má, não só é legítimo, se não ainda obrigatório, porquanto a humanidade ordena-o, a piedade exige-o, o costume comporta-o, a Lei impõe-no”.

<sup>124</sup> J. Figueiredo Dias, em *Direito Processual Penal*, I, pág. 471.

<sup>125</sup> Assim também Carlo Lega, em *Deontologia de la profesion de Abogado*, 2ª Ed., Civitas, pág. 93.

<sup>126</sup> *Vide* Maurice Garçon em *O Advogado e a Moral*; e ainda *Deveres do Advogado para com a Comunidade*, in B.O.A., 2/88, III Série, Março/Abril.

imediatamente, incumbindo ao causídico, com base na sua ciência e experiência, tentar perscrutar quaisquer tentativas de instrumentalização da sua pessoa para uma causa injusta<sup>127</sup>.

Não logrando dissuadir o constituinte de tais intentos, outra solução não restará ao Advogado senão recusar o patrocínio. Isto por duas ordens de razões: a primeira, porque está adstrito ao dever de Probidade, estatuído no ponto 2.2 do CCBE, e ainda porque, nos termos do artigo 84º do E.O.A., cumpre ao Advogado manter sempre a maior **independência e isenção**, não se servindo do mandato para prosseguir objectivos que não sejam estritamente profissionais. A segunda, porque a independência técnica do Advogado implica que a **estratégia de defesa a adoptar e o controlo objectivo das provas a utilizar em sede processual estejam no âmbito da sua alçada**<sup>128</sup>. O constituinte é, na maioria das vezes, um leigo, e quando procura o Advogado para uma demanda, busca não só um representante processual mas também um conselheiro<sup>129</sup>. Vimos já que o cariz jurídico da profissão não reduz o Advogado ao "legal", ao direito positivo. Prova disso mesmo é a existência da deontologia profissional, designadamente como garante da moralidade do Advogado, facto que, comparativamente, não existe no consultor jurídico *tout court*.

Não se subestima - veja-se - a tese de que a descoberta da verdade material é um dever intrínseco somente do Juiz. No caso do Advogado - e pese embora o dever de probidade - a descoberta da verdade material somente se lhe impõe como um dever parcial, pois a verdade em que o causídico se move é a **verdade formal** carregada para o processo, impreterivelmente uma verdade relativa, em que regem os prazos peremptórios, o ónus da prova, etc.<sup>130</sup>. E em nome deste princípio poder-se-á, inclusivamente, e como defende Peinador Navarro<sup>131</sup>, admitir a possibilidade de o causídico ocultar processualmente aquilo que prejudica o constituinte.

Contudo, não quer isto dizer que o Advogado poderá falsear os factos e respectivas provas que carrega para o pleito, pugnando com e/ou por uma mentira. A tal está impedido pelo já aludido dever de Probidade que sobre si impende - plasmado no Ponto 2.2 do CCBE - , pelo Ponto 4.4 do CCBE - que dispõe que "*Em circunstância nenhuma pode o advogado, conscientemente, dar ao Tribunal uma informação falsa ou susceptível de o induzir em erro.*" - , pelo Ponto 4.5 do mesmo código, e ainda pelo artigo 456º n.º 2 alínea b) do Código de Processo Civil, que qualifica como litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave, "*Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa*". A falsidade dos meios de prova é mesmo um dos fundamentos para recurso de Revisão previstos pela alínea b) do artigo 771º da lei processual civil<sup>132</sup> e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 449º da lei processual penal<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> Como alerta Dionísio Pinho, em *O Advogado perante a Verdade*, in B.O.A. n.º 15, Julho de 1983, pág.31.

<sup>128</sup> Assim inculcam o artigo 6º n.º 2 da LOFTJ e o ponto 3.1.2 do CCBE.

<sup>129</sup> Cfr. artigo 95º n.º 1 alínea a) do E.O.A., e ponto 3.1.2 do CCBE.

<sup>130</sup> Neste ponto, vide Augusto Lopes Cardoso, em *Do Advogado e da Verdade - em jeito de charla* -, in Revista do Cons. Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, N.º 1, Ano 1991, págs. 18 a 21.

<sup>131</sup> Peinador Navarro, em *Tratado de moral profissional*, citado por Carlo Olega na pág. 95 da já citada obra.

<sup>132</sup> Artigo 771º do C.P.C.: "*A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos:*" "b) *Quando se verifique a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos, que possam em qualquer dos casos ter determinado a decisão a rever.(...)*".

<sup>133</sup> Artigo 449º do C.P.P.: "*1 - A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando:*" "a) *Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão;*".

Até porque, entre a defesa leal e a desleal, o que estará em questão não é o direito constitucional de ser defendido por Advogado, mas tão-somente o modo de assumir e de exercer a defesa.

E, como estatui quer a deontologia profissional, quer a lei processual (*maxime* em sede civil), a lealdade processual é um dever que se impõe ao causídico: assim o dita o artigo 107º n.º 1 alínea d) do Estatuto<sup>134</sup>, e pontos 4.2<sup>135</sup> e 5.1.1<sup>136</sup> do CCBE, dever igualmente com respaldo no Princípio da Cooperação Processual previsto no n.º 1 do artigo 266º do Código de Processo Civil<sup>137</sup>, no dever de boa fé processual previsto no artigo 266.º-A do mesmo código<sup>138</sup>, e ainda no dever de cooperação para a descoberta da verdade, plasmado no artigo 519º do mesmo diploma<sup>139</sup>.

Não obstante, note-se, o dever de lealdade e cooperação entre colegas não deverá ser dissociado do dever de lealdade para com os clientes: assim lembra o ponto 5.1.1 *in fine* do CCBE<sup>140</sup>, reiterado pelo Acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de 23/11/1995<sup>141</sup>.

Contudo, sendo um colaborador privilegiado da Justiça, o Advogado tem o dever fundamental de respeitar a verdade, única postura consentânea com a forte moral de que deve ser forjado e, simultaneamente, com o decoro e dignidade da profissão. Até porque, desviando o Tribunal da verdade, a apreensão da realidade subjacente ao litígio, por parte do julgador, pode levá-lo a sentenciar uma injustiça, quiçá condenando um inocente. Tal configuraria uma inversão completa da função social do Advogado enquanto prossecutor da justiça.

### 10.2.2 - Expedientes Dilatórios

*“Deverá servir-se o fim bom, ainda que com meios maus.”*

*Angel Ossório y Gallardo*

*em “A Alma da Toga”*

A hipótese de trabalho que ora se coloca é, diversamente, se em alguma situação se justifica que o Advogado postergue o enquadramento deontológico-processual que lhe impõe a proibição de adoptar condutas dilatórias e/ou menos éticas.

<sup>134</sup> Artigo 107º n.º 1 alínea d) do E.O.A.: “*Constituem deveres dos advogados nas suas relações recíprocas:*” “*Actuar com a maior lealdade, não procurando obter vantagens ilegítimas ou indevidas para o seu cliente;*”.

<sup>135</sup> Ponto 4.2 do CCBE: “*O advogado deve, em todas as circunstâncias, observar o carácter contraditório dos debates (...)*”.

<sup>136</sup> Ponto 5.1.1 do CCBE: “*A solidariedade exige relações de confiança entre os advogados(...)*”.

<sup>137</sup> Artigo 266º do C.P.C.: “*Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*”.

<sup>138</sup> Artigo 266.º-A do C.P.C.: “*As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.*”.

<sup>139</sup> Artigo 519º, *maxime* n.ºs 1 e 2: “*1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.*” ; “*2. Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do art. 344.º do Código Civil.*”.

<sup>140</sup> Ponto 5.1.1 *in fine* do CCBE: “*(...) A solidariedade não deve nunca colocar em oposição os interesses do advogado e os interesses do cliente.*”.

<sup>141</sup> Ac. Cons. Sup. da OA de 23/11/1995, publicado in R.O.A. 57, pág. 1427.

A questão é controversa; consequentemente, serão admissíveis respostas idoneamente sustentadas em ambos os sentidos. Não obstante, e atendendo a tudo o expandido ao longo desta dissertação, a nossa resposta não poderá deixar de pender para um dos pratos da balança.

Prescreve a alínea a) do n.º 2 do art. 85º do E.O.A. que constitui um dever do Advogado para com a comunidade " *não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou a descoberta da verdade*", mais aduzindo a parte final do n.º 2 do art. 103º do mesmo diploma que é especialmente vedado aos Advogados " *recorrer a meios desleais de defesa dos interesses das partes.*". Nesta matéria, sanciona ainda o Código de Processo Civil, na alínea d) do n.º 2 do artigo 456º, que será litigante de má fé quem " *Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.*".

Seguramente que o Advogado está vinculado à lei e ao Direito - assim o dispõe o artigo 8º n.º 2 do Código Civil português e o artigo 85º n.º 2 alínea a) do E.O.A. - , e, como tal, adstrito às consequências processuais e disciplinares pelo seu incumprimento. A conduta processual de entorpecer a acção da justiça pode mesmo ser fonte de responsabilidade disciplinar do próprio Advogado pela litigância de má fé em que o mandante haja sido condenado, conforme dispõe o artigo 459.º do Código de Processo Civil.

No entanto, e como ensina António Arnaut<sup>142</sup>, "O advogado serve a justiça mais do que a lei", desiderato com respaldo no art. 208º da C.R.P., nos artigos 6º e 114º da L.O.F.T.J., nos artigos 83º e 85º n.º 2 alíneas a) e b) do Estatuto, e ainda no Ponto 1.1 do CCBE .

Consequentemente, e uma vez mais recorrendo ao conceito penalista de "conflito de deveres"<sup>143</sup>, entendemos existirem situações em que condutas do causídico dotadas de menor ética e de entorpecimento processual poder-se-ão justificar. Mas feita tal afirmação, mais se lhe agrilhoa a seguinte prudência: se e só se em nome do supremo valor "Justiça".<sup>144</sup>

Em consonância, escreve Angel Ossorio y Gallardo que "julgo que não é só louvável mas que será, por vezes, heróico ver comprometida a própria reputação usando de ardis censuráveis para servir um fim bom, que talvez seja desconhecido de todos, menos do advogado a quem cumpre sofrer e calar."<sup>145</sup>

Já pugnando pelo sentido oposto, sob a égide da moralidade *tout court*, temos a posição assumida por Perez e por Martinez Val <sup>146</sup>. Perez, criticando a orientação do supra-citado Advogado espanhol, acusa-o de, nesta matéria, revelar não só uma grande insensibilidade ética como igualmente uma grosseira ignorância dos comandos ditados pela moral. Também neste sentido, apesar de mais

<sup>142</sup> António Arnaut, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed., pág. 86.

<sup>143</sup> Previsto no artigo 36º n.º 1 do Código Penal português.

<sup>144</sup> Neste sentido, *vide* os exemplos aduzidos por Carlos Manuel Ferreira da Silva em *Processo e Ética*, in R.O.A. 59, 1999, n.º 3, págs. 1092 e 1093, de onde se destaca a decisão de deduzir Contestação sem fundamento legal, com o único intuito de, sabendo poder pagar o valor peticionado e efectivamente devido no prazo de 6 meses, protelar a cobrança como único meio de a Ré evitar a falência e concomitante despedimento dos seus funcionários.

<sup>145</sup> Angel Ossorio y Gallardo, em *A Alma da Toga*, trad. de Ant.º de Sousa Madeira Pinto, pág. 21.

<sup>146</sup> Citados por Alfredo Gaspar, em *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado e legislação complementar*, Jornal do Fundão Editora, pág. 128.

comedido, se pronuncia Martinez Val, apelidando de “maquiavélica” a atitude de justificação dos meios pelos fins.

Não obstante a excelência de ambas as teses expostas, tendemos para a primeira. A segunda das orientações faz denotar uma filosofia de acção deontológica puramente kantiana. Parece exortar que a acção do Advogado tem de reger-se sempre, sem excepções, por uma “vontade absolutamente boa”, inconcebendo, em quaisquer circunstâncias, que se pautem por uma “vontade apenas relativamente boa” por bom ser o fim a atingir<sup>147</sup>. E é tão-somente essa rigidez inultrapassável que refutamos.

Por conseguinte, imbuído o Advogado numa multiplicidade de deveres, entendemos que a **equidade do fim poderá justificar meios menos ortodoxos**. Claro está que, desde já, se afasta de tal sentido a situação de tais meios serem ilegais, *maxime* se constituírem, *de per se*, ilícito criminal. Mas, ainda que fora desses casos, é exigível ao Advogado um rigoroso sopesar dos princípios envolvidos para, em consciência e casuisticamente, poder optar pela solução mais consentânea com a justiça, nunca olvidando que é ténue a linha em que a busca desta poderá extraviar-se para o resultado oposto. Até porque o Advogado não é nem deve ser imune à certeza firmada por Kant: “O céu estrelado acima de mim e a lei moral em mim”.

## 11 - PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DO PODER DE ESCUSA

Preliminarmente, relembre-se, com Orlando Guedes da Costa<sup>148</sup>, que são deveres deontológicos gerais dos Advogados:

- 1) o dever de uma elevada consciência moral;
- 2) o dever de probidade; e
- 3) o dever geral de urbanidade.

Centremo-nos nos dois primeiros deveres ora apontados.

No atinente à consciência moral, e parafraseando Carlo Lega<sup>149</sup>, deve o causídico reger-se por um imperativo categórico (de cariz kantiano) que o determine a agir de acordo com a sua ciência e consciência.

Por seu lado, o dever de Probidade encontra-se preconizado no ponto 2.2 do CCBE, o qual, sob a epígrafe de “*Confiança e Integridade Moral*”, estatui que “*As relações de confiança não podem existir se houver dúvida sobre a honestidade, a probidade, a rectidão ou a sinceridade do advogado. Para o advogado, estas virtudes tradicionais são obrigações profissionais*”. Mais encontra, o mesmo princípio, consagração no art. 83º E.O.A., cujo n.º 1 prescreve que “*O advogado é indispensável à administração da justiça e, como tal, deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce(...)*”, prosseguindo o n.º 2 do mesmo normativo que “*A honestidade, probidade, rectidão, lealdade, cortesia e sinceridade são obrigações profissionais.*” .

<sup>147</sup> Expressões de Immanuel Kant, em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa Editora, pág. 111.

<sup>148</sup> Orlando Guedes da Costa, em *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, 2ª Ed., Almedina, pág. 12.

<sup>149</sup> Carlo Lega, em *Deontologia de la Profission de Abogado*, Madrid, 1976, pág. 68.

A este propósito, aduz Abranches de Soveral que “enquanto nos outros casos, a profissão faz e modela o Homem, na advocacia é o Homem que faz a profissão. Daí que pode haver maus advogados mas nunca má advocacia”<sup>150</sup>. Transpondo para o plano legal, compete à Ordem dos Advogados exercer o controlo deontológico sobre os Advogados e também sobre os Advogados-Estagiários. As diversas alíneas do art. 3º do E.O.A. especificam os poderes estatutariamente atribuídos, estendendo tal controlo ao nível disciplinar (alínea g), nível social (alínea d), ao nível da defesa corporativista dos seus membros (alínea e), etc.

Nesta sede, interessa-nos o controlo que a Ordem dos Advogados exerce sobre o acesso à profissão, bem como sobre o exercício desta. Tal controlo é de duas naturezas: Legal<sup>151</sup> e Deontológico<sup>152</sup>. Particularmente debruçando-nos sobre o controlo Deontológico, os vários afloramentos estatutários de tal poder são reflexo de a Advocacia consistir no exercício privado de uma profissão de interesse público.

Apliquemos, então, o ora expandido à questão do poder de o Advogado se deter perante uma lei injusta.

Todo o comportamento humano, desde que racionalmente adoptado, tem subjacente um juízo de valor e, conseqüentemente, revela intrinsecamente a personalidade do seu sujeito. Conforme supra-exposto, uma elevada consciência moral e a probidade são deveres deontológicos gerais dos Advogados. E, como tal, à Ordem dos Advogados compete zelar pelo cumprimento de tais deveres.

Não fornecendo o Estatuto um critério objectivo-taxativo, e relegando - na alínea b) do n.º 2 do artigo 85º - para a consciência do Advogado a sensível matéria de saber o que é uma questão injusta, de algum contra-senso poderá revestir-se o facto de o mesmo diploma legal consagrar o direito de a Ordem dos Advogados poder aferir da bondade do pedido de escusa também nesta matéria<sup>153</sup>.

Os Advogados objectores de consciência, analogamente aos objectores de consciência “civis” de John Rawls, “não buscam ocasiões para desobedecer como modo de afirmarem a sua posição. Pelo contrário, esperam que não sejam colocados perante a necessidade de obedecer”<sup>154</sup>, no nosso caso ao comando/nomeação para patrocínio.

No estrito plano dos princípios, e mormente no que tange à justiça da demanda, seria bastante o controlo deontológico do cumprimento dos deveres gerais de “elevada consciência moral” e de “probidade” dos seus membros para que a Ordem dos Advogados conseguisse assegurar que o direito de escusa não fosse utilizado como expediente de evasão da responsabilidade deontológico-legal prescrita pela alínea b) do n.º 2 do art. 85º do E.O.A. . Pois, *summo rigor*, nenhum membro dotado de uma elevada consciência moral e probidade<sup>155</sup> recusaria o patrocínio oficioso de uma questão alegando ser (manifestamente) injusta se, em consciência e nas suas convicções, a não sentisse como tal.

Até porque, o exíguo prazo para apreciação do pedido de escusa, por um lado, e um avultado número deste tipo de requerimentos, por outro lado, tornam inviável que tais pedidos sejam apreciados

<sup>150</sup> A. Abranches de Soveral, em *Função Social do Advogado*, in R.O.A., Ano 49, 1989, pág. 307.

<sup>151</sup> Artigos 3º alínea d), 42º n.º 1 alíneas d), f), g) e h), 76º a 81º, 69º, 188º, 194º, 203º, 196 e ss, todos do E.O.A., e art. 6º da Lei n.º 49/2004 de 24/08 (regime jurídico dos actos próprios da profissão).

<sup>152</sup> Artigos 3º alínea g), 43º n.º 1 alíneas a), b), c), e), e j) e n.º 3, 54º alíneas a) e b), e 109º, igualmente do Estatuto.

<sup>153</sup> Artigo 50º n.º 1 alínea s) do E.O.A., e noutros diplomas, o artigo 43º n.º 2 do C.Proc.Civil, e artigos 34º n.º 1 e 42º n.º 2 da Lei do Apoio Judiciário.

<sup>154</sup> John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, 2ª Ed., Editorial Presença, pág. 286.

com a amplitude e atenção que merecem. Não se olvide que são casos em que está em causa aquilo que de mais precioso o Advogado possui: a sua consciência ético-profissional.

Mais do que um dever para com a comunidade, temos para nós que recusar o patrocínio de “*questões que considere injustas*”<sup>156</sup> é um dever do Advogado para consigo próprio. A consciência - e cada qual tem a sua - poderá obstar a que o Advogado logre servir da melhor forma possível os interesses que lhe são confiados; e tanto maior obstáculo consistirá à sua “obrigação de meios” quanto maior for a repulsa do causídico pela causa.

Porquanto, ao invés de interferir com a consciência do Advogado, pugnamos para que a Ordem dos Advogados respeite a decisão do causídico, não impondo heteronomamente patrocínios involuntários. No entanto, sinalagmaticamente deve actuar de forma lesta a nível disciplinar, sempre que a recusa suscite suspeitas de o mesmo Advogado não lograr mostrar-se à altura da “*dignidade e responsabilidades da função que exerce*”<sup>157</sup> por carência dos motivos alegados. Pois, se pugnamos pela suplantação da objecção de consciência do Advogado relativamente ao seu dever de patrocínio, somente será concebível, para os profissionais da Advocacia, uma “*objecção de consciência selectiva*” (na terminologia Rawlsiana). Em suma, um maior crédito e simultaneamente maior responsabilização pelas opções que os Advogados assumam nesta matéria.

## 12 - CONCLUSÕES

*“A advocacia é uma tarefa fatigante  
posta ao serviço da justiça.”*

*Decálogo do prof. Eduardo Couture*

Três certezas cumpre agora salientar, quiçá contrapesos do poder de escusa.

A primeira certeza, que o dever de “*Colaborar no acesso ao direito*”, previsto pela alínea f) do art. 85º do E.O.A., impõe ao Advogado um exercício desinteressado dos seus serviços, ressaltando a função social da profissão.

A segunda, que o Advogado não é - nem tem que ser - imparcial, dado que a facciosidade da sua intervenção processual visa o triunfo de uma das partes em concomitante derrota da outra.

A terceira certeza é que a personalidade do Advogado não tem que se identificar com a causa que defende.

Em sede de conclusões, é simultaneamente uma tentação e um enaltecimento transcrever a sinopse das posições assumidas por Angel Ossório y Gallardo<sup>158</sup>:

- na dúvida sobre a moralidade da causa, “teremos de ater-nos ao nosso critério e de só por ele nos guiarmos”;

---

<sup>155</sup> A “honorabilidade, a honestidade e a integridade” a que alude o ponto 2.2 do CCBE.

<sup>156</sup> Artigo 85º n.º 2 alínea b) do E.O.A. .

<sup>157</sup> N.º 1 do artigo 83º do E.O.A. .

<sup>158</sup> Angel Ossório y Gallardo, em *A Alma da Toga*, trad. de Ant.º de Sousa Madeira Pinto, págs. 20 a 22, também citadas por Alfredo Gaspar em *Estatuto da Ordem dos Advogados e legislação complementar*, Jornal do Fundão Editora, pág. 128.

- na oposição entre a moral e a lei, “devemos resolvê-la no sentido do que a moral indicar e pleitear contra a lei injusta, inadequada ou arcaica”;
- perante a moralidade da causa e imoralidade dos meios indispensáveis para a defender, e não obstante as supra-aludidas críticas, “deverá servir-se o fim bom, ainda que com meios maus”;
- quanto à licitude ou ilicitude de raciocínio, “nunca em caso algum é permitido faltar à verdade na narração dos factos” e “com respeito às teses jurídicas não se admitem contradições”;
- havendo oposição entre os interesses do causídico e do cliente, “nós, advogados, não existimos para nós, mas para os outros”;
- no (aparente) conflito de deveres entre fazer triunfar a justiça ou o cliente, “quando um advogado aceita uma defesa, é porque entende, ainda que por equívoco, que a pretensão do seu cliente é justa, e, em tal caso, o triunfo do cliente será o triunfo da Justiça”.

Serão estas as indagações que o causídico, enquanto profissional dotado de um forte sentido ético-moral, deverá colocar-se, no que concerne à aceitação ou recusa do patrocínio de uma causa; e, a nosso ver, também estas serão as respectivas respostas a tais questões.

De todo o expendido *supra*, no entanto, indubitavelmente podemos concluir que o problema da escusa motivado pelas convicções do Advogado ultrapassa em muito o âmbito da deontologia profissional. Motivo pelo qual a deontologia terá de socorrer-se de outras ciências - morais, jurídicas, filosóficas e sociológicas - para tentar alcançar uma decisão equitativa. E decisão equitativa, note-se, não será apenas a “decisão subjectiva” do causídico que requer a escusa, mas igualmente a “decisão objectiva” dos membros do respectivo Conselho Distrital<sup>159</sup> e, em sede de recurso, do Conselho Superior<sup>160</sup>, quanto à apreciação de tal pedido.

Reconhecemos como quimérico que todos os Advogados somente se escusassem perante causas que, substancialmente, colidissem com a sua consciência e sentido de justiça. Logo, por uma questão de pragmatismo compreendemos que o controlo atribuído ao Conselho Distrital da Ordem dos Advogados se aplique, designadamente, à questão da justiça ou injustiça da demanda para efeitos de escusa do patrono nomeado.

Todavia, se, como escreve Martinez Val, “a lei injusta não obriga em consciência o Advogado”<sup>161</sup>, deverá a Ordem dos Advogados ingerir na sua esfera pessoal, fazendo tábua rasa das suas convicções, mais acrescentando que a sua pronúncia enferma de uma inultrapassável objectividade? Ousamos responder que o regime-regra não poderá ser outro que, implicando o patrocínio propugnar por lei que considera injusta, e ditando a consciência do causídico que não deverá pleitear por tal causa, estar-se-á perante fundamento legítimo de recusa do patrocínio (art. 85º n.º 2 al. b) E.O.A.). Prevalecerá, pois, a liberdade profissional e pessoal do Advogado como regra, e a imposição de patrocínios involuntários como excepção.

Mas ousamos ir mais longe, sustentando que, mesmo aquando de flagrante abuso do poder de escusa, será preferível agir disciplinarmente sobre o causídico recusante do que impor ao representado um Advogado que se tentou eximir do patrocínio daquela causa. Vale-nos, aqui, a lição de Alfredo

<sup>159</sup> Pela alínea q) do n.º 1 do art. 50º do E.O.A. .

<sup>160</sup> Artigo 43º n.º 1 do E.O.A. .

Gaspar: “o réu defender-se-ia melhor por si próprio, do que por um advogado contrariado - ou, pelo menos, sem convicção.”<sup>162</sup>.

O resultado a que se chegaria seria idóneo e mais consentâneo com a nobreza da função atribuída à classe.

### 13 - TÉRMINO

Na dialéctica Justiça/Direito, sustenta Baptista Machado que “toda a norma editada pelo legislador leva em si a pretensão de ser justa”, já que “toda a vontade legislativa remete para um universo de valores em que se louva e pelo qual se justifica”<sup>163</sup>.

Não obstante, e como vimos, a lei injusta está longe de constituir uma hipótese meramente académica, e poder-se-á deparar com o causídico no exercício das suas funções. Serão situações em que, mais do que agir segundo a sua ciência, a postura do Advogado dependerá da sua consciência. E nesse plano lhe incumbirá sopesar os interesses individuais do cliente com os interesses da comunidade em geral, aos quais não é alheio atendendo à função social da profissão. Aí residirá a sua autonomia: a sua liberdade de patrocinar ou não a demanda.

Na Proclamação da “Union Internnationale des Avocats”, sustentou-se o seguinte: “está bem que se enunciem princípios - mas defendê-los é uma imperiosa necessidade. Quem pode defender no mundo a vida, a liberdade, a segurança de cada pessoa? Quem pode proteger o Homem contra todas as discriminações? Quem pode sustentar os seus direitos mesmo contra as jurisdições? É o advogado, que recebeu a missão de defender” - Manifesto de Bruxelas, aprovado em 30/01/1971 <sup>164</sup>.

Para tal nobre incumbência, impreterivelmente os Advogados serão sujeitos dotados de uma “aguda sensação de Justiça e total devotamento à sua realização prática”<sup>165</sup>, pois só dotados de justiça e através da justiça lograrão desempenhar o seu papel no sentido de que o Direito cumpra o seu fim: a paz social.

Não raras vezes acusado de distorçor da teleologia do legislador, facto é que, sem o apoio da letra da lei e sem a Justiça como estrela polar, a tentativa de perene alteração da ordem jurídica, por parte do causídico, seria sempre cerceada, quer pela mão da jurisprudência, quer pelo próprio pulso do legislador mediante interpretação autêntica.

Agindo em consciência no sentido de combater as injustiças proporcionadas pelos enunciados legais, o Advogado, ciente do papel que tem a desempenhar na dinâmica do Direito e aperfeiçoamento das instituições, deve à profissão uma atitude crítica face ao direito objectivado.

Por conseguinte se justifica o poder de escusa de patrocínio, mais um dos afloramentos do interesse público da Advocacia, enquanto actividade constituída por profissionais que, apesar de liberais, são directos participantes da justiça. Pois só lograrão fazer jus à missão que lhes é confiada se não só a sua ciência mas também a sua consciência estiverem ao serviço da causa.

---

<sup>161</sup> Martinez Val, in R.O.A., Ano 44, pág. 178.

<sup>162</sup> Alfredo Gaspar, em *Estatuto da Ordem dos Advogados e legislação complementar*, Jornal do Fundão Editora, pág. 129.

<sup>163</sup> J. Baptista Machado, em *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 12ª impressão, Almedina.

<sup>164</sup> Manifesto de Bruxelas, aprovado em 30/01/1971, publicado in R.O.A. n.º 32, 317.

<sup>165</sup> A expressão é de Abranches de Soveral, em *Função Social do Advogado*, in R.O.A., Ano 49, 1989, pág. 299.

Por isso “Sonhar com uma justiça superior aos textos não é acreditar nos deuses mas no homem”, clarividamente escreveu Henrique Pancada Fonseca em *O papel do Advogado na sociedade portuguesa*<sup>166</sup>.

É nesse sentido, pois, que, desde estagiário, o Advogado deve considerar-se um prossecutor da justiça como “a principal virtude, fonte de todas as outras”<sup>167</sup>, daí potenciando o seu pioneirismo enquanto timoneiro do progresso jurídico.

---

<sup>166</sup> Henrique Pancada Fonseca, *O papel do Advogado na sociedade portuguesa*, in R.O.A. n.º 34, 1974, págs. 114 e 115.

<sup>167</sup> Assim Chaim Perelman, em *Ética e Direito*, Martins Fontes, 2000, pág. 7.

## 14. FONTES

### Bibliografia

- . ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina.
- . ARNAUT, António, *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, Coimbra Editora, 7ª Ed. .
- . ARNAUT, António, *Ética e Direito*, Livraria Mateus.
- . ASCENSÃO, J. Oliveira, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 10ª Ed., Almedina.
- . CAETANO, Marcelo, em *Manual de Direito Administrativo*, 10º Ed., II Vol., pág. 388.
- . CANOTILHO J. J. Gomes e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora.
- . CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981.
- . COSTA, Orlando Guedes da, *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, 2ª Ed., Almedina.
- . COSTA, Salvador da, *O Apoio Judiciário*, 5ª Ed., Almedina.
- . DIAS, J. Figueiredo, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra Editora.
- . DIAS, J. Figueiredo, *Direito Processual Penal*, lições policopiadas coligidas por Mª João Antunes, págs. 132-133.
- . EIRAS, Henriques, *Processo Penal Elementar*, 3ª Ed., Quid Iuris.
- . GALLARDO, Angel Ossório y, *A Alma da Toga*, trad. de Ant.º de Sousa Madeira Pinto, pág. 21.
- . GARÇON, Maurice, *O Advogado e a Moral*, tradução de António de Sousa Madeira Pinto, Arménio Amado - Editor, Sucessor, Coimbra, 1963;
- . GASPAR, Alfredo, *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado e legislação complementar*, Jornal do Fundão Editora.
- . HORSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina.
- . KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa Editora.
- . Kelsen Hans, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. de Baptista Machado, Almedina.
- . Kelsen Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. de Baptista Machado, Almedina.
- . LAMY, Alberto Sousa, *Advogados e Juizes na Literatura e na Sabedoria Popular*, Vol. 2.
- . LEGA, Carlo, *Deontologia de la profesion de Abogado*, 2ª Ed., Civitas.
- . LUÍS, Alberto, *A profissão de Advogado e a Deontologia*, lições policopiadas do Centro de Estágio do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.
- . MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 12ª impressão, Almedina.
- . PERELMAN, Chaim, *Ética e Direito*, Martins Fontes, 2000.
- . PERELMAN, Chaim, *Lógica Jurídica*, Martins Fontes, 2000.
- . PLATÃO, *Górgias*, Lisboa Editora.
- . RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, trad. de Cabral de Moncada, Coimbra, 1934.
- . RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, 2ª Ed., Editorial Presença.
- . SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Verbo.
- . SOARES, Fernando Luso, Duarte Romeira de Mesquita, Wanda Ferraz de Brito, *Código de Processo Civil Anotado*, 11ª Ed., Almedina.

- . SOUSA, José Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário anotado*, 3ª Ed., Vislis Editores.
- . TOUCHARD, J., *História das Ideias Políticas*, V, Europa América, Lisboa, 1970.

### Opinião e Artigos

- . ALMEIDA, L.P. Moitinho, *Os Direitos e Deveres dos Advogados*, in R.O.A., Ano 32, 1972.
- . BARROSO, Sílvio, *Uma Questão de Filosofia do Direito*, in Boletim do Cons. Distrital de Coimbra da O.A., Ano IV, N.º 8, Dez. 1999.
- . CABRITA, Nicolina, *Breves notas sobre a Deontologia Profissional*, BOA n.º 26, Maio e Junho de 2003.
- . CARDOSO, Augusto Lopes, *Do Advogado e da Verdade - em jeito de charla -*, in Revista do Cons. Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, N.º 1, Ano 1991.
- . CARDOSO, Augusto Lopes, *Nomeações Oficiosas - Escusas*, in Revista do Cons. Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, N.º 7, Ano 1995.
- . CHORÃO, Mário Bigotte, *Positivismo Jurídico*, in Pólis - Enciclopédia Verbo.
- . FARIA, Vítor, *As defesas oficiosas...discordo*, in B.O.A. n.º 7, 2000, Jan./Fev. .
- . FERREIRA, Waldemar, *Estatuto dos Advogados Brasileiros*, in B.O.A., Ano 24, 1964.
- . FONSECA, Henrique Pancada, *O papel do Advogado na sociedade portuguesa*, in R.O.A. n.º 34, 1974.
- . LUÍS Alberto *A Advocacia como profissão de interesse público*.
- . LUTTON, Delos N., *Resolution on Multidisciplinary Practices*, in Juriste Internacional, December 1999.
- . MARQUES Bernardo Seruca, *A Função Ético-Social do Advogado*, in R.O.A., Ano 60, Jan. 2000.
- . MARQUES Fernando Fragoso, *Reflexões em torno do patrocínio oficioso*, in B.O.A., n.º 12, 2000, Nov./Dez. .
- . MESTRE, Joaquim, *Sociedade, Direito e Função do Advogado*, in R.O.A., Ano 32, 1972.
- . NEVES, A. Castanheira, *Justiça e Direito*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. LI, 1975.
- . NEVES, A. Castanheira, *O papel do jurista no nosso tempo*, in Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra, Vol. XLIV, 1968.
- . PERDIGÃO, Azeredo, *A Necessidade Social da Advocacia*, in B.O.A. n.º 3, Set./Out. 1996, II Série.
- . PINHO, Dionísio, *O Advogado perante a Verdade*, in B.O.A. n.º 15, Julho de 1983.
- . REDINHA, Mª Regina, *Deliberações Sociais Abusivas*, in Revista de Direito e Economia, 10/11, 1984/1985.
- . RIBEIRO, Coelho, *Estágio profissional para o exercício da advocacia*, in B.O.A., 13.
- . SÁ, Pedro, *Dignidade da Profissão*, in B.O.A., n.º 12, 2000, Nov./Dez. .
- . SILVA, Carlos Manuel Ferreira da, *Processo e Ética*, in R.O.A. 59, 1999, n.º 3.
- . SOARES, Ricardo Garção, Paula Morais, Mª Rosário Pinho, Rui Neves, Manuela Martins, Mª Silvana Vasconcelos, *Deveres do Advogado para com a Comunidade*, in B.O.A., 2/88, III Série, Mar./Abr. .
- . SOVERAL, Abranches de, *Função Social do Advogado*, in R.O.A., Ano 49, 1989.
- . *Escusa ou manutenção de um patrocínio*, in B.O.A. n.º 16, Jul./Ag. 2001.
- . *Deveres do Advogado para com a Comunidade*, in B.O.A., 2/88, III Série, Março/Abril.

### Jurisprudência e Pareceres

- . Acórdão do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados de 24/03/1948, in R.O.A., Ano 8º, n.ºs 1 e 2, 1948.
- . Acórdão do Conselho Especial de 21/12/1950.
- . Acórdão de 16-04-1964, publicado in R.O.A., Ano 24, 1964.
- . Acórdão do Conselho Especial de 15/10/1966.
- . Manifesto de Bruxelas, aprovado em 30/01/1971, in R.O.A. n.º 32, 317.
- . Parecer de 22-5-1976 da Ordem dos Advogados, in R.O.A., Ano 37, 1977.
- . Acórdão de 13/10/1977 do Supremo Tribunal de Justiça, in B.M.J. n.º 270.
- . Acórdão do Conselho Superior de 14/10/1983.
- . Acórdão n.º 810/93 de 7 de Dezembro, e Acórdão n.º 743/96 de 28 de Maio, ambos do Tribunal Constitucional.
- . Acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de 23/11/1995, in R.O.A., 57.
- . Acórdão n.º 90/97 de 5 de Fev. 1997 do Tribunal Constitucional, in B.M.J. n.º 464, Março 1997.
- . Parecer do Proc. n.º E-25/97, in R.O.A., Ano 58, 1998.
- . Parecer do Cons. Sup. da OA, de 30/04/1999, Proc. N.º R/34/99, in R.O.A., 59.
- . Jurisprudência n.º 6/2004 do STJ, de 27-05-2003 (Proc n.º 1174/02), in D.R. n.º 164 SÉRIE I-A, de 14 de Jul. 2004.

**O Advogado/Candidato:**

João Trigo de Moraes