

O PAPEL DO ADVOGADO NO DIREITO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

Rui Alves Pereira

Advogado

Sumário: I. Introdução. II. Enquadramento histórico do papel advogado: (i) a advocacia enquanto atividade e profissão na antiguidade clássica; (ii) o exercício da advocacia com a construção e desenvolvimento dos Estados Europeus: o caso francês (breve referência) e o caso português; III. Enquadramento do papel do advogado no contexto do seu código deontológico. IV. O (novo) papel do advogado no direito da família e das crianças; V. Do novo código de conduta do advogado; VI. O advogado da criança; VII. Notas conclusivas.

I. Introdução

O advogado não pode apregoar “que faz divórcios e processos de regulação do exercício das Responsabilidades Parentais”. Um advogado exerce direito da família e das crianças.

O advogado é o primeiro profissional que está em contacto com os cônjuges e com os progenitores. Nesta medida, o advogado é, inevitavelmente, o primeiro responsável pela forma como se inicia e conduz processos desta natureza.

Nos dias de hoje, reclama-se por uma nova “advocacia” e por um novo “código de conduta do advogado”, assumindo este profissional um papel primordial na resolução dos conflitos pela via amistosa e cordial, designadamente nos processos que envolvam crianças.

O advogado deverá sustentar e preconizar uma verdadeira cultura da criança enquanto sujeito de direitos, em detrimento de uma cultura de “posse” dos progenitores relativamente aos seus filhos.

Não ignoramos que os advogados estão mandatados pelos seus representados, cônjuges e progenitores mediante a competente procuração forense. No entanto, entendemos que esse mandato não obsta que o advogado possa ser, de igual forma, um garante dos direitos da criança, não havendo, no nosso ponto de vista, qualquer conflito de interesses.

Temos de cuidar das crianças, dos cônjuges e dos pais. Temos de parar de tratar de forma racional, aquilo que é emocional. A realidade familiar não se resume ao seu enquadramento legal. O advogado é, de facto, um jurista, mas também é um confidente e um conselheiro.

O conflito conjugal e parental necessita de um acompanhamento multidisciplinar em todas as suas fases, sendo que o papel do advogado, neste capítulo, assume particular e decisiva importância.

Só quando ambos os pais estiverem bem, também a criança estará! É um apelo das crianças *“para quem as consegue ouvir”*. Os advogados têm de ter esta capacidade de escutar.

É imperioso que o advogado assuma o seu patrocínio baseado em pressupostos dos quais não pode abdicar, tendo a capacidade de ser mais imparcial do que o seu próprio representado e principalmente reeducá-lo para o diálogo, para um acordo e uma parentalidade cuidada.

II. Enquadramento histórico do papel do advogado

Ao longo da história o advogado foi aquele que, pelas suas capacidades oratórias, sempre amparou e defendeu os seus concidadãos nas horas difíceis e de afiliação, pondo à disposição das pessoas o seu saber e o dom da palavra.

Na verdade, muitos homens e mulheres usaram do dom da palavra para protestar e defender os mais oprimidos, ora para defender outros pontos de vista relativamente a variados assuntos.

Enquanto as regras de conduta e os costumes não atingiram a força e o estatuto de normas de direito, a vida do homem, em sociedade, foi bastante injusta, perigosa e que conduziu a muitas mortes.

Os conflitos entre as pessoas, numa sociedade sem direito, eram resolvidos pela via da força e do poder contra aqueles que eram mais desfavorecidos e menos influentes, que aceitavam a escravatura de uma justiça inexistente.

Embora se possa referir que esta *atividade* não se pode definir, fruto da sua complexidade, antiguidade e nobreza¹, sempre se poderá dizer que existem algumas características que lhe são intrínsecas e que, como tal, nos reconduzirão a identificar a essencialidade desta *profissão*².

O percurso que nos propomos trilhar consistirá, primeiramente, numa abordagem histórica da advocacia.

¹ É esta a posição de ANTÓNIO ARNAUT que, contudo, desenvolve algumas características da *atividade*. Cf. ARNAUT, António, *Iniciação à Advocacia – História, Deontologia, Questões Práticas*, 11.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 71.

² Veja-se, *infra*, na página 3, maiores desenvolvimentos acerca da advocacia que deixa de ser encarada sobretudo como *atividade*, passando a considerada uma *profissão*.

Neste contexto, e pese embora não ignoremos que esta é já uma *atividade* com mais de cinco mil anos³, observaremos sobretudo a evolução desde a Antiguidade Clássica até aos nossos dias.

Nesta análise não será naturalmente alheio o estudo de um conjunto de deveres, que hoje reputamos de *deontológicos*, mas que constituem o *cerne* desta *profissão* desde o surgimento da advocacia. Para tanto, teremos em atenção a sua evolução histórica e a respetiva inclusão no estatuto da Ordem dos Advogados (adiante EOA).

(i) **A Advocacia enquanto *atividade* e *profissão* na Antiguidade Clássica**

A palavra “advogado” tem a sua origem⁴ no latim *advocator*, *advocatus* e significa “chamado para junto de, chamado para assistir alguém em justiça”, ou ainda “protetor, patrono”.

ANTÓNIO ARNAUT diz-nos que: “A advocacia nasceu, (...), quando alguém, (...), em face de uma concreta injustiça, assumiu a defesa do acusado e protestou contra a prepotência (...).

Esse alguém foi o primeiro advogado no vero sentido de defensor do direito e da justiça, protetor dos fracos e dos oprimidos.”⁵. Ora, a injustiça e a necessidade de lutar contra esta *prepotência* têm vários milhares de anos, mas é sobretudo a partir da Antiguidade Clássica que mais firmemente um conjunto de pessoas exerce uma *atividade*, defendendo acusados e representando em juízo as partes.

³ MARTINEZ VAL chama a atenção para o facto de as origens da advocacia remontarem à Suméria, no 3.º Milénio antes de Cristo. Cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía y abogados*, Bosch – Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p. 1.

⁴ Para atentar na designação de advogado nas diversas línguas, cf. LAMY, Alberto Sousa, *Advogados e Juizes na Literatura e na Sabedoria Popular*, Vol. I, Ordem dos Advogados, Lisboa, 2001, pp. 54-56.

⁵ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, p. 74.

Na Grécia Antiga, esta *função*⁶ começou a ser exercida após se ter verificado que várias pessoas não eram capazes de se representarem em juízo dignamente. Assim, cidadãos⁷ letrados e idóneos assumiam a sua representação, reconhecendo-se, desta forma, ao demandado um verdadeiro direito de defesa⁸. Deve, todavia, referir-se que apesar de não ser ainda uma profissão⁹, nem por isso o exercício da advocacia era *informal*.

Na verdade, deviam ser respeitadas várias regras, já que o Areópago grego era considerado sagrado¹⁰. Assim, *v.g.*, as alegações orais¹¹ deviam ser contidas, técnicas e prudentes, temporalmente cronometradas com recurso a uma clepsidra¹². Além disso, não havia retribuição pecuniária pelos serviços prestados.

ANTÓNIO ARNAUT diz-nos que os advogados-oradores¹³ eram recompensados através da nomeação para o exercício de cargos da República, esclarecendo que era um sentimento de honra e de justiça, aquele que guiava estes cidadãos¹⁴.

⁶ A expressão é de ANTÓNIO ARNAUT que lhe acresce uma outra: *vocação*. Sobre a vocação do Advogado não na Antiguidade Clássica, mas nos nossos dias, cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, pp. 17 ss..

⁷ Para exercer esta *atividade* era necessário “la pureza de origen y de costumbres”, vedando-se o seu exercício, *v.g.*, a escravos, desertores ou pessoas que não tivessem cumprido o serviço militar. Cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, pp. 1-2. As Leis de Dracon e Solon referiam que só os homens livres e sem mácula provocada por qualquer infâmia podiam advogar. Cf. ARNAUT, António, *Inicição ...*, *ob.cit.*, p. 18.

⁸ Cf. ARNAUT, António, *Inicição ...*, *ob.cit.*, p. 17.

⁹ ALBERTO SOUSA LAMY chama a atenção para o facto de não ser unânime a consideração de que não existiu um exercício da advocacia enquanto profissão na Grécia Antiga. Desta forma, após indicar autores que apontam no sentido negativo, chama à colação M. MOLLOT que se pronuncia em sentido favorável. Cf. LAMY, Alberto Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, pp. 56-57.

¹⁰ Atentemos na passagem de MARTINEZ VAL que se refere a esta realidade: “Las leyes griegas de DRACÓN y SÓLON ordenaban aspersiones con água lustral, para purificar el Areópago después de cada sesión.”. Cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, p. 3.

¹¹ A propósito das alegações orais no Egito, será interessante referir que aí não estas não eram permitidas, com receio de que as “artes persuasivas do orador, com os seus gestos patéticos” pudessem interferir nos juízos. Cf. MARTINEZ VAL, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, pp. 1.

¹² Cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, pp. 1-2.

¹³ Alguns dos advogados-oradores que se destacaram pelos seus discursos foram Lysias, Andócides, Isócrates e Demóstenes. Cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, pp. 1-2.

O Império Romano pragmaticamente acolheu e desenvolveu a cultura de cada um dos povos que iam fazendo parte do seu território. No caso da cultura grega, um dos aspetos que sofreu desenvolvimento foi precisamente a área do direito e da advocacia¹⁵.

Os Romanos começaram a compilar alguns costumes orais em leis¹⁶ e fomentaram, mais tarde, uma verdadeira prática do direito, assumindo a advocacia o estatuto de *profissão*¹⁷. Com efeito, até ao Imperador Justino I (518-527), a advocacia continuou a ser encarada como uma *função e atividade*, estando, uma primeira fase, reservada aos sacerdotes-pontífices, escolhidos entre Patrícios.

Mais tarde, quando a advocacia se tornou uma *profissão*, foi necessário criar escolas¹⁸, para aprimorar o ensino do Direito. Cria-se também um colégio (*Ordo*)

¹⁴ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, p. 19. De forma um pouco distinta, JEAN APPLETON confirma-nos que não eram remunerados pelas suas funções: “Era o complemento de uma espécie de dever de patronagem, o meio de se organizar uma clientela política, e de se chegar, graças a ela, às funções públicas e às honras.”. Cf. JEAN APPLETON *apud* LAMY, Alberto Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, p. 56.

¹⁵ Isso mesmo atesta ANTÓNIO ARNAUT ao indicar que “A disciplina dos Advogados-oradores gregos serviu de modelo a Roma, como o próprio símbolo do Direito”. Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, p. 23

¹⁶ Como foi o caso da Lei das XII Tábuas. No entanto, em rigor, durante existiu durante muitos séculos uma obra codificadora no Direito Romano. Cf. JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, Vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 20.

¹⁷ ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, p. 25.

¹⁸ Antes de mais convém esclarecer que a formação jurídica clássica não englobava o estudo jurídico em escolas. Na verdade, como nos diz SEBASTIÃO CRUZ, até ao século III, não houve escolas de Direito. O saber jurídico processava-se “um a ensinar, outro a aprender”. A aprendizagem dava-se durante as consultas jurídicas às quais assistiam os “aprendizes”, não existiam livros didáticos e a aprendizagem resultava da discussão das matérias. O pensamento era individual, prático e desejavelmente intuitivo. A partir do século III, foram criadas escolas. Tal resultou das seguintes razões: 1) A proclamação do Édito de Caracala (212), segundo o qual todos os habitantes do Império passam a ser *cives romani*, ficando, consequentemente, os seus atos sujeitos ao *Ius Romanum*; 2) os cargos na chancelaria imperial, criados em consequência do funcionalismo e da burocracia, apenas podiam ser desempenhados por pessoas formadas em Direito; 3) A partir do século IV o Direito, mais do que a Oratória permite aceder à *profissão* de advogado; e 4) com os juristas a desempenharem funções na chancelaria, deixaram de ter tempo disponível para praticar o ensino próximo que até então praticavam. Para maiores desenvolvimentos, cf. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano* (*Ius Romanum*), Vol. I, 4.^a Edição, Coimbra, 1984, pp. 351 ss..

no qual os profissionais do foro eram obrigados a inscrever-se para poderem exercer.

Quanto às escolas, a primeira a ser criada foi a de Roma, escolha consciente, atendendo ao elevado nível cultural, à experiência da vida pública e à proximidade com os órgãos legislativos e judiciais¹⁹. Outra escola importante foi a que funcionou durante mais de 1000 anos na capital do Império Romano do Oriente, Constantinopla. Esta escola foi criada em 425 e, de acordo com SEBASTIÃO CRUZ, funcionou como “pilar da tradição clássica” na cidade que em tudo queria imitar Roma²⁰. Beirute foi outra escola importante, à qual se reconhece a importância da elaboração do *Digesto*²¹⁻²².

Relativamente ao *Ordo* onde estavam inscritos aqueles que iriam advogar, importa esclarecer que os requisitos eram apertados²³: a idade mínima de inscrição era de 17 anos, era necessária a aprovação num exame, o candidato devia ter uma boa reputação, não ter mancha de infâmia²⁴, comprometer-se a defender quem o Pretor²⁵ lhe designasse, não abandonar a defesa, uma vez²⁶.

¹⁹ Cf. CRUZ, Sebastião, *Direito ...*, *ob.cit.*, p. 355.

²⁰ Cf. CRUZ, Sebastião, *Direito ...*, *ob.cit.*, p. 357.

²¹ Como se sabe, o *Digesto* é um dos livros que compõe o *Corpus Iuris Civilis*, a grande compilação justinianeia do Direito. Esta não é uma codificação no sentido que atualmente lhe atribuímos, correspondendo antes a fragmentos de direito, de diferentes épocas, que foram unificados pelo Imperador Justiniano que lhe atribuiu eficácia jurídica. Além do *Digesto*, o *Corpus Iuris Civilis* é também composto pelas *Institutiones*, pelo *Codex* e pelas *Novellae*. Para maiores desenvolvimentos sobre esta codificação, cf. JUSTO, A. Santos, *Direito ...*, *ob.cit.*, pp. 94-97. Pensa-se que a escola de Beirute teve influência na elaboração do *Digesto*, já que, ao conservar o pensamento jurídico clássico, permitiu que os juristas por si formados integrassem as comissões compiladoras. Cf. CRUZ, Sebastião, *Direito ...*, *ob.cit.*, p. 357.

²² Além destas escolas “oficiais”, com privilégios imperiais, existiam escolas sem privilégios e ainda escolas particulares. Para maiores desenvolvimentos, cf. CRUZ, Sebastião, *Direito ...*, *ob.cit.*, p. 358 ss..

²³ Cf. MARTINEZ VAL, José María, *Abogacía ...*, *ob.cit.*, p. 2

²⁴ No Direito Romano, existia infâmia quando a *honra civil*, isto é, o estado de íntegra dignidade que um indivíduo goza na sociedade é degradada. A infâmia podia ser mediata ou imediata e, nos termos do *Corpus Iuris Civilis*, era infame quem praticasse uma arte desonrosa (como o teatro, a gladiatura e o lenocínio), quem ofendesse a moralidade (como o bigamo, a mulher que celebrasse

Por fim, a propósito da remuneração, importa esclarecer que inicialmente, à semelhança do que aconteceu com os gregos, o patrocínio era gratuito. No entanto, o réu, querendo e tendo iniciativa para tanto, podia pagar ao advogado.

Falava-se, pois em *honorarium* e não em *salarium*, dado que, por um lado, o segundo era típico de atividades manuais e o conceito apresentava uma carga remuneratória forte. Mais tarde, o pagamento de honorários foi disciplinado, com um montante máximo a ser admitido²⁷.

Em suma, na Antiguidade Clássica, o exercício da advocacia deixou de ser uma mera *atividade* para passar a ser uma *profissão* (englobando os oradores no pleito), no entanto, nem por isso os valores em relação à Comunidade foram esquecidos.

O conhecimento foi, certamente, aprofundado, especialmente em razão do desenvolvimento de escolas, mas basta atentar nas regras para se permitir a entrada de profissionais no *Ordo*, para se concluir que, apesar de não ser já exercida por sacerdotes, nem por isso a *profissão* devia deixar de ser imaculada.

segundas núpcias antes de decorrido um ano de luto, ou a mulher adúltera), e ainda quem fosse condenado pelo crime de calúnia, por certos delitos privados (como o furto ou o roubo), ou pela violação de deveres que exigem uma relação de confiança (como o mandato, ou depósito). Apenas se e quando o Senado ou o Imperador concedessem a *restitutio in integrum* ao infame é que este estado cessaria. Para maiores desenvolvimentos, cf. JUSTO, A. Santos, *Direito Privado...*, *ob.cit.*, pp. 145-147.

²⁵ O Pretor era um magistrado. Podia ser um pretor urbano ou peregrino, consoante desempenhasse a administração da justiça entre os detentores da qualidade de *cidadãos*, ou entre *estrangeiros* e *romanos estrangeiros*. Cf. JUSTO, A. Santos, *Direito Privado ...*, *ob.cit.*, p. 63.

²⁶ Sobre a *quota litis* no nosso ordenamento jurídico e no atual EOA, cf., *infra*, pp. 12-13.

²⁷ Cf. JUSTO, A. Santos, *Direito Privado ...*, *ob.cit.*, pp. 286-287.

(ii) O exercício da Advocacia com a construção e desenvolvimento dos Estados Europeus: o caso francês (breve referência) e o caso português

Após a queda do Império Romano, na Europa Ocidental, as fronteiras começaram a desenhar-se. A advocacia sofreu evoluções distintas, desde logo consoante o seu exercício fosse na Europa Continental ou no Reino Unido²⁸.

Em França²⁹, por exemplo, teve particular importância a criação da primeira *Ordem* ou *Barreau*, por volta do século XII ou XIII. Durante o Antigo Regime, existia uma lista de advogados que podiam exercer e que se encontrava na *Ordem*.

Os advogados tinham também de prestar um juramento. Não se pense, porém, que este exercício da advocacia em França, desde cedo regulamentado e com necessidade de obedecer a certos preceitos, esteve livre de propostas relacionadas com a sua abolição.

Na verdade, na sequência da Revolução Francesa, iniciada em 1789, a *Ordem dos Advogados* foi abolida, como de resto todas as associações de profissionais, em obediência a um ideal de *igualdade* proclamado pela Revolução que não era compatível com a existência de corporações.

As consequências que se verificaram fruto desta decisão foram várias, desde logo, o facto de as partes se defenderem verbalmente ou por escrito, podendo recorrer a um *defensor*, mas também um aumento das manobras desleais entre as

²⁸ Em Inglaterra existem, ainda hoje, duas profissões legais distintas: o *barrister* e o *solicitor*. Os primeiros são os que são aceites nas associações profissionais (*bar*), usam cabeleiras em julgamento e são identificados como sendo “os pensadores do direito”. Detêm competência em todas as jurisdições e, nas mais pequenas, podem ter a concorrência dos *solicitors*. Os *solicitors* são tidos como uma profissão jurídica inferior aos *barristers*, não podem litigar nos tribunais superiores e têm um papel intermediário entre os *barristers* e os clientes. Preparam as provas, interrogam as testemunhas e tratam das despesas e da cobrança de honorários. Para maiores desenvolvimentos, cf. LAMY, António Sousa, *Advogados*, *ob.cit.*, pp. 71 ss..

²⁹ Seguimos de perto LAMY, Aberto Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, pp. 58 ss..

partes³⁰, além de uma diminuição dos direitos de defesa³¹. Mais tarde, Napoleão, um pouco a contragosto, assinou o decreto que *restaurava a Ordem*.

Em Portugal, à semelhança do que aconteceu noutros Estados, houve uma influência quer do Direito Romano, quer da Igreja³², que foi responsável pelo desenvolvimento das primeiras Escolas de Direito e da própria Universidade³³ no século XIII.

Ainda assim, as exigências para o exercício da Advocacia em Portugal eram bem mais brandas do que aquelas que haviam sido determinadas no Império Romano, com a criação do *Ordo*³⁴.

Com efeito, apenas a partir do Reinado de D. Pedro³⁵ é que se exigiu que os advogados soubessem ler ou escrever³⁶. Não era necessário que o advogado

³⁰ Citando outros autores, SOUSA LAMY exemplifica que “Era impossível facultar uma peça, sem se expor a vê-la desaparecer ou falsificar.” Cf. LAMY, Aberto Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, p. 61.

³¹ Uma vez mais, apoiando-nos em SOUSA LAMY, comentamos que embora no início da Revolução se tenha consagrado o princípio de que todos os atos de instrução teriam de ser acompanhados por um *defensor*, mais tarde criaram-se vários regimes de exceção, especialmente para os *conspiradores* que, na prática resultaram na subversão deste princípio. Cf. LAMY, Aberto Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, pp. 61-62.

³² Note-se que esta influência não é típica da Advocacia, mas do direito e do saber jurídico em geral. Houve uma forte influência do Direito Romano no nosso ordenamento jurídico e da Igreja, enquanto instituição que soube manter a unidade num momento em que o paradigma da organização social e política da Antiguidade Clássica ruía.

³³ Com efeito, a importância do Direito na Universidade também se atesta pelas quatro primeiras Faculdades que foram criadas: Cânones, Leis, Teologia e Medicina. A alegoria escultórica de cada uma destas quatro faculdades pode ser encontrada na Porta Férrea da Universidade de Coimbra.

³⁴ Cf. p. 4, *supra*.

³⁵ Um outro motivo pelo qual este monarca ficou conhecido na História da Advocacia prende-se com a proibição do exercício da advocacia que decretou no seu Reinado. Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, p. 28. Não se pense, todavia, que este foi caso único. No século XVIII, por exemplo, na Prússia, a Advocacia enquanto profissão livre foi abolida e surgiram os advogados-funcionários, cuja função consistia em coadjuvar o tribunal para a descoberta da verdade. Já no século XX, nas primeiras décadas da URSS, encerrou-se o Colégio de Advogados do Império e reestruturou-se o sistema judicial. Vejamos o que nos diz SOUSA LAMY: “Nesse tribunal não devia haver juízes de plena dedicação, mas gente para ajudar os tribunais no seu propósito de serem populares. Não devia haver advogado nem para a defesa nem para a parte civil; nem sequer Ministério Público para apresentar a acusação contra o acusado.” Cf. LAMY, António de Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, pp. 79-80.

recebesse remuneração, mas, a receber, esta não podia exceder a vigésima parte da demanda.

Como nos diz ANTÓNIO ARNAUT, os advogados eram, nesta altura, correntemente chamados de “vozeiros”, uma vez que “emprestava[m] a sua voz aos que não sabiam defender-se”³⁷ e encontravam-se igualmente adstritos ao cumprimento de certos deveres deontológicos. A título de exemplo, indique-se a proibição do conluio do advogado com o mordomo (representante do poder).

Os requisitos para o exercício da Advocacia alteram-se com as Ordenações³⁸. Com as Ordenações Afonsinas (1446) passou-se a exigir-se que o candidato fosse letrado e se submetesse a um exame perante o Chanceler-Mor. Este exame foi dispensado nas Ordenações Manuelinas (1513), se o candidato fosse graduado em Direito Civil ou Direito Canónico. Foram, no entanto, as Ordenações Filipinas (1603) que estabeleceram mais detalhadamente as condições de acesso, as regras deontológicas, as incompatibilidades e os honorários.

Sobre as condições de acesso, podemos referir que apenas os candidatos que tivessem cursado a Universidade de Coimbra em Direito Civil ou Direito Canónico durante 8 anos estavam dispensados de exame e apenas passado dois anos podiam adquirir o título de advogado. Podiam, excecionalmente, apresentar-se a exame perante o Desembargador do Paço, candidatos que não fossem graduados.

Relativamente às regras deontológicas houve várias previsões, como não aconselhar ou advogar contra o direito, não abandonar a causa sem autorização da parte ou do juiz, ou ainda não revelar segredos do cliente. Se alguma destas regras não fosse cumprida, a punição consistia no degredo para o Brasil.

³⁶ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, ob.cit., p. 28.

³⁷ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, ob.cit., p. 27.

³⁸ Seguimos de perto ARNAUT, António, *Iniciação ...*, ob.cit., pp. 28 ss..

No que concerne às incompatibilidades, será importante referir que, em regra, não podiam advogar fidalgos, cavaleiros, clérigos, religiosos, tabeliães nem funcionários judiciais.

Por fim, quanto à remuneração, fazemos especial referência à proibição da *quota litis*, a qual ainda se encontra expressamente plasmada no nosso estatuto³⁹.

No século XIX, o nosso país conheceu importantes evoluções no Mundo da Advocacia. Por um lado, foi emanado o 1.º Código Civil Português (em 1867), que tinha disposições sobre o mandato e que, conseqüentemente, era mobilizado para disciplinar a profissão.

Por outro lado, e à semelhança do que acontecera no Império Romano e em França, foi criada uma Associação de Profissionais que deu origem à atual Ordem dos Advogados⁴⁰⁻⁴¹. Os motivos que levaram à sua criação deveram-se, em parte, à instituição da Advocacia como “carreira” e à conseqüente possibilidade de responsabilização civil e disciplinar dos Advogados.

³⁹ Cf. pp. 12-13, *infra*.

⁴⁰ Em rigor, pelo menos desde meados do séc. XVI, “poderá falar-se da organização dos advogados, integrados numa confraria da Casa da Suplicação”. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 12.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 15

⁴¹ No dizer de ROGÉRIO SOARES importa perceber “por que meio o Estado, que assume como seu um certo interesse, vai pôr de pé a organização indispensável para o realizar”. Reiterando que também está em causa o exercício de uma atividade de interesse público – algo que, de resto, chegados a esta parte, podemos inferir pelas obrigações que a Advocacia assume em face da Comunidade e para a realização da Justiça – o Autor indica como sendo possível o exercício da Advocacia através da figura do exercício privado de funções públicas, de um ato habilitativo público, ou da integração dos Advogados na Administração Indireta do Estado. Conclui, todavia, pela defesa da Ordem na “tarefa de articular os interesses desses profissionais com os interesses da Justiça”, ao referir que “A compreensão do sentido da advocacia como instrumento de realização da justiça impediu qualquer das vias apontadas.”. Cf. SOARES, Rogério Ehrhardt, “A Ordem dos Advogados, Uma Corporação Pública” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 124, N.º 3807, Coimbra Editora, Coimbra, outubro 1991, p. 162.

Do mesmo modo, entendeu-se como útil a organização dos advogados numa estrutura profissional⁴². Os antecedentes históricos dessa organização implicaram desenvolvimentos de Associações Privadas de Advogados (como a Sociedade Jurídica de Lisboa, a Sociedade Jurídica Portuense e a Associação Jurídica de Braga). Um objetivo de alguns advogados era já o da organização numa Ordem profissional⁴³. Tal ocorre em 1926 com os decretos que a criam e regulamentam (respetivamente o Decreto n.º 11 715 e o Decreto n.º 12 336)⁴⁴.

Ainda assim, de acordo com ANTÓNIO ARNAUT, era necessário que se “dignificasse o organismo e se reconhecesse a sua relevante função social”⁴⁵, algo que, entende o Autor, apenas aconteceu já na década de 80, com a aprovação do estatuto.

Entretanto, surgiram novas disposições regulatórias e novos estatutos, mas, como veremos, o respeito pelos valores comunitários e pela defesa do interesse público manteve-se.

⁴² Embora não seja o propósito deste breve estudo aprofundar as características essenciais da organização dos Advogados enquanto coletividade, sempre se poderão tecer breves considerações, para, na 2.ª parte (quando abordarmos o enquadramento do Advogado no contexto do seu código deontológico), podermos concluir que existem obrigações e deveres a que o Advogado se encontra adstrito, por força do seu *Estatuto* que é, precisamente, da *Ordem dos Advogados*.

⁴³ ANTÓNIO ARNAUT anota que existem três formas de organização das Ordens profissionais. Refere-se à *advocacia colegiada*, à *advocacia livre* e ainda à *advocacia de Estado*. Exemplifica a 1.ª como sendo a que vigora no nosso ordenamento jurídico (em que os profissionais, para exercerem têm de estar inscritos na associação profissional), a 2.ª como sendo comum nos EUA (em que a inscrição na associação é facultativa e os advogados se encontram sujeitos ao poder disciplinar dos juízes) e a 3.ª, típica da China ou da ex-URSS, em que os advogados dependem do Governo. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, ob.cit., p. 15.

⁴⁴ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, ob.cit., p. 32.

⁴⁵ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...* ob.cit., p. 34.

III. Enquadramento do papel do Advogado no contexto do seu código deontológico

Aqui chegados, importará, desde já, começar por referir que, ao longo da história, sempre existiu uma preocupação comunitária no exercício da advocacia. Tal preocupação ainda hoje se manifesta, não só porque “os costumes e tradições forenses, cimentados ao longo dos séculos pelos profissionais de «boa fama e consciência» continuaram a ser respeitados como património moral da advocacia portuguesa”⁴⁶, mas também porque a lei positivou vários deveres no código deontológico da advocacia.

Resulta precisamente do cumprimento destes preceitos que a *advocacia seja a mais nobre de todas as profissões e não o mais vil de todos os ofícios*⁴⁷.

O atual⁴⁸ estatuto dedica o seu título III a tratar da Deontologia Profissional⁴⁹.

Atendendo à divisão de capítulos dentro deste título, podemos concluir que os principais deveres para com a Comunidade se encontram plasmados nos princípios gerais (capítulo I), embora possam ser encontrados alguns nos capítulos

⁴⁶ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, pp. 29-30.

⁴⁷ A afirmação resulta de pensamentos sobre a advocacia que lemos em LAMY, Alberto de Sousa, *Advogados ...*, *ob.cit.*, p. 42.

⁴⁸ Por “atual” referimo-nos ao estatuto aprovado com a lei n.º 145/2015, de 09 de setembro. No entanto, e porque esta matéria não sofreu relevantes mudanças (nem sequer sistemáticas), entendemos que as considerações tecidas a propósito das mesmas disposições, mas com base na lei n.º 15/2005 (o anterior estatuto, agora revogado), continuam válidas. Por esse motivo e à falta de anotações mais recentes, remeteremos para os autores que abordam a problemática com base na legislação anterior.

⁴⁹ ANTÓNIO ARNAUT refere que “A deontologia (do grego (*deon/logos*) é o conjunto de regras fundadas na lei ou na tradição forense, pelas quais o advogado deve pautar o seu comportamento público, profissional e cívico.”. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 91. Também FERNANDO SOUSA MAGALHÃES realça que a Deontologia deve ser encarada “enquanto conjunto de regras de comportamento, assentes nos costumes e na moral, que regulam o exercício da profissão. Nestas normas deontológicas a moral e o direito associam-se intimamente, sendo da sua essência a existência de um conteúdo de natureza ética.”. Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado*, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 116.

que se seguem (nos capítulos II, III e IV, respetivamente relações com os clientes, relações com os tribunais e, por fim, relações entre advogados).

A primeira disposição que surge relacionada com a Deontologia Profissional tem que ver com a integridade (art. 88.º do EOA, que repete na íntegra o anterior art. 83.º). O advogado deve, nos termos desta disposição, adotar um comportamento público e profissional que seja “adequado à dignidade e responsabilidade da função” e que se pautar pela “honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade”.

Como bem lembra FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, para a Advocacia poder exercer a sua função social, os advogados devem mostrar-se capazes de “merecer a confiança individual e coletiva que o seu papel exige, o que implica competência, idoneidade, qualidades de trabalho e correção”⁵⁰. Densificando-se a *confiança* de que os advogados devem ser portadores, tem-se entendido que poderá existir responsabilidade disciplinar no caso de “comportamento indecoroso dos Advogados na sua vida privada”⁵¹⁻⁵².

Será assim, sempre que tal comportamento seja “escandaloso, desprimoroso aos olhos do público, desonroso para o autor e lesivo da classe”⁵³.

No fundo, é precisamente este conjunto de atributos que justifica que a advocacia no seu conjunto fique maculada com o comportamento daquele advogado (ainda que praticado na esfera privada) e que, conseqüentemente, o autor dessa prática mereça ser responsabilizado.

⁵⁰ Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 116.

⁵¹ Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 117.

⁵² ANTÓNIO ARNAUT exemplifica alguns atos da vida privada que podem ser suscetíveis de gerar uma responsabilidade disciplinar do advogado: “O advogado que passe cheques sem provisão ou se embriague publicamente não tem um comportamento *adequado* à dignidade e responsabilidade inerentes à profissão.”. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, pp. 91-92.

⁵³ Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 117.

Esta *confiança* que o advogado deve procurar promover na Comunidade é, apenas, um dos deveres que vem plasmado nas normas deontológicas e que, desde há muito, o vincula. Existem outros deveres que explicitamente a lei identifica como sendo “para com a comunidade”.

Referimo-nos ao art. 90.º do EOA (anterior art. 85.º). De acordo com este artigo, o advogado, além de ser “servidor do Direito” é, também, “servidor da Justiça”. Note-se que tal implica um desenvolvimento da função ético-social do advogado, uma vez que este não se encontra apenas adstrito aos deveres com os clientes (capítulo II do título III), mas deverá promover uma responsabilidade social que lhe permitirá pugnar pela boa e rápida administração da justiça e protestar contra as violações dos direitos humanos⁵⁴ e ainda comprometer-se com a Verdade⁵⁵.

Diz-se, aliás, que um dos corolários da advocacia enquanto “servidora da Justiça” tem que ver com a possibilidade de o advogado poder recusar os patrocínios que considere injustos (n.º 2, alínea b)). Neste caso, é a própria lei que confere ao advogado o direito de aceitar ou não um caso “em função da sua valoração ética e pelos padrões da sua própria consciência individual”⁵⁶.

Destacamos, ainda o sistema de acesso ao direito, instituído pela Lei n.º 34/2004 e que implica que os advogados devam garantir que a ninguém é impedido ou dificultado o acesso ao direito e aos tribunais, em função da condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos⁵⁷.

⁵⁴ Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 95. Também por este motivo foi criada a Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados. Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 121.

⁵⁵ FERNANDO SOUSA MAGALHÃES lembra que “O compromisso dos Advogados com a Verdade não deve confundir-se com a busca da verdade material que, com imparcialidade, cabe ao Juiz realizar.”. Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 122.

⁵⁶ Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 123.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

Em jeito de súmula do presente artigo, transcrevemos, de seguida, as alíneas do n.º 2, sublinhando, todavia, que os deveres que transcrevemos não são os únicos deveres a que os advogados se encontram adstritos para com a Comunidade⁵⁸:

- a) Não advogar contra o direito, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correta aplicação de lei ou a descoberta da verdade;*
- b) Recusar os patrocínios que considere injustos;*
- c) Verificar a identidade do cliente e dos representantes do cliente, assim como os poderes de representação conferidos a estes últimos;*
- d) Recusar a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos e que o interessado não pretende abster-se de tal operação;*
- e) Recusar-se a receber e movimentar fundos que não correspondam estritamente a uma questão que lhe tenha sido confiada;*
- f) Colaborar no acesso ao direito;*
- g) Não se servir do mandato para prosseguir objetivos que não sejam profissionais;*
- h) Não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa.*

⁵⁸ Importa recordar e explicitar duas notas que já se deixaram. Em primeiro lugar, deve salientar-se que os deveres do Advogado para com a Comunidade não se encontram unicamente nas disposições deontológicas do seu estatuto, mas resultam também dos usos, costumes e tradições profissionais (art. 88.º do EOA que corresponde ao art. 83.º do estatuto anterior e que analisámos *supra*). Em segundo lugar, importa recordar que todos os deveres para com a Comunidade resultam de uma *herança* histórica e apresentam uma carga valorativa forte. É por esse motivo que esses mesmos deveres devem ser interpretados, como se disse, atendendo à defesa dos direitos liberdades e garantias, à boa aplicação das leis, à rápida administração da justiça e ao aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (n.º 1).

A *confiança* também se manifesta no dever de segredo profissional (art. 92.º do EOA que corresponde, com uma pequena alteração no n.º 8⁵⁹, à redação do art. 87.º do estatuto anterior).

Embora não procedamos a uma análise exaustiva sobre a problemática⁶⁰, sempre diremos que esta obrigação, que parece ser, em primeiro lugar, uma obrigação perante o cliente, não deixa de ser igualmente uma obrigação perante a Comunidade, no sentido em que “a função social desempenhada pelos Advogados implica, para além da independência e isenção, o reconhecimento do seu papel como confidentes necessários”⁶¹.

Ora, sendo o “timbre da advocacia”⁶², o segredo profissional está sujeito a uma forte proteção. Também por este motivo e como forma de combate a mediatização da justiça surge o art. 93.º (que corresponde sem alterações ao art. 88.º do estatuto anterior).

Este artigo cria regras apertadas para a discussão pública de questões profissionais, estabelecendo como princípio que o advogado não pode pronunciar-se publicamente sobre questões processuais pendentes.

⁵⁹ No n.º 8 não se liam antes as expressões sublinhadas: “O advogado deve exigir das pessoas referidas no número anterior, nos termos de declaração escrita lavrada para o efeito, o cumprimento do dever aí previsto em momento anterior ao da colaboração, consistindo infração disciplinar a violação daquele dever.”

⁶⁰ Com efeito, não é esta a sede para cuidar das várias especificidades. Importante é perceber que o segredo profissional é defendido e apresenta um regime que se baseia na proteção da confiança e prossecução da função social da Advocacia. Para maiores desenvolvimentos, cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, pp. 97-105; ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, pp. 107 ss. e MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, pp. 128-137.

⁶¹ Cf. MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 129.

⁶² A expressão é utilizada por ANTÓNIO ARNAUT e por FERNANDO SOUSA MAGALHÃES. A proteção de que goza o segredo profissional justifica, *v.g.*, o regime previsto nos n.ºs 4 e 5 do presente artigo. Aí se prevê que em princípio o advogado não possa revelar factos sujeitos ao segredo profissional sendo que os atos que sejam praticados por consequência essa violação não poderão fazer prova em juízo, mas também pelo facto de tal violação poder vir a consubstanciar crime de violação de segredo profissional e de aproveitamento indevido de segredo alheio. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 99 e MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 129.

Exceccionalmente será permitido o seu comentário se existir autorização prévia por parte do presidente do Conselho Distrital competente a e se a resposta que o advogado pretende dar se destinar a prevenir ou remediar a ofensa à dignidade, direitos e interesses legítimos do cliente ou do próprio advogado. Um outro caso ocorrerá numa situação de urgência. Neste caso, o advogado pode exercer o direito de resposta, sem necessidade de autorização do presidente do Conselho Distrital, no entanto deverá ser contido nos seus comentários e deverá de imediato informar o Conselho Distrital das declarações que prestou e do motivo que determinou que não fosse possível solicitar a prévia autorização.

Antes de concluirmos, devemos tecer umas breves considerações acerca da proibição da *quota litis*. Em Portugal, como de resto em países de forte tradição jurídica, a *quota litis* é proibida⁶³. Quer isto dizer que o advogado não pode fixar previamente os honorários em função do resultado da lide, principalmente quando o caso tenha uma forte componente monetária.

A proibição resulta da “independência e dignidade do advogado, cujos honorários não podem depender do resultado da demanda”⁶⁴. A proibição tem um intenso percurso histórico, tendo sido inicialmente prevista pelo Imperador Constantino, em 325, seguindo-se-lhe os Imperadores Justino e Justiniano⁶⁵.

Também em Portugal foram sendo proibidas e, atualmente, embora esta norma deontológica se encontre sistematicamente inserida no capítulo respeitante

⁶³ Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, ob.cit., p. 125.

⁶⁴ Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, ob.cit., p. 125. ANTÓNIO ARNAUT julga, inclusive, que “Seria indecoroso e revelador de um espírito mercenário que o advogado se associasse directamente com o cliente e fizesse depender o pagamento dos seus serviços do resultado da demanda”. Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, ob.cit., p. 156.

⁶⁵ Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, ob.cit., p. 155.

às relações com os clientes, não deixa de constituir também uma obrigação deontológica para com a Comunidade⁶⁶.

Hoje, a proibição encontra-se inserida no art. 106.º do EOA (anterior art. 101.º), especialmente nos seus n.ºs 1 e 2. Do n.º 3 emerge uma possibilidade discutível, que se aproxima do conceito de *quota litis*: a de cobrar honorários ao cliente em função do “valor do assunto” e ainda a de promover uma “majoração em função do resultado”⁶⁷.

Chegados a este ponto, podemos concluir, em primeiro lugar, que o advogado tem desempenhado um importante papel que não se esgotou na *história* da Advocacia.

Com efeito, a herança que a profissão transporta hoje é o que a define e o que lhe permite agir na Comunidade. Daí que existam deveres que devam ser respeitados e que se encontram plasmados no estatuto da Ordem dos Advogados e que, de resto, se não forem cumpridos, podem fazer os advogados incorrer em responsabilidade criminal, civil e disciplinar (art. 114.º ss. do estatuto).

O papel do advogado é, pois, comunitariamente preocupado e orientado pelos valores da honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia, sinceridade (art. 88.º do estatuto), além da independência⁶⁸ (art. 89.º do EOA) e da

⁶⁶ Assim o entendemos pois, a admitir-se como legítimo o pacto da *quota litis*, a imagem da Advocacia ficaria afetada. Cf. ARNAUT, António, *Iniciação ...*, *ob.cit.*, p. 157.

⁶⁷ ANTÓNIO ARNAUT mostra-se crítico da primeira possibilidade prevista neste n.º 3 (a de serem cobrados honorários ao cliente, em função do valor do assunto). De acordo com o Autor, este n.º é “indecoroso”, porque “nem sequer há o risco de *resultado zero*!”. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, pp. 125-126.

⁶⁸ A independência é um dos pilares da Advocacia. Deve ser encarada como uma independência face ao poder político, judicial e económico. Ela vigora independentemente de qualquer litígio concreto e abrange ainda a independência técnica do advogado que orienta o processo. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 93 e MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, pp. 116-118.

urbanidade⁶⁹ (art. 95.º do EOA), garantindo, conseqüentemente, que o advogado não faz do *lucro* o seu escopo essencial.

A propósito da importância da advocacia lembramos, por último, que os momentos históricos em que se entendia que não deviam existir advogados “porque os inocentes estariam sempre inocentes e os culpados estariam sempre culpados” acabaram por permitir perceber com maior clareza a importância e a função social da profissão, guiada por princípios deontológicos.

Na verdade, uns e outros precisam de saber movimentar-se em juízo e uns e outros apresentam condicionantes que podem ajudar a explicar, atenuar ou agravar a sua conduta.

Em suma, a matriz da advocacia assentava na oratória, na voz da liberdade, na ética, na justiça, na verdade e moral e na defesa dos interesses daqueles que mais precisavam em determinados períodos da história.

Perante uma história de políticos ditadores, déspotas que tentaram impor as suas ideias, os advogados foram sempre a voz da liberdade, da defesa das pessoas e do interesse público.

IV. O (novo) papel advogado no direito da família e das crianças

Neste capítulo, propomo-nos apreciar um novo modelo e novas práticas para o direito da família e das crianças, com o qual o advogado deve estar verdadeiramente comprometido.

Tomando em consideração à nova realidade familiar, cada vez mais dinâmica e, por consequência, também mais conflituosa, entendemos que este

⁶⁹ Este dever implica uma correção, por parte do Advogado em relação a todos os agentes processuais, mas também à Comunidade no geral. Cf. ARNAUT, António, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, pp. 109-110 e MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto ...*, *ob.cit.*, p. 144.

“direito da família moderno” reclama há muito tempo, por soluções conciliatórias e um modelo que privilegie este objetivo.

Acresce que o aumento de processos pendentes nos Tribunais, cada vez mais graves e até mesmo mais imaginativos, impõe que se coloque aos dispor dos cônjuges e dos progenitores um novo modelo, ao invés de rotular os seus comportamentos e proferir sentenças.

Perfilhamos, de resto, um modelo que não insista em tratar de forma racional, aquilo que é emocional, sendo que o advogado deverá ser o primeiro profissional consciente desta realidade.

Não será exagerado sublinhar que o advogado é, porventura, o profissional que mais está em contacto com pessoas com as mais diversas realidades familiares e parentais, num conflito que reclama serenidade.

Perante um conflito, qualquer pessoa escolhe, e tem como primeira opção, procurar um advogado para o aconselhar e enquadrar juridicamente a sua situação de facto, seja em termos matrimoniais ou parentais.

O advogado é, assim, o “primeiro juiz”, devendo alertar o seu representado para todas as questões de facto e de direito, mas apontando essencialmente os caminhos para alcançar um acordo, em nome da harmonização do relacionamento familiar que entretanto se desfez.

Assim, entendemos que é fundamental que o advogado se comprometa com a atual necessidade do direito da Família e das crianças, exercendo a sua atividade de uma forma cuidada e sensata, em detrimento de uma postura combativa, acintosa que apenas acentuará o conflito já existente.

O advogado tem de alterar a forma do exercício do seu mandato consoante esteja a acompanhar um assunto de natureza familiar ou esteja mandatado para a defesa de um arguido no âmbito de um processo-crime.

Nos dias de hoje, reclama-se por outros comportamentos que diferenciam a conduta profissional do advogado na área do direito da família e das crianças, daqueles que exercem outras áreas do direito.

Exige-se um advogado consciente que é o primeiro profissional procurado pelos cônjuges e pelos Progenitores, razão pela qual terá de assumir a responsabilidade pela forma como inicia e conduz o processo.

Está na hora de uma “*nova advocacia no direito da família e das crianças*” que ultrapassa a vertente jurídica e que caminhe para uma função de mediador, conciliador, conselheiro e confidente.

Está na hora, de igual forma, que o advogado colabore com os outros profissionais para o mesmo objetivo, abdicando de uma postura conflituosa com os colegas, juízes, procuradores e outros profissionais.

Quando tal não acontece, temos para nós que se trata de um advogado que não consegue manter o distanciamento suficiente dos assuntos que acompanha e que tem como única verdade, a do seu representado. Encontra-se, assim, prisioneiro de uma matriz combativa e refém dos honorários que tem de cobrar, na luta de uma causa cuja verdade aparentemente para ele apenas está num dos lados.

V. Do novo código de conduta do advogado

Não obstante o código deontológico do advogado presente no seu Estatuto, bem como assente nas práticas e costumes forenses, entendemos que, nas matérias em análise, se recomenda um código de conduta do advogado baseado nos seguintes princípios:

- a) O advogado é o primeiro profissional que está em contacto com os pais, razão pela qual é necessariamente o primeiro responsável pela forma como se inicia o processo relativamente às crianças;

- b) O advogado deverá ser um dos garantes do interesse da criança e ter como limite do seu mandato o “superior interesse da criança”;
- c) O advogado deverá usar de um registo conciliatório com os pais, colegas, magistrados e outros profissionais. Com os colegas, aliás, deverá dar preferência ao contacto telefónico e pessoal;
- d) O advogado deverá utilizar uma linguagem cuidada nas suas intervenções nas diligências judiciais, a qual deverá ser orientada para o consenso e para reconciliação de interesses;
- e) O advogado não poderá utilizar de uma linguagem combativa e acintosa nos seus articulados, uma vez que os pais (e mais tarde os filhos) acabam por ter acesso a essas peças processuais.
- f) O advogado deverá privilegiar o consenso e o acordo dos progenitores, aconselhando o recurso à mediação familiar, sendo que o recurso aos Tribunais deverá ser visto como uma exceção.
- g) O advogado não poderá, em caso, algum, envolver-se sentimentalmente no assunto e deverá ter a capacidade de ser mais imparcial que o seu próprio representado;
- h) O advogado deverá evitar o contacto com as crianças, uma vez que não é o profissional com aptidão e formação técnica para o efeito; fazemos esta particular referência, uma vez que segundo julgamos saber alguns advogados recebem crianças nos seus escritórios, ato que consideramos, no mínimo, irresponsável e uma ofensa aos direitos da criança, salvo se se tratar do advogado da criança ou do jovem.
- i) O advogado deverá preservar a independência das suas opiniões e dos seus juízos, dizendo aos progenitores aquilo que eles muitas vezes não querem ouvir, pois só assim assegurará o seu poder de persuasão e de autoridade.

- j) O advogado deverá promover a cooperação com os outros profissionais e estar disponível para estes, sendo um dos primeiros profissionais com responsabilidade pela cultura de cooperação interdisciplinar;
- k) O advogado deverá sensibilizar os pais para os danos provocados às crianças com o conflito parental, nomeadamente os danos invisíveis com consequências para o seu futuro.
- l) O advogado deve ter presente que os cônjuges (e por consequência pais) não se divorciam ao mesmo tempo, pelo que o momento da rutura irá colocá-los em patamares diferentes e extremados.
- m) O advogado tem de ter bem presente de que se os pais estiverem bem, também a criança estará; Ter a consciência que a única forma de preservar a relação futura enquanto pais passa por evitar o conflito;

Por último, e com todo o respeito, permitam-nos elencar um conjunto de práticas que deverão merecer uma reflexão:

- a) No âmbito dos processos de divórcio e de regulação do exercício das Responsabilidades Parentais, deverá ser evitada a marcação de diversas diligências para a mesma hora.
Estas diligências conciliatórias devem ser vistas como a primeira oportunidade para resolver a vida dos cônjuges, progenitores e de uma criança. Não podemos desperdiçar esta oportunidade e lançar as partes para um conflito que terá tendência a agravar-se por força da morosidade e da necessária tramitação processual.
- b) O representante legal da criança (ministério público) deverá estar sempre presente nas conferências de pais. A criança tem direito a que o seu representante legal verdadeiramente o represente, não podendo existir

- desculpa para que tal não aconteça, pese embora a sua referência como presente nas diversas atas.
- c) A mediação familiar é o espaço privilegiado e, porventura, o único onde será possível recuperar o diálogo que existia entre os pais. Por este facto, não se deve por em causa essa qualidade, caindo no erro de defender que este é o único e exclusivo meio para resolver os conflitos parentais, impondo-se a sua obrigatoriedade.
 - d) Todos os saberes, desde o direito à psicologia, têm a sua importância e um precioso contributo. Individualmente são relevantes mas porventura insuficientes. Em conjunto e trabalhando em conjunto estarão seguramente a colocar o superior interesse da criança acima de tudo.

VI. O advogado da criança.

Antes mesmo de analisarmos a temática do advogado da criança, permitam-nos recordar que recentemente, a assembleia geral da ordem dos advogados, decidiu reconhecer a especialização em direito da família e das crianças e o título de advogado especialista⁷⁰.

Analisando cuidadosamente o regulamento, chegamos à conclusão que o mesmo assenta exclusivamente na experiência e formação jurídica do advogado, nada se dizendo sobre uma formação multidisciplinar.

Entendemos, pois, que apenas devíamos falar numa verdadeira especialização em direito da família e das crianças, se a mesma assentasse na formação jurídica do advogado, complementada com uma formação em outras áreas como a psicologia, sociologia, etc.

⁷⁰ Cf. Regulamento n.º 9/2016 (Série II), de 6 de janeiro de 2016.

Em suma, se, por um lado, nos congratulamos com esta iniciativa, por outro, tomamos a ousadia de sublinhar que a mesma é exígua para representar os progenitores e a criança, uma vez que esta especialização apenas se reporta à parte jurídica.

Após esta nota prévia, que no nosso ponto de vista se impunha, passaremos agora a analisar a temática do advogado da criança.

Como é sabido, o advogado nomeado a uma criança ou jovem sempre foi uma realidade presente nos processos de promoção e proteção e no âmbito da lei tutelar educativa ⁷¹.

O regime geral do processo tutelar cível⁷² vem consagrar que, no âmbito dos processos previstos neste regime, em caso de conflito entre os interesses dos progenitores e da criança, é obrigatória a nomeação de advogado à criança.

Acresce a convenção sobre o exercício dos direitos das Crianças⁷³ que vem expressamente consagrar o direito da criança a ser representada por um advogado (cfr. artigos 2.º, alínea c), 4.º, 9.º e 14.º). Esta convenção assenta e tem como objeto promover os direitos da criança, concedendo-lhe direitos processuais tendo em vista o seu superior interesse.

A este respeito, ainda, temos de chamar à colação as diretrizes europeias sobre uma justiça adaptada às crianças⁷⁴ as quais revestem particular importância face às muitas recomendações que delas fazem parte integrante.

⁷¹ Cf. artigo 103.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – na atual redação conferida pela Lei n.º 142 de 2015, de 8 de setembro – e art.º 46.º da Lei Tutelar Educativa.

⁷² Cf. artigo 18.º da Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro.

⁷³ Cf. Convenção sobre o Exercício dos Direitos das Crianças adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, acolhida na nossa ordem jurídica pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro.

⁷⁴ Cf. Diretrizes do comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças adotadas em 17 de novembro de 2010.

As diretrizes baseiam-se nos princípios consagrados nos diversos instrumentos internacionais relativos às crianças e na jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Assim e desde logo, estas diretrizes devem-se aplicar a todas as situações em que as crianças, por qualquer motivo e em que qualidade for, estejam envolvidas na aplicação do direito administrativo, penal ou civil.

Referimo-nos concretamente a uma justiça adaptada às crianças antes, durante e depois do processo judicial.

Com efeito, desde o primeiro contacto da criança com o sistema judicial ou outras autoridades competentes (como a polícia ou os serviços de educação, sociais ou de saúde) os seus direitos devem ser respeitados, assegurando-se os mecanismos de apoio que a criança dispõe para participar num processo judicial ou extrajudicial.

As diretrizes visam assegurar que, em qualquer processo, todos os direitos da criança, entre os quais o direito à informação, à participação, proteção e à representação, deverão ser integralmente respeitados tomando em consideração o nível de maturidade e compreensão da criança.

A criança tem direito a ser individualmente representada por um advogado em todos os processos judiciais e extrajudiciais, designadamente em processos em que possa haver conflito de interesses da criança com os pais, bem como devem ter acesso a apoio judiciário gratuito.

A criança deve ser considerada como cliente de pleno direito e os advogados que as representem devem dar relevo à opinião da criança. Os advogados devem fornecer à criança todas as informações e explicações necessárias quanto às possíveis consequências das opiniões da criança.

Em suma, deve ser garantida à criança representação adequada e o direito de ser representada de forma independente em relação aos pais.

Contudo, a representação da criança preconizada pelas diretrizes europeias sobre uma justiça adaptada às crianças assenta no controle regular de quem a representa, na formação e abordagem multidisciplinar, bem como pela representação por advogado com aptidão para tal mandato.

Assim, os profissionais que trabalham com e para as crianças, onde se inclui o advogado, devem, sempre que necessário, ser sujeitos a controlos regulares, de acordo com a legislação nacional.

Devem de igual modo receber formação multidisciplinar, bem como formação sobre as formas de comunicar com crianças de todas as idades e fases de desenvolvimento.

No pleno respeito pelos direitos da criança deve ser privilegiada a cooperação estreita entre os diversos e diferentes profissionais, com vista a obter um conhecimento geral da criança, bem como a avaliar a sua situação jurídica, psicológica, social, emocional, física e cognitiva.

Por outras palavras, o advogado da criança deve ter formação e conhecimentos sobre os direitos da criança e matérias conexas, receber formação continua e ser capaz de comunicar com as crianças de acordo com o seu nível de compreensão.

Deve ainda ter formação em comunicação e utilização de uma linguagem adaptada a criança, bem como conhecimentos sobre psicologia infantil, preconizando uma abordagem multidisciplinar e beneficiando de apoio e aconselhamento de outros profissionais de diferentes áreas.

Salvo o devido respeito por melhor opinião, em face destes requisitos profissionais para o advogado da criança, estamos em crer que o grau de

especialista do advogado em direito da família e crianças, tal como é preconizado pelo regulamento das especializações da ordem dos advogados, fica muito aquém do recomendado pelos instrumentos internacionais e pelas diretrizes europeias.

Assim, para que as crianças tenham um acesso a uma justiça que lhes seja genuinamente adaptada, os Estados-membros devem facilitar o recurso a advogado com competência e formação multidisciplinar para defender os direitos da criança⁷⁵.

Recomenda-se, pois, a criação de um sistema (bolsa) de advogados especializados em direito das crianças, ainda que respeitando a liberdade da criança escolher o seu advogado.

O advogado da criança e os advogados dos pais são profissionais que não se devem confundir, devendo o primeiro ter aptidão técnica e formação adequada numa cultura e abordagem multidisciplinar.

VII. Notas Conclusivas

O Advogado é um dos primeiros profissionais que é procurado pelos cônjuges e progenitores. Nesta medida, o Advogado é, inevitavelmente, o primeiro responsável pela forma como se inicia e conduz um processo desta natureza.

Nos dias de hoje, reclama-se por uma nova “*advocacia*” e por um novo “*código de conduta do advogado*”, assumindo este profissional um papel primordial na resolução dos conflitos pela via amistosa e cordial, designadamente nos processos que envolvam crianças.

No que respeita ao advogado da criança, em cumprimento dos instrumentos internacionais, exige-se um advogado da criança com conhecimentos sobre os direitos da criança e matérias conexas, que receba formação continua e

⁷⁵ Cf. artigo 5.º da Convenção e motivação 101 das diretrizes.

seja capaz de comunicar com as crianças de acordo com o seu nível de compreensão.

Por último, a propósito das diretrizes europeias sobre uma justiça adaptada às crianças, permita-nos sublinhar algumas recomendações e motivações:

- a) As diretrizes devem aplicar-se a todas as situações em que seja provável que as crianças, por qualquer razão e em que qualidade for, tenham de contactar com os organismos e serviços competentes envolvidos na aplicação do direito penal, civil ou administrativo;
- b) Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a serem informadas sobre os seus direitos, disporem de meios adequados de acesso à justiça e serem consultadas e ouvidas nos processos que lhes digam respeito ou que as afetem. Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança, tendo em atenção a sua maturidade e eventuais dificuldades de comunicação, a fim de que a sua participação seja relevante;

As crianças devem ser consideradas e tratadas como plenas titulares de direitos e ter a possibilidade de exercer todos os seus direitos de uma forma que tenha em conta a sua capacidade para formar pontos de vista próprios, bem como as circunstâncias do caso;

- c) Enquanto titulares de direitos, as crianças devem ter acesso a vias de recurso para exercerem efetivamente os seus direitos ou reagir a violações desses direitos. A legislação nacional deve, sempre que apropriado, facilitar o acesso ao tribunal das crianças que têm uma compreensão suficiente dos seus direitos e a utilização de vias de recurso para proteger esses direitos, com base num aconselhamento jurídico adequadamente prestado;
- d) Todos os profissionais que trabalhem com e para crianças devem receber a formação multidisciplinar necessária sobre os direitos e as necessidades das

crianças de diferentes grupos etários, bem como sobre os processos que melhor se lhes adequam;

Os profissionais que tenham contacto direto com crianças devem também receber formação sobre as formas de comunicar com crianças de todas as idades e fases de desenvolvimento, bem como com crianças em situação de particular vulnerabilidade;

- e) Devem ser tidos em devida conta aos pontos de vista e as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade; O direito a ser ouvido é um direito, e não um dever, da criança;
- f) Uma criança não deve ser impedida de ser ouvida apenas em razão da idade. Sempre que uma criança tome a iniciativa de depor num caso que lhe diga respeito, o juiz não deve, a não ser no interesse superior da criança, recusar-se a ouvi-la, devendo ouvir os seus pontos de vista e a sua opinião sobre as matérias que lhe digam respeito;
- g) A referência feita à expressão “capacidade de discernimento para exprimir a sua opinião” não deve ser vista como uma limitação, mas um dever das autoridades de avaliarem, da forma mais completa possível, a capacidade da criança. Em vez de partir do princípio, demasiado simplista, de que a criança é incapaz de formar uma opinião, os Estados devem presumir que uma criança tem, de facto, essa capacidade. Não cabe à criança prová-lo. Desaconselha-se os Estados a introduzirem limites de idade normalizados.
- h) As crianças devem receber toda a informação necessária sobre a forma de exercer eficazmente o direito a serem ouvidas. Deve ser-lhes explicado, contudo, que o direito a ser ouvido e a ter em conta os seus pontos de vista não condicionará, necessariamente, a decisão final;

- i) Os interrogatórios e a recolha de depoimentos de crianças devem, tanto quanto possível, ser conduzidos por profissionais qualificados. Deve envidar-se todos os esforços para que as crianças prestem depoimento no ambiente mais favorável possível e nas condições mais adequadas, tendo em atenção a sua idade, maturidade e nível de compreensão e quaisquer dificuldades de comunicação que possam ter;
- j) A audição ou os depoimentos de crianças em processos judiciais ou extrajudiciais, ou noutro tipo de ação, devem realizar-se, preferencialmente e sempre que apropriado, à porta fechada. Por norma, só devem estar presentes as pessoas diretamente envolvidas, desde que não perturbem o depoimento da criança; Na medida do possível e necessário, as salas de interrogatório e de espera devem estar organizadas de forma a criar um ambiente adaptado às crianças;
- k) Os advogados que representam crianças devem ter formação e conhecimentos sobre os direitos da criança e matérias conexas, receber formação contínua e aprofundada e ser capazes de comunicar com as crianças de acordo com o seu nível de compreensão;
- l) Os juízes devem respeitar o direito das crianças a serem ouvidas em todos os assuntos que lhes digam respeito ou, pelo menos, quando se considerar que têm compreensão suficiente dos assuntos em questão;
Os meios utilizados para esse efeito devem ser adaptados ao nível de compreensão e à capacidade de comunicação da criança e ter em conta as circunstâncias do caso. As crianças devem ser consultadas quanto à forma como desejam ser ouvidas;
- m) Os acórdãos e as decisões judiciais que digam respeito a crianças, especialmente as decisões nas quais os pontos de vista e as opiniões da

criança não tenham sido considerados, devem ser devidamente fundamentados e explicados às crianças numa linguagem que estas possam compreender;

Os Estados membros foram encorajados:

- n) A promover a publicação e a mais ampla divulgação possível de versões adaptadas às crianças dos instrumentos jurídicos relevantes;
- o) Ponderar a criação de um sistema de juízes e advogados especializados para crianças e melhorar o funcionamento dos tribunais para que possam adotar medidas, nos domínios jurídico e social, favoráveis às crianças e respetivas famílias;
- p) Tornar os direitos humanos, incluindo os direitos da criança, uma componente obrigatória dos programas escolares, bem como para os profissionais que trabalham com crianças;
- q) Assegurar que todos os profissionais relevantes que contactem com crianças a nível dos sistemas de justiça recebem apoio e formação adequados, bem como orientação prática, de forma a garantir e a aplicar adequadamente os direitos da criança, em particular quando se avalia o interesse superior da criança em todo o tipo de processos que lhe digam direta ou indiretamente respeito.

Em suma, os Estados-membros devem rever a sua legislação, as políticas e as suas práticas para assegurar as reformas necessárias e a aplicação dos textos internacionais, sendo que o advogado tem um papel fundamental, como sempre teve ao longo da história.

Assim, reclama-se por novas práticas do advogado que diferenciam a sua conduta profissional na área do direito da família e das crianças, daqueles que exercem outras áreas do direito.

Rui Alves Pereira

Exige-se um advogado consciente que é o primeiro profissional procurado pelos cônjuges e pelos Progenitores, razão pela qual terá de assumir a responsabilidade pela forma como inicia e conduz o processo.

Está na hora de uma “*nova advocacia no direito da família e das crianças*” que ultrapassa a vertente jurídica e que caminhe para uma função de mediador, conciliador, conselheiro e confidente.

É imperioso que o advogado assuma a enorme responsabilidade em representar uma criança, dispondo de conhecimentos sobre os direitos da criança e matérias conexas, sendo, por isso, também responsável pelos adultos de amanhã.

Trata-se de um grande desafio, para o qual os advogados estão seguramente preparados como a história o demonstra.

Rui Alves Pereira

Advogado

Sócio Coordenador da Área de Prática de Clientes Privados de PLMJ