



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Carlos Emanuel Pina Almeida Rodrigues

O PATROCÍNIO JUDICIÁRIO

Uma análise sobre a obrigatoriedade do
patrocínio judiciário no âmbito do processo
declarativo comum

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas,
Menção em Direito Processual Civil,
sob a orientação da Ex.^{ma} Senhora Prof.^a Doutora Maria José de Oliveira Capelo
Pinto de Resende.*

Coimbra

2015

Em especial, à minha Tia-avó Maria da Conceição e ao meu Tio-avô Luís Carlos, pelo tempo que jamais irei conseguir recuperar.

Aos meus Pais e às Pessoas que ao longo da minha vida fizeram com que a elaboração desta dissertação (e o que ela para mim significa) fosse possível.

Índice

I - Abreviaturas	4
II - Introdução	6
III - O Patrocínio Judiciário – questões genéricas	9
<i>a) O Patrocínio Judiciário enquanto elemento necessário a uma tutela jurisdicional efetiva</i>	9
<i>b) Os profissionais que estão legalmente habilitados a exercer o Ius Postulandi</i>	13
<i>c) O contrato de mandato judicial</i>	15
i. A natureza e regime do contrato de mandato judicial	16
ii. Os limites deontológicos como parte integrante da estrutura caracterizadora do contrato de mandato judicial	20
iii. A obrigação do advogado como uma “obrigação de meios”	25
iv. Breve alusão à responsabilidade profissional do advogado	27
IV - O Instituto do Patrocínio Judiciário	31
<i>a) O Patrocínio Judiciário obrigatório</i>	31
i. O critério de exigibilidade de Patrocínio Judiciário obrigatório	31
ii. Consequências da falta de Patrocínio Judiciário quando este é obrigatório	33
<i>b) Os fundamentos da obrigatoriedade de patrocínio judiciário</i>	42
<i>c) Alguns problemas da obrigatoriedade de patrocínio judiciário no âmbito do processo declarativo cível, tal qual ela está estabelecida no C.P.C.</i>	43
V - As Partes Autorrepresentadas nos tribunais judiciais – uma reflexão teórica sobre os méritos e deméritos de uma possível opção legislativa	48
<i>a) O “Juiz Gestor” do C.P.C. de 2013</i>	49
<i>b) As Partes Autorrepresentadas: uma alternativa válida ao patrocínio judiciário?</i>	53
i. A possibilidade de autorrepresentação nos sistemas de <i>Common Law</i>	54
ii. Autorrepresentação das partes: os (alegados) benefícios de uma opção desconsiderada	57
VI - Os perigos da autorrepresentação das partes: não há justiça sem advogados!	63
<i>a) A premissa base: o patrocínio judiciário enquanto elemento concretizador do direito a uma tutela jurisdicional efetiva</i>	64
<i>b) Os perigos do papel assistencial do juiz às partes autorrepresentadas</i>	65
<i>c) Algumas vantagens da representação das partes por advogados</i>	69
<i>d) As partes autorrepresentadas: a falácia da desproporcionalidade e uma proposta de solução com base na Lei dos Julgados de Paz</i>	71
VII - Conclusão	80
VIII – Fontes Consultadas	84

<i>a) Bibliografia</i>	84
<i>b) Jurisprudência Consultada</i>	92
i. Jurisprudência Nacional.....	92
ii. Jurisprudência Internacional.....	93
<i>c) Decisões da O.A.</i>	95

I - Abreviaturas

Ac. – Acórdão

al. – alínea

als. – alíneas

art. – artigo

arts. - artigos

C.C. – Código Civil

C.D.F.U.E. – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

C.E.D.H. – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

cfr. - confrontar

C.P.C. – Código de Processo Civil

C.P.P. – Código de Processo Penal

C.P.R. – *Civil Procedure Rules*

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

D.L. – Decreto-Lei.

D.U.D.H. – Declaração Universal dos Direitos do Homem

E.M.J. – Estatuto dos Magistrados Judiciais

E.O.A. – Estatuto da Ordem dos Advogados

est. cit. – estudo citado

i.e. – *id est* (isto é)

L.E.C. – *Ley de Enjuiciamiento Civil*

loc. cit. – local citado

L.O.S.J. – Lei da Organização do Sistema Judiciário

n.º - número

O.A. – Ordem dos Advogados

ob. cit. – obra citada

P.I.D.C.P. – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

p. – página

pp. – páginas

proc. – processo

Reg. - Regulamento

R.O.A. – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

T.C. – Tribunal Constitucional

T.R. – Tribunal da Relação

últ. ob. cit. – última obra citada

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

vs. – *versus* (contra)

vol. - volume

II - Introdução

O papel do defensor no âmbito do processo civil declarativo continua, na ótica da nossa perspetiva, pouco explorado entre nós.

Como sabemos, o patrocínio judiciário das partes por advogado – figura esta que, pela sua relevância e atribuições, representa o paradigma do defensor no âmbito do sistema jurídico-processual português¹ - quando obrigatório, é normalmente apontado como um pressuposto (processual²) de apreciação do mérito da causa.

Não obstante, é comum o mandatário ser encarado como um “companheiro de luta que deixa evaporar a identidade de técnico para [se] transformar (...) em guerrilheiro da causa do próprio assistido, partilhando da sua sorte”³, de modo que, mais das vezes, o seu papel processual acaba por ser reconduzido ao da parte por si representada.

Mas será que a imposição de constituição de mandatário nos termos em que é feita no art. 40.º do C.P.C.⁴ ainda se justifica hodiernamente no nosso ordenamento jurídico, em face da atual tendência (que parece ter sido reforçada no C.P.C. de 2013) de reforço dos poderes do juiz em sede processual e da inadequação – como veremos – de alguns dos principais argumentos que a vêm justificando há séculos?

Para respondermos a tal interrogação, cremos que se impõe uma reflexão sobre um delicadíssimo tema que, pese embora a nível interno seja pacífico – no sentido de nem sequer ser discutido -, de um ponto de vista do direito comparado nunca foi alvo de um tratamento unânime e sempre despoletou acesos debates na doutrina: os méritos e os deméritos da possibilidade de autorrepresentação das partes no âmbito do processo declarativo cível⁵.

¹ Sendo que, por não relevarem diretamente no âmbito do patrocínio judiciário em que especialmente nos iremos focar – o obrigatório - iremos deixar de fora do presente estudo, salvo indicação em contrário, a figura dos solicitadores e dos advogados estagiários. Assim, daqui para a frente, e salvaguardada esta nota, usaremos indiscriminadamente as expressões “defensor”, “patrono” ou “mandatário” para nos referirmos exclusivamente aos advogados.

² Embora, como veremos de forma mais aprofundada *infra*, apenas no que toca ao autor. Sobre este tema, cfr. Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 104-107 e 189 e ss..

³ Fulvio GIANARIA/ Alberto MITTONE, *O Advogado Necessário*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 40.

⁴ Referem-se ao C.P.C. (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) todas as citações de disposições legais que não estejam acompanhadas da identificação do respetivo diploma.

⁵ Naturalmente, não iremos no presente estudo analisar a (também relevante e complexíssima) vertente processual penal do tema-problema que nos propomos abordar. Todavia, tal circunstância não prejudica a referência a vetores e argumentos que, oriundos do direito processual penal, pela sua relevância e identidade, sejam também de chamar à colação na perspetiva processual-civilística da questão.

No presente estudo, com o modesto objetivo de fornecer um princípio de debate acerca do problema no nosso ordenamento jurídico, tentaremos, em primeiro lugar, de forma a introduzir a temática de que nos propomos a tratar, explicar em que é que consiste e qual o papel do patrocínio judiciário no direito de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, bem como identificar os profissionais que estão habilitados ao seu exercício.

Ainda neste enfoque, por se tratar do contrato que normalmente vigora no âmbito do referido instituto e cujo regime será elemento pressupondo da reflexão a operar posteriormente, analisaremos de forma detalhada a figura do contrato de mandato judicial.

Findas as referidas considerações preliminares, começaremos então por estudar o regime processual do instituto do patrocínio judiciário, fazendo uma análise da adequação de algumas soluções que comporta em face dos fundamentos que tradicionalmente o sustentam.

Depois, já com uma perspetiva geral dos traços em que o legislador desenhou o instituto, partiremos para uma reflexão acerca dos fundamentos que tradicionalmente vêm sendo apontados pela doutrina como justificativos da regra geral de obrigatoriedade patrocínio judiciário das partes no âmbito do processo declarativo comum.

Empreendido, esperamos nós, já um suficiente enquadramento do tema desta dissertação, partiremos então para o problema que nos propusemos tratar, apresentando algumas incongruências que o atual regime da obrigatoriedade de constituição de mandatário denota em face dos fundamentos que tradicionalmente lhe são apontados.

De seguida, sempre de “mãos dadas” com as soluções que outros países adotaram no que tange ao referido tema, tentaremos saber se, à luz da alegada perda de vigor do princípio do dispositivo no Processo Civil moderno, a obrigatoriedade do patrocínio judiciário ainda se justifica no nosso ordenamento jurídico tal qual ela está estatuída no atual C.P.C., analisando as possíveis vantagens de um regime em que a autorrepresentação das partes fosse permitida sem qualquer tipo de restrições.

Ora, se bem vemos, e permita-se-nos este tom de aparente simplicidade, será esta a interrogação que estará na base da dissertação que nos propomos a elaborar.

Naturalmente que sendo o presente estudo – tanto quanto sabemos - uma primeira abordagem do tema a nível nacional, com certeza não estará ele isento de falhas ou de reparos. Ademais, atentos os inultrapassáveis limites temporais e formais inerentes à

elaboração da dissertação, não foi naturalmente possível fazer uma análise exaustiva de todos os ângulos de abordagem ao tema-problema em escrutínio.

Limitar-nos-emos a tratar a questão no âmbito das ações declarativas cíveis comuns, deixando de fora o processo executivo, processos especiais, matérias pertencentes à jurisdição voluntária e arbitragem.

Outrossim, ao analisar as partes autorrepresentadas, teremos sobretudo – salvo indicação expressa em contrário – em vista pessoas singulares, medianamente instruídas e diligentes ⁶.

Todavia, e ainda que com todas as limitações que acabámos de enunciar, tentaremos, a final do estudo, chegar a um princípio de resposta à pergunta que já vimos que nos servirá de bússola orientadora, analisando da adequação do critério estatuído no art. 40.º em face do sistema processual civil entre nós consagrado.

Ainda assim, não resistimos em terminar a introdução com uma consideração – servindo-nos de uma feliz expressão de Adrian Zuckerman ⁷ - que cremos ser crucial no tratamento do tema que é objeto da presente dissertação: averiguar do mérito da possibilidade de as partes se autorrepresentarem no âmbito de processos declarativos cíveis sempre passará, a título de fundo, por saber se é possível fazer-se justiça nos tribunais judiciais sem a presença de advogados.

⁶ No fundo, teremos em mente o chamado critério do *bonus pater familias*. Já quando nos referirmos à figura do advogado, teremos sempre em mente o paradigma do defensor que atua de maneira adequada (segundo critérios em concreto impostos pelas *leges artis* que regem a sua profissão) a salvaguardar a pretensão que está subjacente à posição processual assumida pelo seu constituinte na lide em que este último é parte.

⁷ “No Justice Without Lawyers — The Myth of an Inquisitorial System” in *Civil Justice Quarterly*, 33, 2014, pp. 355-374.

III - O Patrocínio Judiciário – questões genéricas

a) O Patrocínio Judiciário enquanto elemento necessário a uma tutela jurisdicional efetiva

Antes de mais, e de forma a percebermos o instituto de que vamos tratar, convém desde já começar por esclarecer, de uma forma (muito) sintética, em que consiste o direito à tutela jurisdicional por parte dos cidadãos, de modo a compreendermos o papel que o patrocínio judiciário desempenha no seu seio.

Tal como já fora afirmado há mais de dois séculos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”. Por tal ordem, fica notório que o chamado direito de acesso aos tribunais (ou direito à tutela jurisdicional) é, sem dúvida, um dos alicerces estruturantes de um Estado de Direito Democrático ⁸.

O n.º 1 do art. 20.º da C.R.P. consagra o chamado “direito fundamental à jurisdição”, em conformidade ⁹ com o preceituado no art. 10.º da D.U.D.H., que nos diz que todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, por um tribunal independente e imparcial, que decidirá sobre os seus direitos e obrigações ¹⁰.

Esta ideia de necessidade de garantia da tutela jurisdicional das posições jurídicas subjetivas e dos interesses e direitos difusos dos cidadãos, por parte do Estado, está diretamente ligada à consagração, entre nós, do tendencial monopólio estadual de resolução de litígios e, consequentemente, da proibição de recurso a meios privados de justiça (cfr. art. 1.º C.P.C.) ^{11 12}.

⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 409.

⁹ Por força do n.º 2 do art. 16.º da C.R.P.. Sobre a relevância da D.U.D.H. na interpretação e integração dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais, cfr. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, ob. cit., pp. 367-369.

¹⁰ Cfr. também, como disposições a observar em sede interpretativa e integrativa do direito à jurisdição, os arts. 8.º e 9.º da D.U.D.H., os arts. 2.º n.º 3 e 14.º do P.I.D.C.P., os arts. 6.º e 13.º da C.E.D.H. e o art. 47.º da C.D.F.U.E..

¹¹ Excetuados os casos em que não é razoavelmente exigível ou viável o recurso prévio aos órgãos jurisdicionais – permitindo a lei aos particulares, pelos seus próprios meios e dentro de certos limites, a autotutela e a realização dos seus direitos (cfr. arts. 336.º, 337.º, 339.º, 1277.º, 1314.º e 1315.º do C.C.) - e,

Assim, o direito fundamental de acesso aos tribunais inclui, desde logo, no seu (amplo) espectro jurídico-normativo, o direito de ação. Este consiste no direito de se poder ver uma pretensão (regularmente) deduzida (em juízo) apreciada por um órgão jurisdicional, solicitando-se a abertura de um processo, no âmbito do qual o referido órgão fica vinculado ao dever de sobre ela se pronunciar através de decisão fundamentada (cfr. o art. 205.º da C.R.P., bem como os arts.º 2.º, 3.º n.º1 e 615.º n.º1 al. b))¹³.

Não obstante, no *supra* referido direito de acesso aos tribunais também radicam e são tutelados os interesses do demandado. Este último, além de gozar do direito de defesa¹⁴ enquanto faculdade jurídico-processual “oposta” ao direito de ação contra si exercido por parte do demandante, pode ainda deduzir pedidos contra o(s) autor(es) sob forma de reconvenção^{15 16}.

naturalmente, os meios de resolução alternativa de litígios - que, de certa forma, acabam por não se subtraírem totalmente ao sistema de justiça pública (ou ao chamado monopólio estadual da função jurisdicional), uma vez que as suas decisões podem ser, v.g., alvo de recurso para os tribunais judiciais ou até anuladas por estes. Sobre este tema, cfr. Rita Lobo XAVIER/Inês FOLHADELA/Gonçalo Andrade e CASTRO, ob. cit., pp. 22-33. O chamado sistema de justiça privada (largamente praticado nas sociedades primitivas), assente nos princípios fundamentais da autodefesa e da ação direta, é um sistema imperfeito; a força nem sempre anda a par com a razão, de modo que o exercício privado da justiça denegaria, por (muitas) vezes de forma irreparável, a realização do Direito. Ademais, as partes interessadas, ainda que munidas da força necessária para fazer valer as suas pretensões, não são os sujeitos psicologicamente indicados para estabelecer poderes próprios ou deveres alheios, ou sequer para fixar os termos da reparação devida pela violação dos seus direitos, sob pena haver lugar a injustiças e excessos que, em vez de reporem a ordem e paz pública, agravariam as relações entre particulares. Cfr. Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., pp. 1-7 e Fernando Pereira RODRIGUES, *O Novo Processo Civil: os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 27-36.

¹² O direito à jurisdição pode ser assim encarado como um princípio constitucional conformador e regulador do sistema de administração da justiça (nomeadamente da atividade do legislador ordinário) e, outrossim, como um importantíssimo elemento interpretativo (do ponto de vista de fundamentação axiológico-normativa) a ter em conta em disposições normativas jurídico-processuais que com ele se possam relacionar. Cfr. Rita Lobo XAVIER/Inês FOLHADELA/Gonçalo Andrade e CASTRO, ob. cit., pp. 22-23 e 119-120 e José Lebre de FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 99-100. Para uma distinção detalhada entre posições jurídicas subjetivas e interesses e direitos difusos, cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Direitos Difusos*, Lisboa, Lex, 2003, pp. 46 e ss..

¹³ Cfr. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, ob. cit., pp. 414-415, Enrico Tullio LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi*, 8.ª Edição, Milão, Giuffrè Editore, 2012, pp. 137-139, Gian Franco RICCI, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 4.ª Edição, Turim, Giappichelli Editore, 2012, pp. 52-54 e José Lebre de FREITAS, *últ. ob. cit.*, p. 101.

¹⁴ Por exceção ou por impugnação, nos termos do art. 571.º.

¹⁵ Todavia, e como é natural, para se poder defender, o réu tem que ser chamado a juízo (cfr. arts. 3.º n.º 1 *in fine*, n.º 2, n.º 3, 219.º e 187.º e ss.). Ainda assim, de modo a que o referido direito de defesa possa ser exercido de forma efetiva, o demandado deve ter conhecimento e poder aceder a todos os elementos constantes do processo (cfr. arts. 163.º e ss., 227.º, 188.º e ss., 191.º, 696.º e), 729.º d)), usufruir de um prazo razoável para se opor às pretensões contra si deduzidas (cfr. v.g. art. 149.º, 569.º n.º1, 585.º, 638.º) e alguma flexibilidade na rigidez das cominações e preclusões decorrentes da falta de contestação (cfr. arts. 566.º a 568.º). Cfr. Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., p. 6, José Lebre de FREITAS, *últ. ob. cit.*, pp. 106-118, Enrico Tullio LIEBMAN, ob. cit., pp. 139-140, Gian Franco RICCI, ob. cit., pp. 54-57 e Rita Lobo XAVIER/Inês FOLHADELA/Gonçalo Andrade e CASTRO, ob. cit., pp. 122-125.

Na verdade, por força dos direitos que derivam da garantia fundamental de acesso aos tribunais que acabámos de sublinhar, as partes ¹⁷ têm a oportunidade (e mesmo o ónus) de influenciar a conformação e o desenvolvimento do processo. Elas devem (nomeadamente) ter a oportunidade de expor as alegações de facto e motivações de direito que fundamentam a sua posição, a possibilidade de exercer o contraditório sobre os argumentos em que se estriba a posição da parte contrária, a faculdade de oferecer as suas provas, analisar e impugnar as provas apresentadas pelo adversário, tomar posição sobre o resultado de umas e outras, recorrer das decisões prolatadas, etc.¹⁸.

Sem embargo, as partes costumam estar desprovidas dos conhecimentos técnicos necessários ao acautelamento efetivo das suas concretas posições jurídicas subjetivas em sede jurisdicional. Aliás, esta tendência tem mesmo vindo a acentuar-se nos últimos anos por força da crescente complexidade dos institutos jurídicos substantivos e processuais que condicionam a sua tutela ¹⁹.

Assim sendo, e visando (também) salvaguardar possíveis injustiças processuais decorrentes da circunstância que acabámos de elencar, como direitos conexos ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva, costumam-se apontar, de uma perspetiva constitucional, o

¹⁶ Não iremos analisar exaustivamente todas as dimensões do direito à jurisdição, por força do escopo da dissertação que por ora operamos. De qualquer forma, para uma (extensa) análise global do direito fundamental em causa, cfr. Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 170 e ss..

¹⁷ Referimo-nos, naturalmente, às chamadas partes processuais. No seguimento da exposição que vimos de fazer, e em título de concretização conceitual, as partes são os sujeitos contrapostos na dialética do processo em face do juiz, que por natureza é titular de uma posição (de poder) imparcial. São partes processuais ativas as pessoas ou entidades equiparadas que, no exercício do seu direito de ação, apresentam determinada pretensão em juízo consubstanciada na pretensa titularidade de um direito ou interesse objetivamente carecido de tutela jurisdicional. São partes processuais passivas as pessoas ou entidades equiparadas contra quem é dirigida determinada pretensão jurisdicional e vêm (ou não) ao processo exercer o seu direito de defesa. Todas estas pessoas ou entes, ao adquirirem a qualidade de partes processuais – no decorrer da fase dos articulados, por sucessão da posição de alguma das partes originárias ou por intervenção processual provocada ou voluntária -, passam a ser sujeitos de direitos, deveres e ónus processuais, repercutindo-se sobre si os efeitos dos atos praticados no âmbito do processo. Cfr. José GARBERÍ LLOBREGAT, *Derecho Procesal Civil*, 3.ª Edição, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 141-142 e Enrico Tullio LIEBMAN, ob. cit., pp. 87-88. Sobre o conceito e medida da personalidade e capacidade judiciária *vide* os arts. 11.º a 29.º e cfr., v.g., Rita Lobo XAVIER/Inês FOLHADELA/Gonçalo Andrade e CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil: Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 161-164, e, de forma mais desenvolvida, Miguel Teixeira de SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª Edição, Lisboa, Lex, 1997, pp. 136-151.

¹⁸ A título de disposições onde se denota a preocupação do nosso legislador em possibilitar às partes uma efetiva possibilidade de conformação concertada do desenrolar do processo, cfr., v.g., os arts. 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 260.º e ss..

¹⁹ Neste sentido, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 245/97 (a que voltaremos *infra*) e Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 179.

direito ²⁰ ao patrocínio judiciário e o direito de as partes se fazerem acompanhar por defensor perante qualquer autoridade (art. 20.º n.º 2 da C.R.P.)²¹.

O patrocínio judiciário consiste na representação e assistência prestada às partes por profissionais do foro ²² na condução do pleito, mediante a prática, em termos adequados, dos respetivos atos processuais em geral ou de determinados atos em especial ²³ ²⁴. Este instituto, mais do que um expediente adstrito à administração da justiça (art. 208.º da C.R.P.), acaba por ser também um “elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais” ²⁵, estando genericamente regulado nos arts. 40.º e ss. do C.P.C. ²⁶.

Neste conspecto, estamos já aptos a afirmar que o patrocínio judiciário não só permite que as partes “não tenham que estar sós” no seio da complexidade da relação jurídica processual que entretece os trâmites do processo, podendo estas fazer-se

²⁰ Que mais das vezes, como melhor veremos *infra* (embora a propósito de um outro enquadramento), se transforma num autêntico “dever”. É que o nosso legislador, por razões atinentes à administração da justiça e a exigências de uma organização eficiente e igualitária da tutela do interesse das partes, está constitucionalmente legitimado a impor a constituição obrigatória de advogado nos processos jurisdicionais. Todavia, e pese embora o acesso à justiça não seja tendencialmente gratuito – referimo-nos a despesas com taxas, custas, honorários com mandatários e demais encargos com o processo -, a exigência de constituição de mandatário e a conseqüente necessidade de suportar os seus honorários não pode levar a uma excessiva onerosidade de exercício do direito a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos, sendo neste último sentido que se fala do chamado “direito ao patrocínio judiciário”: existe a obrigação de o Estado permitir a todos o acesso à justiça em condições de igualdade, independentemente dos seus recursos económicos (cfr. a nota 24).

²¹ Pese embora, tal como acabámos de explicitar na nota anterior, o direito ao patrocínio judiciário seja sobretudo apontado como garantia destinada a promover a igualdade de cidadãos no acesso a justiça – nomeadamente no que toca a proibição da denegação de justiça por insuficiência de meios económicos – e seja de certo modo autonomizado do direito que as pessoas têm de se fazer acompanhar de defensor perante qualquer autoridade, por força do objetivo da presente dissertação estamos a dar um tratamento conjunto e concertado a estas duas faces do direito à tutela jurisdicional efetiva. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, ob. cit., p. 409. O que pretendemos salientar com a exposição que operamos é que, de um ponto de vista processual, por ser que elemento concretizador do referido direito fundamental de acesso aos tribunais (sobretudo nos seus desdobramentos de direito de ação e direito de defesa), o patrocínio judiciário goza de tutela constitucional e todas as pessoas podem (e devem) usufruir dele (cfr., no entanto, a nota 24).

²² Que, como veremos *infra* na al. b) do presente capítulo (III), podem ser advogados, advogados estagiários ou solicitadores.

²³ Vide, Manuel de ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil: súmula de lições proferidas ao curso do 4.º ano jurídico 1948-1949*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1949, p. 40.

²⁴ O direito ao patrocínio judiciário beneficia igualmente todos os cidadãos nacionais (pois no que toca a cidadãos estrangeiros rege o disposto no art. 7.º da Lei n.º 34/2004 – no entanto, entendendo que no que toca a estes cidadãos parece dever exigir-se uma conexão mínima com o ordenamento jurídico nacional para que lhes seja concedido apoio judiciário, cfr. o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 208/04), não podendo ser denegado aos mais carenciados por força da sua insuficiência económica, sob pena de a garantia de acesso aos tribunais se tornar vazia de conteúdo. Assim, às pessoas que não possam escolher livremente advogado por força da sua situação económica deverá ser nomeado um defensor officioso, nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho (Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais).

²⁵ Assumindo mesmo a qualidade de direito fundamental de natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias, que permite a sua aplicabilidade direta. Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, ult. ob. cit., p. 177.

²⁶ Iremos *infra*, no âmbito do Capítulo IV, realizar uma análise detalhada do mesmo.

acompanhar de profissionais especializados na prática dos atos que em sua sede têm lugar²⁷, como por força da referida razão é também um instituto amplamente protegido a nível constitucional enquanto elemento concretizador de um dos alicerces de um Estado de Direito democrático: o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

b) Os profissionais que estão legalmente habilitados a exercer o Ius Postulandi

Acabámos de ver que as partes, em homenagem ao interesse público da administração estadual da justiça e, sobretudo, por forma a tutelarem as suas posições jurídicas subjetivas no âmbito de determinado pleito, podem beneficiar da representação e assistência técnico-jurídica de profissionais do foro na condução do processo, mediante uma adequada prática, por parte destes, dos respetivos atos a levar a cabo.

Mas quem são os profissionais que podem levar a cabo o patrocínio judiciário das partes?

A resposta a esta pergunta encontra-se no art. 1.º da Lei 49/2004, de 24 de Agosto. Nos termos do n.º 1 do referido preceito legal, “Apenas os licenciados em Direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados e os solicitadores inscritos na Câmara dos Solicitadores podem praticar os atos próprios dos advogados e dos solicitadores.”, sendo o exercício do mandato forense (art. 2.º do referido diploma), quando praticado no interesse de terceiros e no âmbito de atividade profissional, um ato próprio dos advogados e dos Solicitadores (cfr. n.º 5 e n.º 7 do art. 1.º)²⁸.

²⁷ Costumam ser individualizadas pela doutrina Italiana as duas funções essenciais do mandatário no âmbito do exercício do patrocínio judiciário, originárias da abolida distinção entre *procuratore* e *avvocato*: a representação em juízo (através da prática de atos processuais em nome e no interesse da parte) e a assistência técnico-jurídica (prestando à parte uma atividade de consultadoria especializada ao longo do processo, com vista a uma preparação concertada da defesa dos seus interesses na lide). Cfr., v.g., Mauro Di MARZIO, *La procura alle liti: Poteri, obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Milão, Giuffrè, 2011, p. 1, Gian Franco RICCI, ob. cit., p. 208 e Crisanto MANDRIOLI/Antonio CARRATA, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol I, 11.ª Edição, Turim, Giappichelli Editore, 2013, pp. 205-206. De qualquer forma, entre nós, como veremos *infra*, ainda se vislumbram alguns sinais da referida distinção (sobre a génese da mesma, cfr. a nota 30), v.g., na regulação do instituto do patrocínio judiciário no âmbito da Lei dos Julgados de Paz.

²⁸ Isto sem prejuízo das competências próprias atribuídas às demais profissões ou atividades cujo acesso ou exercício é regulado por lei (cfr. n.º 7 (*in fine*) do art. 1.º da referida Lei n.º 49/2004). Como exemplo destas exceções cfr., v.g., o art. 19.º da Lei n.º 21/85, de 21 de Julho (E.M.J.), que estatui que “[o]s magistrados judiciais podem advogar em causa própria, do seu cônjuge ou descendente.”. Mais duvidosa é a questão de saber se, v.g., uma parte, pode escolher alguém da sua confiança – mas não advogado, advogado estagiário ou solicitador – para exercer o *ius postulandi* em ações em que seja permitido as partes autorrepresentarem-se. De acordo com o teor literal da referida lei (cfr. o n.º 8 do art. 1.º), a resposta parece ser afirmativa, desde que a referida representação técnica não seja exercida pelo mandatário no âmbito da sua atividade profissional. Aliás, parece ser pacífico na jurisprudência e doutrina italiana – a propósito da representação

Assim, da conjugação dos artigos que acabámos de ver com as disposições legais e estatutárias aplicáveis ²⁹, podemos concluir que os profissionais do foro aptos a exercer o mandato judicial como atividade profissional no interesse de terceiros (no âmbito do instituto do patrocínio judiciário) são os advogados, os advogados estagiários e os Solicitadores com inscrição em vigor das respetivas ordens profissionais, sob pena de prática do crime de procuradoria ilícita, tipificado no art. 7.º do diploma legal em escrutínio ³⁰.

das partes nos *Giudice di Pace* nas causas em que as partes se podem autorrepresentar (cfr. o art. 317.º do *Codice di Procedura Civile*) – o entendimento de que desde que o representante esteja munido da competente procuração, independentemente de ser ou não técnico do Direito, pode ser mandatário da parte na causa (cfr. o Ac. da *Cassazione Civile*, *sezioni* II, 21 aprile 2000, n. 5235, o Ac. da *Cassazione Civile*, *sezioni unite*, 8 febbraio 2001, n. 48, o Ac. da *Cassazione Civile*, *sezioni* I, 21 aprile 2005, n. 08339 (todos consultados em Francesco BARTOLINI/Pietro SAVARRO (org.), *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, 37.ª Edição, Piacenza, CELT, 2015, p. 995) e o Ac. da *Cassazione Civile*, *sezioni* I, 6 aprile 2006, n. 8026 (consultado na ult. ob. cit., pp. 334-335) e Crisanto MANDRIOLI/Antonio CARRATA, ob. cit., p. 207). Aliás, o disposto no nosso n.º 3 do art. 58.º conjugado com o n.º 1 do referido preceito (a propósito do patrocínio obrigatório em sede de ação executiva) lidos *a contrario* e a solução que rege a este propósito nos Julgados de Paz (cfr. art. 38.º da Lei dos Julgados de Paz) parecem até confirmar este entendimento. De qualquer forma, e adiantando algumas considerações que aprofundaremos *infra*, não nos parece que esta solução deva ser perfilhada. Em primeiro lugar, temos que ter em conta o fundamento que leva à admissibilidade de representação das partes na lide: o desconhecimento técnico destas e a especial formação profissional e deontológica dos profissionais que a nossa lei processual civil expressamente admite como sendo os titulares do referido poder de representação – não nos esqueçamos que os solicitadores também obedecem a um estrito código deontológico e os advogados estagiários só a partir de uma determinada fase do seu estágio (em que já receberam formação técnica e deontológica) é que estão aptos a exercer o referido patrocínio. Em segundo lugar, nos *Giudice di Pace* italianos – únicos tribunais em que a autorrepresentação das partes é admitida em determinadas causas - a tramitação e os princípios que regem o processo são em muito semelhantes aqueles que vigoram nos nossos julgados de paz. No âmbito dos tribunais judiciais, como sabemos, a tramitação é mais complexa e apenas os profissionais do foro estão devidamente familiarizados e aptos para lidarem com ela. Assim, atendendo à relevância constitucional que é dada ao patrocínio judiciário enquanto elemento concretizador do direito de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, estando em causa o interesse público na administração da justiça, cremos que apenas deve admitida a representação técnica das partes por advogados, advogados estagiários e solicitadores (aparentemente em conformidade com esta interpretação, cfr. o Ac. da *Cassazione Civile*, *sezioni* II, 7 Novembre 1992, n. 12048, consultado em Francesco BARTOLINI/Pietro SAVARRO, ob. cit., p. 333). Ademais, parece-nos que a interpretação que perfilhamos é, ao invés do que acontece com o *supra* referido art. 58.º, sustentada pela redação (aparentemente restritiva, ao elencar taxativamente os representantes técnicos admitidos) do artigo 42.º, quando este nos diz que “[n]as causas em que não seja obrigatória a constituição de advogado podem as próprias partes pleitear por si *ou* ser representadas por advogados estagiários *ou* por solicitadores”. A este propósito, cfr. também o expendido *infra* na nota 93, no que toca à experiência francesa.

²⁹ Cfr. os arts. 61.º a 65.º, 189.º, 194.º, 196.º, 198.º, 199.º e 200.º do E.O.A., aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro e o art. 99.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores aprovado pelo Decreto-lei n.º 88/2003, de 26 de Abril.

³⁰ Nas Ordenações e nas leis anteriores ao C.P.C. de 1939, a classe dos solicitadores era conhecida como “Procuradores”. Este dualismo, que tinha algumas repercussões a nível processual – a representação em juízo da parte era normalmente levada a cabo pelo procurador (cfr., a título de curiosidade, o n.º 3 do atual art. 247.º), estando a elaboração da respetiva “defesa técnica” a cargo do advogado - e que ainda se mantém *v.g.* em Espanha, remonta ao Direito Romano. Ainda assim, parece atualmente começar a esbater-se, pese embora, como já referimos, ainda se vislumbrem alguns sinais da sua existência no nosso ordenamento jurídico na Lei dos Julgados de Paz. Cfr. José Alberto dos REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª Edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 105. Fazendo uma crítica pesada a este

Todavia, como veremos, advocacia acaba por ser a forma típica de exercício de profissão de mandatário judicial, uma vez que os advogados estagiários e os Solicitadores apenas podem representar as partes nas causas em que não é obrigatória a constituição de advogado – e nas quais as partes podem pleitear por si – (cfr. arts. 40.º n.º 1 e 42.º).

Por tal ordem, cumprido o objetivo do presente subponto, e reforçando uma das advertências introdutórias com que iniciamos a presente dissertação, de ora em diante vamos sobretudo centrar-nos no exercício do patrocínio judiciário pela figura do advogado³¹.

c) *O contrato de mandato judicial*

De modo a continuarmos o caminho que a início nos propusemos a percorrer, afigura-se curial tecer algumas considerações sobre a figura e a estrutura do contrato que mais das vezes³² está na base do exercício do patrocínio judiciário: o mandato judicial³³.

sistema em Espanha pelos pesados encargos financeiros que causa às partes e aparente desnecessidade prática da obrigatoriedade da constituição de procuradores (cfr. arts. 23.1 e 31.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*), cfr. Ramiro GRAU MORANCHO, *Procuradores: Debate sobre la representación procesal*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 9-21 e, de certo modo, também José GARBERÍ LLOBREGAT, ob. cit., pp. 153-154. Sobre a recente abolição da distinção (em termos profissionais) em Itália, cfr. Mauro Di MARZIO, ob. cit., pp. 18-21.

³¹ Sobre a temática tratada neste subponto, cfr., com algum desenvolvimento, J.P. Remédio MARQUES, *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 409-412, em esp. notas 1, 2 e 3 e, de uma (sintética) perspetiva histórica sobre a figura do advogado, cfr. António ARNAUT, *Iniciação à Advocacia – História, Deontologia, Questões Práticas*, 11.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 27-30.

³² O patrocínio judiciário pode também ser exercido a título de gestão de negócios (cfr. art. 49.º). Sobre esta questão, cfr. v.g. o Ac. do STJ de 31 de Março de 2009, Proc. n.º 08B3886, relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino.

³³ Nem sempre o patrocínio judiciário – i.e., “(...) o exercício de poderes de representação em tribunal por profissionais do foro, na condução e orientação técnico-jurídica do processo.” (in J.P. Remédio MARQUES, ob. cit., p. 409) – resulta de mandato voluntariamente conferido pela parte representada. Em casos excepcionais o mandato judicial pode resultar de nomeação feita pela Ordem dos Advogados. Referimo-nos naturalmente à situação prevista no art. 51.º e aos casos em que a nomeação advém dos termos definidos no regime jurídico do acesso ao direito e tribunais (cfr. a já referida Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho e o D.L. n.º 71/2005, de 17 de Março).

³⁴ No decorrer do presente estudo, por ser prática usual na doutrina e jurisprudência, usaremos as expressões “mandato judicial” e “mandato forense” como sinónimas. Não obstante, cumpre relevar que no art. 62.º do E.O.A. a expressão “mandato forense” foi utilizada para caracterizar determinadas práticas forenses que extravasam já o âmbito do mandato judicial *stricto sensu*, embora o referido preceito estatutário acabasse por salvaguardar a vigência do art. 2.º da Lei n.º 49/2004. Sobre esta questão, Cfr. Fernando Sousa MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado*, 8.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 278. Aprofundando a referida distinção, vide também o Parecer do Conselho Geral da O.A. n.º E-39/02, relatado por Arménia Coimbra e disponível em www.oa.pt.

i. A natureza e regime do contrato de mandato judicial

Em primeiro lugar, não será despiciendo começar por salientar que o mandato judicial está, em princípio, subordinado ao mesmo conjunto de direitos e obrigações que decorrem do contrato de mandato regulado nos arts. 1157.º e ss. do C.C..

Não obstante, possui um inelutável carácter atípico ³⁵ (ou especial ³⁶), timbrado pelas disposições jurídico-processuais constantes nos arts. 40.º e ss. e pelas regras e princípios deontológicos regem o exercício da advocacia. Por tal ordem, parece ser claro que os mandatários se encontram adstritos a um conjunto de princípios e obrigações adicionais à regulação civil da referida relação contratual ³⁷ (cfr. n.º 11 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004 de 24 de Agosto) ³⁸.

Aliás, prova da referida atipicidade do contrato de mandato judicial revela-se o facto de os enunciados preceitos jurídico-processuais e princípios deontológicos (subjacentes ao exercício da advocacia) aplicáveis ao mandato judicial levarem a que existam disposições do regime geral civilístico que não se possam aplicar ao contrato de mandato judicial, como v.g. o disposto no n.º 2 do art. 1158.º, no n.º 2 do art. 1170.º, na al. a) do 1161.º ou mesmo no art. 1172.º, todos estes arts. constantes do C.C. ³⁹.

Ademais, o mandato “comum” pode ou não ser representativo (cfr. os arts. 1178.º e ss. do C.C.) – a representação não lhe é uma característica estruturalmente inerente, mas

³⁵ Cfr. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 120 e, v.g., o Ac. da Relação do Porto de 30 de Maio de 2005, Proc. n.º 0552612, relatado pelo Desembargador Orlando Nascimento.

³⁶ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 466. Em sentido aproximado, Orlando Guedes COSTA, *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 96-96. Em sentido (aparentemente) diverso, cfr. Amílcar de MELO, *Da Advocacia*, Porto, Almeida & Leitão, Lda., 2013, p. 46.

³⁷ Cfr. Fernando Sousa MAGALHÃES, ob. cit., p. 82.

³⁸ Os direitos e deveres advenientes do chamado “Direito Profissional” dos advogados fazem assim inquestionavelmente parte integrante da relação obrigacional complexa que conforma o regime do contrato de mandato judicial. Sobre a relação jurídica obrigacional complexa, vide, v.g., Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 186-189.

³⁹ Ademais, e também diferentemente do regime do mandato comum, há determinados atos que só podem ser praticados pelo mandatário judicial - nomeadamente nas situações onde o patrocínio judiciário é obrigatório, pese embora nos pareça que, no âmbito dos casos de patrocínio judiciário facultativo onde a parte tenha optado por constituir mandatário, também seja de aplicar tal solução, sob pena de se por em causa a especial autonomia e isenção que o desempenho da função de defensor exige, e, conseqüentemente, o próprio direito de defesa do mandante. Cfr. Luís Vasconcelos ABREU, “O Estatuto da Ordem dos Advogados e a Relação entre Mandante e Mandatário Judicial”, em R.O.A., Ano 62, Vol. I, 2002, disponível em www.oa.pt e Amílcar de MELO, ob. cit., p. 48.

simplesmente algo que se lhe pode acrescentar ⁴⁰. Já o mandato judicial é obrigatoriamente um mandato representativo ⁴¹, atenta a especificidade do seu objeto, que (tal como já referimos) consiste na representação e assistência técnico-jurídica por parte dos mandatários às partes no que diz respeito à condução da lide e/ou à prática de certos atos processuais (cfr. arts. 44.º e 45.º) ⁴².

Por consubstanciar um dos atos exercidos a título profissional (reservado) por parte de uma classe de profissionais liberais – para o que nos interessa, os advogados -, o mandato judicial geralmente ostenta também um carácter oneroso ⁴³.

Utilizando a (pouco rigorosa ⁴⁴) terminologia do art. 43.º, o mandato judicial pode ser conferido por instrumento público, por documento particular ⁴⁵, ou então por declaração verbal da parte no auto de qualquer diligência que se pratique no processo. Desta forma atribuem-se poderes ao mandatário que permitem representar a parte em todos

⁴⁰ No art. 1318.º do C.C. de 1867 referia-se mesmo que havia lugar ao “(...) o contrato de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega[va] de prestar, ou fazer alguma coisa, por mandato e em nome de outrem.”. Com o C.C. de 1966 a referida confusão foi ultrapassada. A procuração configura um negócio jurídico unilateral e promove a concessão de poderes de representação; já o mandato é um contrato e dá lugar a uma modalidade de prestação de serviços. Não obstante, o nosso legislador acaba por pressupor, pela existência de procuração, que há uma relação - entre o representante e o representado - consubstanciada num negócio jurídico base que normalmente é o mandato. A procuração e o mandato ficam assim numa estreita relação de “proximidade”, que acaba por ser confirmada pelo disposto nos arts. 1178.º e 1179.º do C.C. (neste sentido vai o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de Outubro de 2011, Proc. n.º 1006/10.7TBCVL.C1, Relatado pelo Desembargador Henrique Antunes e disponível em www.dgsi.pt). Ainda assim, sobre a distinção entre *mandato* e *procuração* e a sua relevância no âmbito do exercício da advocacia em geral, *vide, v.g.*, Alfredo GASPAR, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, Fundação, Jornal do Fundão Editora, 1985, pp. 74-79 e João de Castro MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980, pp. 138-139.

⁴¹ Neste sentido Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *ob. cit.*, p. 467, Fernando Pessoa JORGE, *O mandato sem representação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 24 e Luís da Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 496.

⁴² Cfr. João de Castro MENDES, *ob. cit.*, p. 125, J.P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 412, Paulo PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 80-81, Artur Anselmo de CASTRO, *Lições de Processo Civil*, I, Coimbra, Almedina, 1964, p. 86.

⁴³ Onerosidade esta que lhe confere também a característica da bilateralidade (ou sinalagmaticidade) perfeita funcional (cfr. Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 360-362). Embora o Juiz-Corregedor Ary Elias da Costa referisse que “[a]s relações entre mandante e mandatário devem ser dominadas pela obediência a dois deveres fundamentais, recíprocos e interdependentes: o da confiança (do mandante no mandatário que tiver escolhido) e o da fidelidade (do mandatário nos interesses de quem nele confiou)” (*apud* Alfredo GASPAR, *ob. cit.*, p. 147.), não nos parece que haja uma obrigação primária de confiança do lado do mandante que no âmbito do mandato judicial gere a bilateralidade perfeita nos (residuais) casos em que este apresente um carácter gratuito. Nestas hipóteses, segundo cremos, o contrato de mandato judicial será, tal como o mandato comum, um contrato bilateral imperfeito (mas em sentido contrário cfr. o Ac. do Conselho Superior de 5/06/1966 em R.O.A., Ano 21, 1978. Quanto às noções base da classificação operada, cfr. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 126-129). Não obstante, e sem contradição, o princípio da confiança acaba por condicionar e estar ínsito a todo o regime do mandato judicial, em virtude de ser um dos pilares fundamentais do exercício da advocacia.

⁴⁴ *Vide supra* a nota 40.

⁴⁵ Cfr. o D.L. 267/92, de 28 de Novembro.

os atos e termos do processo principal, bem como nos respetivos incidentes – ainda que perante tribunais superiores -, sem prejuízo das disposições que exigem outorga de poderes especiais ⁴⁶ por parte do mandante (arts. 44.º e 45.º).

Como se afigura óbvio, a eficácia do mandato está, no entanto, condicionada à sua aceitação (que pode ser expressa ou tácita) por parte do mandatário (cfr. art. 44 n.º 4).

Naturalmente, e como qualquer tipo de mandato, também o mandato forense se pode extinguir por denúncia ou revogação, embora nestas modalidades de extinção do contrato se tenha que obedecer às formalidades plasmadas no art. 47.º: a revogação e a renúncia devem ter lugar no próprio processo, tendo que ser notificadas ao mandatário ou ao mandante e à parte contrária (n.º1), produzindo-se os respetivos efeitos a partir da data da sua notificação (n.º2).

Independentemente desta adaptação necessária à realidade jurídico-processual, também se aplica ao mandato judicial a livre revogabilidade estabelecida no art. 1170.º do C.C. ⁴⁷.

Por fim, e tendo em conta o tema-problema inerente ao presente estudo, cumpre ainda relevar a seguinte nota: subjacente ao exercício da advocacia está uma marcada função social. Mas o advogado não pode ser visto como um mero “funcionário” a que a parte tem “direito” ⁴⁸.

O mandato judicial tem como vetor fundamental a confiança recíproca entre as partes que o celebram; todavia, o mandatário deve exercer as suas funções livre de

⁴⁶ Para que possa ser feita confissão, transação ou desistência por parte do mandatário, este tem de estar munido de uma procuração que lhe confira poderes especiais (cfr. art. 45.º n.º2), uma vez que a procuração forense com poderes gerais não alberga a faculdade de realizar os referidos negócios jurídicos em nome da parte representada. Não obstante, e contrariamente ao que acontece na lei civil (no âmbito do contrato de mandato “comum”), no conjunto de poderes que a lei presume conferidos ao mandatário judicial está incluído o de subestabelecer (com ou sem reserva) o mandato (cfr. art. 44 n.º 4 e o art. 264.º n.º1 C.C.). Sobre estes pontos, cfr. Lebre de FREITAS/João REDINHA/Rui PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 74-78.

⁴⁷ Embora, quando o mandato seja revogado pelo mandatário, haja que ter em conta o disposto no n.º 2 e na al. e) do n.º 1 do art. 95.º do E.O.A.. Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, ob. cit., p. 468 e Lebre de FREITAS/João REDINHA/Rui PINTO, ob. cit., p. 80.

⁴⁸ Neste sentido, João de Castro MENDES, ob. cit., p. 139. No âmbito da doutrina, e a propósito desta questão, tem sido bastante discutida a questão de saber se o advogado, no âmbito do processo, é um verdadeiro representante da parte ou se assume a posição de simples nuncio – que, como sabemos, é um transmissário de uma vontade totalmente formada sem qualquer margem de autonomia na sua atuação. Em termos (quase que redutoramente) sintéticos, atendendo à independência e autonomia técnica que regem o exercício da advocacia (e, conseqüentemente, o mandato judicial), e independentemente de algumas especificidades da relação de representação em sede processual – que assumem imensa relevância na interpretação dos vícios do ato postulativo -, cremos que o advogado jamais poderá ser considerado um simples nuncio da parte. Desenvolvidamente sobre esta problemática, cfr., v.g., Paula Costa e SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 330-338.

qualquer pressão ou interesse que possa prejudicar a sua independência. Ou seja, pelo facto de haver um inegável interesse público – a nível da administração da justiça – subjacente ao exercício do mandato judicial por parte do advogado, este último de modo algum se deve ver forçado a representar a parte contra a sua vontade, valendo plenamente nestas relações o princípio da liberdade contratual na sua dimensão de liberdade em não contratar (art. 405.º C.C.)⁴⁹.

⁴⁹ Mais complicada, no entanto, se afigura a análise dos casos em que é a Ordem dos Advogados a nomear determinado advogado para representar uma parte (cfr. *supra* a nota 33). É nossa convicção que nos casos em que o patrocínio judiciário não resulte de mandato voluntariamente celebrado entre as partes - cfr. o art. 2.º da Portaria 10/2008, de 3 de Janeiro, em que a liberdade contratual do advogado (na sua dimensão de *liberdade em não contratar*) é (embora em nosso ver erroneamente) limitada por estar em causa uma *profissão de exercício condicionado* “(...) cujo interesse de ordem pública assim o justifica” (in João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 238, em esp. nota 3) - o pedido de escusa por parte do advogado nomeado deve ser imediatamente deferido (Cfr., neste sentido, Francisco M. GENTIL, *Da Dignidade do Advogado. Um problema de Deontologia Profissional*, Jornal do Foro, Ano 8.º, 1944, pp. 217-218). Segundo cremos, tal entendimento não se configura violador do art. art. 20.º da C.R.P. (mais precisamente do seu n.º 2), onde, como já referimos *supra*, constitucionalmente se descortina um “direito ao advogado”; é que, em primeiro lugar, o “direito ao patrocínio judiciário” destina-se fundamentalmente “(...) a promover a igualdade dos cidadãos no acesso ao direito e aos tribunais em caso de carência de meios económicos para obter patrocínio (...)” e não a tornar os advogados em autênticos *funcionários públicos* obrigados a aceitar e exercer todo e qualquer patrocínio que lhes seja heteronomamente imposto. Por outro lado, o chamado “direito ao advogado” não mais é do que a consagração constitucional do papel do advogado na defesa dos direitos dos cidadãos – sendo a sua participação processual um elemento fulcral na concretização do direito a um processo equitativo (art. 4.º) –, permitindo-lhes assim não estarem “só e desarmados” no âmbito de determinada lide (cfr. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, ob. cit., pp. 412-416). Ora, como vemos, a posição que defendemos não prejudica as garantias constitucionais ínsitas aos art. 20.º da C.R.P., mas ao invés até as reforça. Nenhum advogado deve ser obrigado a patrocinar alguém contra a sua vontade, sob pena de (por à partida estar quebrado o vínculo da confiança entre as partes) serem fragilizados um conjunto de princípios e deveres que estão subjacentes ao contrato de mandato judicial e, de tal modo, pôr-se em causa o direito a um processo equitativo e a (boa) Administração da Justiça. Sendo a consciência de cada pessoa um elemento de cariz essencialmente subjetivo – e por isso não padronizável -, o juízo sobre a atendibilidade do motivo alegado como fundamento da escusa acaba por advir da essência de cada um, devendo assim ser interpretadas com cautela disposições como o n.º 2 do art. 51.º, os arts. 34.º (e 42.º, relativamente ao processo penal) da Lei n.º 34/2004 e, sobretudo, a al. e) do n.º 1 do art. 95.º do E.O.A.. Ademais, sendo praticamente impossível haver *confiança recíproca* entre mandante e mandatário num patrocínio onde uma das partes – neste caso o mandatário – se vê forçada a representar a outra, acabam por ser os próprios princípios deontológicos que regem o exercício da advocacia a impor o deferimento imediato do pedido de escusa de patrocínio e a mitigar o alcance da al. e) do n.º 1 do art. 95.º do E.O.A., uma vez que dando-se o caso de um advogado não querer patrocinar determinada causa ou pessoa porque para tal não se encontra pessoal ou profissionalmente disponível, atentas a dignidade e sobretudo a responsabilidade das funções que exerce (art. 83.º n.º 1 E.O.A.), não o deve ser obrigado a fazer, sob pena de se fragilizar (ou “nadificar”) a exequibilidade um conjunto de deveres e obrigações de cariz deontológico a que (o mandatário) está adstrito e, em consequência, pôr-se materialmente em causa o direito de representação da parte e a própria Administração da Justiça (em sentido convergente no que toca à necessidade de um vínculo de confiança para um cabal desempenho do advogado no âmbito de um patrocínio judiciário, cfr. Fernando Sousa MAGALHÃES, ob. cit., p. 139 e Amílcar de MELO, ob. cit., p. 165.). Todavia, e sem qualquer contradição com o que acabámos de defender, cremos que atenta a referida obrigação dos advogados se comportarem na sua vida pública e profissional de acordo com a importância e dignidade das funções (de índole publicística) que (também) exercem, bem como o dever de colaborar no acesso ao direito e na prossecução das atribuições da ordem (nomeadamente desempenhando os mandatos que lhes forem por ela confiados) (cfr. arts. 50.º n.º 1 al. p), 85.º n.º 2 al. f) e 86.º al. b) do E.O.A.), no caso do motivo do pedido de escusa ou de dispensa de patrocínio ofender os usos da profissão e/ou o Direito - independentemente do

ii. Os limites deontológicos como parte integrante da estrutura caracterizadora do contrato de mandato judicial

Tal como já fizemos referência *supra*⁵⁰, a atuação do advogado, no âmbito do contrato de mandato judicial, é pautada também pela obediência a um conjunto de direitos e deveres de natureza processual e deontológica.

Aliás, para cumprimento efetivo da função social que está subjacente ao exercício da advocacia, afigura-se crucial que o exercício desta esteja não só dependente de uma adequada idoneidade científica e técnica, mas também que seja feito em obediência a um determinado sentido ético ínsito à própria profissão⁵¹ - que, se bem cremos, é especialmente relevante na identificação da figura do advogado como o profissional técnico especialmente apto a exercer o patrocínio judiciário dos cidadãos nos litígios submetidos nos nossos tribunais.

Ora, uma vez que do conjunto de normas processuais e civis que regulam a execução do contrato de mandato judicial já tratámos de forma relativamente detalhada aquando da análise da sua natureza e regime, vamos agora - por cremos ser relevante do ponto de vista da concretização da relevância do advocacia na função da administração da justiça do Estado (e, conseqüentemente, para aferirmos da sua indispensabilidade no que toca à obtenção da justa composição do litígio, como veremos mais à frente no presente estudo) - deter-nos de forma mais delongada sobre algumas das mais importantes disposições de cariz deontológico que a condicionam e influenciam, de forma que

mesmo dever ser imediatamente deferido pelos motivos expendidos *supra* - o solicitante pode (e em alguns casos deve mesmo) ser alvo de procedimento disciplinar por parte da O.A. (Cfr. arts. 3.º als. a), b), c), d), 83.º, 92.º n.º2, art. 95.º n.º1 al. e) 109.º, 110.º e ss. do E.O.A.) - aparentemente no mesmo sentido, cfr. João Trigo MORAIS, *O Advogado perante a injustiça da Lei e da Causa – o poder de escusa*, pp. 32-34, disponível em www.oa.pt. Não obstante, não concordamos inteiramente com a posição deste último autor quando distingue o mandato judicial daquilo que chama “contrato de patrocínio oficioso” (João Trigo MORAIS, est. cit., p. 19). É certo que o mandato resulta de nomeação feita pela O.A. e impendem sobre o mandatário um conjunto de obrigações adicionais às que já são características do mandato judicial (cfr. arts. 30.º a 45.º da Lei n.º 34/2004); ainda assim, cremos que as referidas diferenças de regime derivam apenas da circunstância de em face de determinado quadro fáctico – a carência económica ou a impossibilidade de encontrar mandatário que aceite livremente o patrocínio forense – o mandato resultar de nomeação administrativa ou de solicitação judicial. Não se justifica assim, em nosso ver, a “criação” da figura contratual do “contrato de patrocínio oficioso”. Aliás, o entendimento que ora defendemos não é de todo estranho ao nosso ordenamento jurídico; existem contratos que, em determinadas circunstâncias, estão sujeitos a legislação especial (pense-se, por exemplo, na Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) quando estamos em face de contratos celebrados com consumidores, (cfr. art. 2.º do referido diploma)), não havendo ainda assim necessidade de descaracterizar nuclearmente os referidos tipos.

⁵⁰ Cfr. *supra* pp. 16 e ss..

⁵¹ Cfr. Jorge MIRANDA, “Liberdade de Trabalho e de Profissão”, in *Revista Direito e de Estudos Sociais*, ano 30, 1988, p. 158.

possamos então fazer uma breve referência à figura da responsabilidade profissional do advogado (precedida de uma análise sobre a natureza das obrigações que impendem sobre o mandatário no exercício do mandato judicial) e, por fim, partir para a análise do patrocínio judiciário enquanto pressuposto processual.

- *Proibições de contratar*

Por serem deveres que influenciam a própria existência do contrato de mandato judicial – que se inserem nas tradicionalmente designadas “relações jurídicas pré-negociais” - e que acabam por ter relevância nalgumas considerações que iremos expender *infra* (mormente no Capítulo VI), optamos por analisar em primeiro lugar, no âmbito dos mais importantes condicionantes deontológicos ao regime do contrato de mandato judicial, as chamadas “proibições de contratar”.

É que a influência da deontologia (ou do chamado “direito profissional” do advogado) manifesta-se mesmo antes da celebração do mandato judicial, condicionando-o irremediavelmente. Assim, na esfera das referidas relações jurídicas pré-negociais, o advogado tem já de pautar a sua conduta segundo os deveres deontológicos a que está adstrito, podendo estes consubstanciar mesmo um limite à sua liberdade de contratar.

Temos em mente as situações em que o advogado tem a obrigação profissional⁵² de recusar determinado patrocínio, nomeadamente por se verificar *in casu* um impedimento deontológico⁵³ (cfr. o art. 78.º E.O.A.), por considerar injusta a causa que lhe é apresentada⁵⁴ (cfr. a al. b) do n.º 2 do art. 85.º do E.O.A.), por se verificar um conflito de

⁵² Que, como já fomos referindo (mas nunca é demais sublinhar), são fontes imediatas de direito em face da classe profissional dos advogados (cfr. art. 1.º n.º2 do C.C. e 83.º n.º1 do E.O.A.).

⁵³ Que normalmente tem sempre na sua base um conflito de interesses ou é motivado por razões de decoro, já que que o exercício da advocacia deve ser livre, independente e adequado à dignidade da profissão (cfr., v.g., Alfredo GASPAS, ob. cit., p. 114).

⁵⁴ No fundo, entre fazer “triumfar a justiça” ou fazer “triumfar o cliente” o E.O.A. dá primazia à primeira orientação. Ainda assim, subsistem algumas dúvidas sobre o que se considerar um “patrocínio injusto”, atenta a subjetividade ínsita à aferição da justiça ou injustiça de determinada causa. Se considerarmos o advogado como um autêntico órgão ao serviço da (realização da) justiça e tivermos em mente uma adequada compreensão da juridicidade (tal qual defendida pelo Prof. Doutor Castanheira Neves e secundada pelo Prof. Doutor Pinto Bronze), podemos acompanhar Alfredo Gaspar quanto nos diz que o advogado apenas deve rejeitar todas questões que repugnem à sua consciência (cfr. Alfredo GASPAS, ob. cit., p. 129). É que o sistema jurídico (a nosso ver) adequadamente compreendido está dotado de um caráter *material e aberto*, sendo a índole dinâmica que o anima *regressiva e a posteriori* (cfr. Fernando J. BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 674-681). Por tal ordem, ainda que advogue contra lei expressa ou contra orientação jurisprudencial firme, se o “sentimento de justiça” (na terminologia de Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3.ª edição, Lisboa,

interesses nos termos do art. 94.º do E.O.A.⁵⁵, por não possuir competência ou disponibilidade para se ocupar da questão que lhe é acometida (cfr. o art. 93.º n.º2 do E.O.A) ou então por não ter sido livremente mandatado pelo cliente⁵⁶.

- *O Direito de Protesto*

Já no âmbito da execução do mandato judicial, enquanto meio de reação contra o arbítrio jurisdicional - no que toca à admissibilidade do regular exercício do patrocínio judiciário por parte do advogado em qualquer ato no decorrer da lide - cumpre salientar o chamado “direito de protesto”, consagrado no art. 75.º do E.O.A.⁵⁷.

A referida norma não visa consagrar o direito de o advogado requerer o que considerar mais adequado e conveniente ao seu dever de patrocínio - uma vez que tal prerrogativa resulta dos próprios princípios gerais do direito processual (cfr. v.g. arts. 4.º, 7.º, 9.º, 150.º, 462.º, 516.º e 604.º) - mas sim assegurar a sua efetividade no caso de o tribunal embaraçar o exercício do referido direito^{58 59}, constitucionalmente consagrado no art. 208.º da C.R.P.⁶⁰.

Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 394) do advogado for interpelado pela intencionalidade problemática da factualidade que lhe é relatada por determinado (potencial) constituinte, não haverá qualquer obstáculo à aceitação do respetivo patrocínio por não se violar a (adequadamente compreendida) al. a) do n.º2 do art. 85.º do E.O.A..

⁵⁵ Proibição esta que decorre da especial relação de confiança, cooperação e colaboração que deve estar na base da relação estabelecida entre mandante e mandatário judicial, sendo o fundamento expresso do referido preceito (o da preservação do sigilo profissional) uma mera consequência necessária da importância que estes princípios assumem de um ponto de vista do “direito profissional do advogado”.

⁵⁶ Salvaguardados naturalmente os casos em que o advogado é mandatado por entidade legalmente competente ou por outro advogado em representação do cliente (cfr. art. 93.º n.º1 *in fine*).

⁵⁷ O referido preceito diz-nos que, no âmbito de qualquer ato em que o advogado intervenha, deve ser admitido a requerer oralmente ou por escrito o que se lhe afigurar de mais conveniente aos interesses do seu constituinte. Todavia, quando a palavra não lhe for concedida ou o requerimento por si pretendido não for exarado em ata, pode o advogado exercer o seu direito de protesto, indicando a matéria do requerimento e o objeto que tinha em vista. O protesto, nos termos do n.º 3 do referido preceito estatutário, não pode deixar de constar da ata da diligência em questão e é havido para todos os efeitos como uma arguição de nulidade.

⁵⁸ O direito de protesto configura assim um autêntico incidente processual. Sobre este ponto, cfr. Alfredo GASPARELLO, ob. cit., p. 92 e Amílcar de MELO, ob. cit., p. 98.

⁵⁹ Há, no entanto, que clarificar o alcance do direito de protesto como incidente de arguição de nulidade processual. Tal como referimos, o advogado, no decorrer de qualquer ato processual tem o direito instrumental requerer aquilo que julgar mais conveniente ao exercício do seu dever de patrocínio. Ora, em determinados casos, se o requerimento não for imediato, *i.e.*, formulado no momento do próprio ato, a sua utilidade desvanece-se. Assim sendo, por o juiz não estar a par do teor do requerimento antes do mesmo ser formulado, o mandatário deve ser admitido a requerer o que achar mais conveniente ao exercício do seu direito de patrocínio, no momento que ache ser oportuno. Posteriormente, o requerimento pode ou não ser deferido; aquilo que não pode ser negado é o direito à sua formulação. Só no caso de tal circunstância verificar é que deve ser exercido pelo mandatário o direito de protesto, nos termos do art. 75.º do E.O.A.. Por conseguinte, tendo em conta que o objeto do requerimento poderia ter em vista um fim capaz de desencadear

Outra obrigação deontológica à qual o advogado fica adstrito em virtude de patrocínio judiciário por si levado a cabo e que assume uma imensa relevância do ponto de vista jurídico-processual é o sigilo profissional⁶¹. Esta obrigação, atenta a natureza da sua génese, vincula imediatamente o advogado perante o seu cliente, ainda que o contrato de mandato judicial não se venha a celebrar (cfr. n.º 2 do art. 87.º do E.O.A.)^{62 63}.

Assim, caso o advogado seja chamado a testemunhar sob matérias que estão abrangidas por sigilo profissional e este não tenha sido levantado pela O.A. para os efeitos do n.º 4 do art. 87.º do E.O.A.⁶⁴, deve pedir escusa com fundamento na al. c) do n.º 3 do art. 417.º, sob pena de ao depor sobre matérias abrangidas pela referida obrigação de sigilo

uma nulidade processual (por ação ou omissão), ao ser exercido o direito de protesto (como vimos, à negação da formulação do pretendido requerimento), advogado deve indicar a matéria do requerimento e o objeto que este poderia ter em vista – valendo o protesto como arguição da nulidade subjacente ao impedimento do exercício do dever de patrocínio e também como arguição da nulidade subjacente ao objeto do requerimento negado. O termo “nulidade” utilizado no n.º 3 do art. 75.º do E.O.A. deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo os vários tipos de nulidade existentes no processo civil (cfr., sobre este último ponto, v.g., J.P. Remédio MARQUES, ob. cit., pp. 260-266). Sobre o direito de protesto, cfr. Germano Marques da SILVA, “Direito de Protesto: protesto ao abrigo da lei” in R.O.A., Ano 59, Vol. III, 1999, pp. 851-853.

⁶⁰ A importância que o nosso legislador dá a realização efetiva do patrocínio judiciário por parte do advogado enquanto elemento essencial à administração da justiça é clara em face da responsabilidade disciplinar em que incorrem os magistrados que não admitam o advogado a requerer oralmente ou por escrito aquilo que considerar oportuno em face do seu dever de patrocínio, nos termos dos arts. 3.º, 4.º e 82.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

⁶¹ O segredo profissional dos advogados está consagrado – e vem também tutelado - em inúmeros diplomas legais, nomeadamente no art. 208.º da C.R.P., nos arts. 195.º e 196.º do Código Penal, no art. 135.º do C.P.P., nos arts. 417.º n.º 3 e 497.º n.º3 do C.P.C., nos pontos 2.3.1 a 2.3.4 do Código Deontológico dos Advogados Europeus e nos arts. 70.º a 72.º, 87.º, 88.º, 89.º n.º1 e n.º2 al. h), 94.º n.º5 e 108.º do E.O.A...

⁶² É que ao lado dos deveres principais e secundários que nascem para as partes com a celebração do contrato de mandato judicial, a montante e a jusante nascem (logo) e (posteriormente) subsistem (como já vimos *supra*, a propósito das proibições de contratar) também os chamados deveres acessórios de conduta, categoria na qual se insere o sigilo profissional enquanto dever de proteção (de carácter de ordem pública (cfr. Henriques GASPAR /Santos CABRAL /Maia COSTA /Oliveira MENDES /Pereira MADEIRA/ Henriques da GRAÇA, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 543)) que se impõe ao advogado relativamente a todas as informações recebidas antes da execução do contrato de mandato judicial e, naturalmente, também a todas as informações a que tenha tido acesso por força da execução do referido contrato (cfr. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, ob. cit., pp. 50-51 e João de Matos Antunes VARELA, ob. cit., p. 127, nota 1.) Como é óbvio, o dever de sigilo profissional do advogado tem, de um ponto de vista deontológico, um espetro mais amplo do que aquele que lhe estamos aqui a dar (cfr. o n.º 1 e o n.º 2 do art. 87.º do E.O.A.).

⁶³ O sigilo profissional é mesmo considerado uma autêntica imunidade constitucional (cfr. art. 208.º C.R.P.) de que os advogados gozam no exercício do mandato judicial em face dos interesses em causa, que são a administração da justiça e a representação do mandante. Cfr. Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 102.

⁶⁴ Sendo que ainda que dispensado nos termos do referido n.º 4 do art. 87.º do E.O.A. e do art. 4.º do Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional (Reg. n.º 94/2006 O.A. (2.ª série), de 25 de Maio de 2006), o advogado pode mante-lo (art. 87.º n.º 6 E.O.A.).

incorrer em responsabilidade disciplinar, civil (cfr. arts. 483.º e ss. do C.C.) e/ou criminal (cfr. 195.º do Código Penal).

Ademais, este dever acessório de conduta a que o mandatário está adstrito por força do mandato judicial assume imensa relevância de um ponto de vista jurídico-processual (cfr. os n.ºs 2, 3 e 4 do art. 417.º e n.º3 do art. 497.º), uma vez que a violação de sigilo profissional é um dos limites ao dever de cooperação instrutória (cfr. al. c) do n.º 3 do art. 417.º)⁶⁵ a que as partes e terceiros estão sujeitos no âmbito do processo.

A prova produzida em violação do dever deontológico de sigilo profissional é ilícita, por violação do art. 87.º do E.O.A.⁶⁶, e, como tal, não pode ser valorada pelo tribunal para efeitos de formação da convicção no que toca à decisão sobre a factualidade dada como assente em determinada lide⁶⁷.

- Proibição do pacto de quota litis

Os advogados estão expressamente proibidos de celebrar com os seus clientes, relativamente à remuneração a receber pelos seus serviços – para o que nos interessa, no âmbito do patrocínio judiciário do mandante -, os chamados “pactos de *quota litis*” (cfr. n.º1 do art. 101.º do E.O.A.)⁶⁸.

Tal proibição (decorrente da previsão mais ampla contida na al. d) do n.º1 do E.O.A.) é naturalmente justificada pela preservação da independência, isenção e obediência ao Direito que devem estar sempre subjacente à atuação do advogado enquanto

⁶⁵ Este preceito, embora, tal como o art. 7.º do C.P.C., também seja uma dimensão do princípio da cooperação na sua vertente material, tem um alcance distinto daquele. O art. 7.º tem em vista os esclarecimentos relacionados com alegações de direito e de facto (vinculando mandatários, partes e magistrados), enquanto o art. 417.º está diretamente relacionado com a cooperação na prossecução da chamada verdade material (*i.e.*, a sua relevância é instrutória ou probatória), vinculando todas as pessoas – sejam ou não parte na causa. Sobre a distinção entre estes dois preceitos, Cfr. Lebre de FREITAS/Montalvão MACHADO/Rui PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 408 e Lebre de FREITAS/João REDINHA/Rui PINTO, *ob. cit.*, pp. 472-474.

⁶⁶ É a própria produção da prova que gera, de *per se*, a sua ilicitude. Neste sentido, *vide* J.P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 565.

⁶⁷ Não obstante, em casos excepcionais, o sigilo profissional pode ser levantado por via judicial nos termos do art. 135.º do C.P.P. (aplicável *ex vi* do n.º 4 do art. 417.º) quando a sua quebra se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade na questão e a natureza dos direitos *in casu* conflitantes. Sobre a questão do conflito de interesses subjacente a esta ponderação, cfr., *v.g.*, Henriques GASPAR /Santos CABRAL /Maia COSTA /Oliveira MENDES /Pereira MADEIRA/ Henriques da GRAÇA, *ob. cit.*, pp. 534-539 e 542-544.

⁶⁸ Nos termos do n.º 2 do art. 101.º do E.O.A. entende-se por pacto de *quota litis* o acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, pelo qual o direito a honorários fique exclusivamente dependente do resultado obtido na questão e em virtude do qual o constituinte se obrigue a pagar ao advogado parte do resultado que vier a obter.

órgão essencial à administração da justiça, procurando-se evitar eventuais práticas condenáveis (v.g. falsificação de prova) com o objetivo de conseguir vencimento de causa - a fim de obter a consequente retribuição do trabalho prestado ⁶⁹.

iii. A obrigação do advogado como uma “obrigação de meios”

Tal como referimos *supra*, a obrigação a que o mandatário está adstrito por força do mandato judicial celebrado com o mandante é a de representar e prestar assistência técnico-jurídica a este último no que diz respeito à condução de determinada lide e/ou à prática de certos atos processuais.

Assim sendo, o mandato judicial é concedido para que seja feita, por parte do mandatário, a tutela endoprocessual dos interesses do mandante. Simplesmente, em face da autêntica álea em que está envolto o processo, o advogado está apenas obrigado a praticar ou desenvolver determinada atuação, comportamento ou diligência com vista à produção do resultado pretendido pelo mandante ⁷⁰, e não a obter esse mesmo resultado.

Por outras palavras, podemos dizer que salvaguardada a independência e a autonomia técnica de que goza enquanto profissional liberal ⁷¹, o defensor está apenas obrigado a utilizar de forma expedita todos os seus conhecimentos técnico-jurídicos para, de acordo com a especificidade do caso concreto e em respeito pelas suas *leges artis*, representar da melhor maneira possível os interesses do seu constituinte ⁷².

Este tipo de obrigações tem sido comumente chamadas pela doutrina de “obrigações de meios”, por contraposição às “obrigações de resultado” ⁷³, em que o devedor se vincula à produção de um determinado resultado ⁷⁴.

⁶⁹ Cfr. v.g. Alfredo GASPAR, ob. cit., pp. 101-103. Não obstante, o facto de ser permitida a chamada *quota palmarium* (cfr. n.º 3 do art. 101.º do E.O.A.) acaba por frustrar (em nossa opinião) um tanto ou quanto este objetivo.

⁷⁰ Em sentido convergente, cfr. Pedro MÚRIAS/Maria de Lurdes PEREIRA, *Obrigações de Meios, Obrigações de Resultados e Custos da Prestação*, p. 4 disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf>. Acompanhamos também a posição dos referidos autores quando estes defendem que todos os atos necessários a prossecução de determinado resultado (enquanto elemento definidor também da categoria das obrigações de meios) constituem elemento integrante da prestação (de meios) a que determinado devedor se obriga, e como tal, é a partir deles que deve ser aferida a adequação do seu comportamento para efeitos de se saber se houve ou não cumprimento da obrigação.

⁷¹ Cfr. o art. 12.º n.º3 da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto.

⁷² Cfr. o n.º 2 do art. 92.º do E.O.A..

⁷³ Embora esta distinção – de origem francesa (cfr. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I - Sources des obligations, tomo V, Paris, Arthur Rousseau, 1925, pp. 538-544, e, em esp., no que toca à natureza da obrigação assumida pelo advogado, pp. 539-540 e 544) – esteja aparentemente consolidada na nossa jurisprudência e nalgum setor da nossa doutrina, não podemos deixar de salientar que tem vindo a ser

É certo pois que as “obrigações de meios” também se definem por determinado resultado que se prossegue; mas, ao contrário do que acontece com as denominadas “obrigações de resultado”, nas obrigações de meios o devedor [neste caso o advogado] não está obrigado a obtê-lo. Simplesmente fica adstrito à prática de atos que sejam adequados à sua obtenção, ou, no que nos interessa, o mandatário fica vinculado à prática de atos adequados à obtenção do chamado “ganho de causa” (cfr. a al. b) do n.º 1 do art. 95.º do E.O.A.)⁷⁵.

Podemos então, segundo cremos, falar de cumprimento⁷⁶ da obrigação⁷⁷ do mandatário judicial quando este, na realização da sua prestação, atuou de maneira adequada (em respeito dos seus deveres deontológicos e segundo critérios em concreto impostos pelas *leges artis* que regem a sua profissão) a satisfazer, na medida do

alvo de algumas críticas; a relevância da mesma prender-se-ia com uma inversão do ónus da prova na responsabilidade contratual, no caso de estarmos perante uma obrigação de meios – seria ao credor que cumpriria provar que houve incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações do devedor, ao contrário do que dispõe a regra geral estabelecida no art. 799.º do C.C. -, referindo-se mesmo que esta distinção fora propositadamente construída de forma a aliviar e/ou prevenir a responsabilidade profissional dos chamados “profissionais intelectuais” (onde se incluem naturalmente os advogados e os médicos), cfr. Pietro RESCIGNO, “*Obbligazioni (nozioni)*”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIX, Varese, Giuffrè, 1979, p. 192. Não obstante, cremos que atentos os especiais conhecimentos técnicos que estão subjacentes à prestação do mandatário, seria demasiado oneroso para o mandante ficar sujeito ao encargo de provar que aquele não exerceu os deveres a que estava adstrito com o zelo e diligência necessária que seriam exigíveis a um profissional da mesma classe. Por conseguinte, tal como vem sendo o entendimento comum da doutrina e da nossa jurisprudência, em caso de responsabilidade do mandatário judicial, ainda que a sua obrigação seja de meios, recai sobre ele a presunção de culpa estabelecida no art. 799.º do C.C (cfr., v.g., José Lebre de FREITAS, “A Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais”, in *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 821 e o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 31 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1-1, relatado pela Desembargadora Rosário Barbosa), embora tal circunstância não resolva ainda assim todas as aporias e encargos probatórios que ficam a cargo do credor, como bem salienta Rute Pedro a propósito da responsabilidade médica – onde subjacente à prestação do médico está, em determinadas situações, de acordo com a posição da referida autora, uma obrigação de meios . Cfr. Rute PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 103 e ss... Defendendo a distinção mediante uma recompreensão da mesma, cfr. Pedro MÚRIAS/Maria de Lurdes PEREIRA, est. cit., p. 1 e ss..

⁷⁴ Este tema tem vindo mesmo a dar azo a inúmeras pronúncias por parte dos nossos tribunais superiores. Cfr., v.g., o Ac. do S.T.J. de 30 de Maio de 2013, Proc. n.º 2531/05.7TBRRG.G1.S1, relatado pelo Conselheiro Serra Baptista, o Ac. do S.T.J. de 4 de Dezembro de 2012, Proc. n.º 289/10.7TVLSB.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Alves Velho, o Ac. do S.T.J. de 5 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque e o já citado Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 31 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1-1, relatado pela Desembargadora Rosário Barbosa.

⁷⁵ Quando falamos de “ganho de causa” estamos naturalmente a referir-nos não a um “ganho da ação” mas sim a uma satisfação cabal do interesse subjacente à posição da parte representada em juízo.

⁷⁶ Atenta a relação jurídica obrigacional complexa que emerge do contrato de mandato judicial, referimo-nos aqui ao *cumprimento* naturalmente no sentido de realização da “faculdade mais importante [e] verdadeiramente nuclear (...) do crédito (...)” in Calvão da SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 2.ª Edição, separata do vol. XXX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1997, pp. 113-115.

⁷⁷ Compreendida como sendo uma das comumente designadas “obrigações de meios”, obviamente.

objetivamente possível, a pretensão que está subjacente à posição processual assumida pelo seu constituinte na lide ⁷⁸.

iv. Breve alusão à responsabilidade profissional do advogado

Por fim, e de modo a podermos encerrar a análise do contrato de mandato judicial, cumpre-nos ainda tecer algumas considerações sobre a figura da responsabilidade profissional do advogado.

Nos termos do art. 483.º n.º 1 do nosso C.C., aquele que com dolo ou mera culpa violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação ⁷⁹.

Todavia, por força da especificidade em que está envolta a atividade do defensor e considerando a natureza dos interesses que por ela se visam tutelar, a sua responsabilização profissional tem gerado problemas doutrinários de alguma complexidade.

Não obstante a irresistível tendência expansiva que nos últimos anos vem marcando o espectro de atuação do instituto da responsabilidade civil e uma cada vez maior responsabilização profissional dos profissionais liberais – essencialmente os profissionais de saúde - no exercício da sua atividade, o incumprimento do mandato judicial por parte dos advogados tem gerado uma panóplia de sentenças e entendimentos jurisprudenciais que constantemente dissentem na forma de abordagem ao tema.

Em primeiro lugar, tem sido alvo de grande discussão a natureza da referida responsabilidade. Existem autores que defendem que a responsabilidade do advogado decorrente de atos praticados no exercício da sua atividade tem natureza contratual ⁸⁰,

⁷⁸ As considerações que acabámos de tecer são (naturalmente) de extrema importância para uma adequada compreensão da problemática que se coloca a nível do estabelecimento denexo de causalidade entre o facto ilícito praticado pelo advogado e o dano sofrido pelo lesado, em sede da figura da responsabilidade profissional do advogado. Cfr. *infra* as pp. 29-30.

⁷⁹ Não vamos, naturalmente, analisar de forma alargada a responsabilidade civil do advogado. A referência que fazemos a este instituto – que pela sua complexidade não se compadece com um tratamento “breve” -, visa meramente servir de justificação a um dos argumentos que aduziremos *infra* a favor da obrigatoriedade da representação das partes no âmbito de determinada lide. Todavia, para um estudo relativamente aprofundado da problemática, cfr., v.g., L.P. Moitinho de ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil dos Advogados*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 1 e ss..

⁸⁰ A responsabilidade do mandatário seria contratual em virtude de resultar do incumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigações advenientes do contrato de mandato judicial. Cfr., neste sentido, Orlando Guedes COSTA, ob. cit., p. 402 v.g., o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 23 de Fevereiro de 2010, Proc. n.º 8/04.7TBEPS.G1, relatado pela Desembargadora Eva Almeida e o Ac. do Tribunal da

outros que terá natureza extracontratual ⁸¹ e ainda aqueles que defendem que a natureza da referida responsabilidade é de cariz misto ⁸².

A referida discussão tem naturalmente enorme importância, atentas as diferenças de regime aplicável a estes dois tipos de responsabilidade ⁸³.

Avançando na nossa análise, cremos poder dizer que salvaguardada a independência e autonomia técnica de que goza enquanto profissional liberal, o defensor, no exercício do mandato judicial, caso não utilize de forma expedita todos os seus conhecimentos técnico-jurídicos para, de acordo com a especificidade do caso concreto e em respeito pelas suas *leges artis* ⁸⁴, representar da melhor maneira possível os interesses do seu mandante no âmbito de determinado pleito ⁸⁵ incorre numa conduta ilícita e culposa ⁸⁶.

Relação de Évora de 16 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 610/11.0TBFAR-A.E1, relatado pelo Desembargador José Lúcio.

⁸¹ Os defensores desta posição entendem que a natureza extracontratual da responsabilidade do advogado advém da violação dos deveres (deontológicos) a que este legalmente está adstrito por força do interesse público que está subjacente ao exercício da sua atividade. Neste sentido, cfr. António ARNAUT, ob. cit., pp. 169-170.

⁸² Fundamentando-se na circunstância de que determinada atuação do advogado pode gerar simultaneamente a sua constituição em responsabilidade contratual ou extracontratual, havendo que, em face das circunstâncias de cada caso concreto, fixar qual o regime jurídico a adotar – posição esta a qual aderimos. Cfr., v.g., L.P. Moitinho de ALMEIDA, ob. cit., p. 13.

⁸³ O ónus da prova da culpa na responsabilidade extracontratual cabe ao lesado enquanto na contratual impende sob o devedor (cfr. art. 799.º C.C.); no âmbito da responsabilidade extracontratual se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos a sua responsabilidade é solidária (cfr. art. 497.º C.C.), regime este que é exceção no âmbito da responsabilidade contratual (cfr. arts. 513.º e 520.º do C.C.); a responsabilidade por facto de outrem pode ser convencionalmente excluída ou limitada no âmbito da responsabilidade contratual (cfr. arts. 800.º n.º 2 e 809.º n.º1 C.C.); a extensão do dano a indemnizar pode divergir consoante as especificidades dos dois tipos de responsabilidade (cfr. arts. 494.º, 810.º e 811.º C.C.); os prazos de prescrição são diferentes, aplicando-se à responsabilidade contratual o prazo ordinário de vinte anos e à extracontratual o prazo de três anos (cfr. art. 498.º C.C.); e, por fim, a competência do tribunal é também influenciada pelo tipo de responsabilidade: na responsabilidade contratual, é competente o tribunal do lugar do cumprimento da obrigação, enquanto na responsabilidade extracontratual é competente o tribunal correspondente ao lugar onde o facto ocorreu (cfr. art. 71.º).

⁸⁴ O desrespeito pelas *leges artis* será (de uma forma um tanto ou quanto ampla, mas ainda rigorosa) o próprio fundamento da ilicitude da conduta levada a cabo pelo mandatário.

⁸⁵ Não nos podemos alhear da circunstância de estarmos no âmbito de uma relação contratual cujo cumprimento prestacional exige especiais conhecimentos técnicos por parte do mandatário. Por tal ordem, o critério de apreciação da culpa em abstrato não poderá ser o estatuído no n.º2 do art. 487.º do C.C. (799.º n.º 2 C.C.), mas sim o de um especialista que investiu intelectualmente na respetiva ciência e seja dotado de conhecimentos inacessíveis ao comum das pessoas, enquadrados por uma moldura de regras deontológicas que o resguardam de certa levandade. Neste sentido, cfr. o Ac. do S.T.J. de 29 de Abril de 2010, Proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relatado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas.

⁸⁶ Acabam por ser as *leges artis* (cfr. as duas notas anteriores) que materializam o próprio conceito de ilicitude e que, num outro patamar, servem de critério de aferição (e medida) da culpa do profissional, uma vez que conformam o comportamento (em abstrato) exigível a um advogado normalmente diligente e cumpridor no exercício das suas funções.

Também o estabelecer de um nexo de causalidade entre o dano invocado pelo lesado e a conduta ilícita do lesante, por força da natureza da obrigação (de meios) a que este está adstrito (em face da álea subjacente ao resultado do pleito), tem gerado complicados problemas, uma vez que se torna praticamente impossível afirmar que sem a prática do referido ato ilícito por parte do mandatário o mandante iria conseguir obter o chamado “ganho de causa”.

Todavia, os nossos tribunais, por forma a conseguirem ultrapassar as aporias causadas neste tipo de situações pelo regime do “tudo ao nada”, apontado ao entendimento tradicional do requisito do nexo de causalidade ⁸⁷, começam a dar aplicação à teoria da “perda de chance” em sede de responsabilidade profissional dos advogados ⁸⁸.

Assim, de uma forma (muito) sintética, cremos poder afirmar que caso haja um incumprimento ou cumprimento defeituoso ⁸⁹ (culposo) das *leges artis* a que o mandatário está adstrito por força da sua posição contratual no âmbito do mandato judicial, e desse inadimplemento advenha um prejuízo ao mandante – que tem sido identificado com a perda de determinada probabilidade (séria) de obtenção de um resultado positivo ou de

⁸⁷ Segundo a lição do Professor Vaz Serra, “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar.” *Apud* Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 578.

⁸⁸ Cfr. *supra* as pp. 25-27 e também a nota 73. Um dos pressupostos de que depende a obrigação de indemnizar por parte do lesante é a existência de um nexo de causalidade entre o facto e o dano, pois só quanto aos danos que resultem da prática do facto ilícito é que se verifica a referida obrigação de indemnizar. Todavia, sendo a obrigação do mandatário, como vimos, uma obrigação de meios, em face da álea que está subjacente ao decorrer do pleito, torna-se praticamente impossível afirmar que, sem a prática do ato ilícito por parte do mandatário, o mandante iria conseguir o chamado “ganho de causa” – mas ao invés, parece já ser possível com alguma segurança defender que o mandante, fruto da referida violação por parte do mandatário, perdeu a chance de obter o resultado positivo almejado (seja este o alcançar de uma vantagem ou o obviar de um prejuízo). Para que o dano da perda da chance possa ser ressarcível, parece-nos que, em primeiro lugar, se tenha que verificar uma possibilidade objetiva de ocorrência de um determinado resultado positivo futuro (o já aludido “ganho de causa”), mas cuja verificação não se apresentava certa (em virtude da álea subjacente ao processo). Não obstante, apesar desta incerteza, o mandante teria que se encontrar objetivamente em condições de alcançar com forte probabilidade o referido resultado pretendido, caso o lesante tivesse atuado com a diligência e cuidado que se impunham pelas circunstâncias do concreto caso, atentas as exigências das suas *leges artis*. Por último, terá que ter sido a conduta ilícita do mandatário a eliminar de forma definitiva as possibilidades de o lesado poder alcançar o resultado pretendido. Sendo então o prejuízo considerado como a frustração das chances presentes *in casu* – e não a obtenção do benefício esperado –, pode considerar-se que o comportamento do advogado é a causa adequada da verificação desse prejuízo. Cfr. Mauro Di MARZIO, *ob. cit.*, p. 18 e Rute PEDRO, *ob. cit.*, pp. 198 e ss.. Na jurisprudência, cfr. a elaborada exposição feita no já supracitado Ac. do S.T.J. de 5 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque. Aparentemente rejeitando esta teoria e defendendo que a responsabilização do advogado deve ser feita mediante prova da causalidade adequada relativamente à sua atuação e ao dano sofrido pelo lesado, cfr. Orlando Guedes COSTA, *ob. cit.*, pp. 404-405.

⁸⁹ Incumprimento este que pode ter forma de ação ou de omissão.

determinada probabilidade (séria) de obviar à verificação de um evento negativo -, o advogado é civilmente responsável perante este último.

Ora, feita esta abordagem da problemática da responsabilidade profissional do advogado, já podemos, em jeito de conclusão, retirar duas asserções que, para o âmbito do tema a tratar na presente dissertação, serão de extrema importância: cada vez mais se tem assistido à responsabilização profissional dos profissionais liberais nos nossos tribunais, circunstância esta que, de certo modo, pode contribuir para a eliminação de condutas desleixadas e levianas no exercício da sua atividade, reforçando o seu papel de órgão adstrito à administração da justiça.

Outrossim, pese embora a natureza e interesses tutelados pela atividade dos profissionais forenses tenham causado grandes problemas à aplicação do instituto da responsabilidade civil no seu âmago, apareceram correntes doutrinárias que atualmente começam a permitir ultrapassar dificuldades à responsabilização destes profissionais, levantando de vez o manto da impunidade que durante muitos anos os protegeu, salvaguardando-se assim os interesses dos cidadãos que a estes profissionais recorrem.

IV- O Instituto do Patrocínio Judiciário

a) O Patrocínio Judiciário obrigatório

Já explicámos *supra* em que consistia o patrocínio judiciário ⁹⁰, a sua relevância na concretização do direito fundamental de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos, os profissionais que o poderiam levar a cabo e o regime jurídico do contrato que normalmente está inerente ao seu exercício.

Todavia, ainda não nos debruçámos sobre este requisito de uma perspetiva única e exclusivamente jurídico-processual, como o almejamos fazer agora, de forma a conseguirmos averiguar do mérito da solução consagrada pelo nosso legislador no atual art. 40.º do nosso C.P.C..

i. O critério de exigibilidade de Patrocínio Judiciário obrigatório

Para que as partes estejam regularmente em juízo, utilizando as lapidares palavras do Prof. Doutor Alberto dos Reis, “(...) não basta que tenham personalidade e capacidade judiciária [cfr. arts. 11.º a 16.º], ou se achem devidamente representadas sendo incapazes ou pessoas coletivas [cfr. arts. 17.º a 28.º], e que sejam legítimas [cfr. arts. 30.º e ss.] (...)”⁹¹, pois muitas vezes, atenta a importância ou natureza das causas em questão, é necessário que estas sejam obrigatoriamente representadas e assistidas por advogados.

Nestas situações, o *ius postulandi* é prerrogativa exclusiva dos advogados ⁹².

Nos termos do n.º1 do art. 40.º, é obrigatória a constituição de advogado nas causas de competência de tribunais com alçada em que seja admissível recurso ordinário (al. a),

⁹⁰ O patrocínio judiciário consiste, como vimos, na representação e assistência prestada às partes por profissionais do foro na condução do pleito, mediante a prática, em termos adequados, dos respetivos atos processuais em geral ou de determinados atos em especial.

⁹¹ Ob. cit., p. 104.

⁹² Assumindo o patrocínio judiciário, nos casos em que a lei o impõe como obrigatório, a natureza de pressuposto processual (positivo) relativamente ao autor, ou seja, de “(...) elemento cuja verificação depende do dever do juiz proferir decisão sobre o pedido formulado, concedendo ou indeferindo a providência requerida.” *In* Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., pp. 104-107, e, em esp., p. 104. Já quanto ao réu, como veremos, a falta de patrocínio judiciário quando este é obrigatório gera consequências a nível do ato praticado, que acabam por se repercutir de maneira extremamente gravosa sua na posição processual no decorrer do pleito.

nas causas em que seja sempre admissível recurso independentemente do seu valor (al. b)) e nos recursos e causas propostas nos tribunais superiores ⁹³.

Ora, como se depreende do conteúdo da lei, os critérios utilizados pelo legislador para aferir da necessidade de constituição obrigatória de mandatário foram, por um lado, o critério da admissibilidade de recurso das decisões (em geral) a proferir na causa ^{94 95} e, por outro, o critério da pendência de processo em tribunal superior ^{96 97}.

⁹³ No ordenamento jurídico Italiano, o patrocínio da parte por defensor é sempre admitido e quase sempre necessário. As partes apenas se podem representar a si próprias perante os *Giudice di Pace* nos processos de valor não superior a 1.100 € e, mediante requerimento por si apresentado (mas ainda só perante estes tribunais), nos casos de valor superior em que pela identidade e natureza do litígio o juiz assim o autorize (cfr. o art. 82.º do *Codice de Procedura Civile*). Perante os *tribunali* e nas instâncias de recurso as partes têm que estar sempre representadas por advogado inscrito na ordem, havendo apenas limitações a esta grande exigência em sede laboral e de previdência (cfr. arts. 436.º e 462.º do *Codice de Procedura Civile*) (cfr. Enrico Tullio LIEBMAN, ob. cit., pp. 94-95). No ordenamento jurídico francês a situação é um pouco mais complexa. Segundo o art. 18.º do *Code de Procédure Civile*, as partes podem-se defender a elas próprias nos processos jurisdicionais, salvo nos casos em que a lei exija constituição obrigatória de advogado - que são, normalmente, os casos que correspondem a tramitações processuais escritas e mais complexas (ações propostas no *tribunal de grande instance* e nas instâncias de recurso (salvo em matéria social)). Ora, perante o *tribunal d'instance* (art. 828.º do *Code de Procédure Civile*) e algumas jurisdições especializadas em primeira instância (v.g. tribunais de comércio (art. 853.º do *Code de Procédure Civile*)), as partes podem representar-se a elas próprias ou então nomear um representante à sua escolha mediante a outorga de uma procuração com poderes especiais para a representação *ad litem*. Todavia, na maior parte dos casos em que não é obrigatória a constituição de advogado, de forma a não ferir gravemente o monopólio da advocacia no exercício do mandato judicial, a lei francesa acaba por limitar as pessoas que as partes podem escolher para as a patrocinar a parte na lide (cfr. v.g. art. 884.º do *Code de Procédure Civile*). Para um estudo aprofundado da competência dos tribunais referidos e dos casos em que as partes se podem autorrepresentar ou constituir representante não advogado, cfr. Soraya Amrani MEKKI/ Yves STRICKLER, *Procédure Civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, pp. 189-201 e 338-339, respetivamente. Em Espanha, a regra, tal como no ordenamento jurídico Italiano e no Português, é a de que as partes têm de ser assistidas por advogados no exercício do seu direito de ação (cfr. art. 31.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). Todavia, a representação das partes em juízo é feita não pelos advogados mas sim através de solicitadores (ou *procuradores*) (cfr. art. 23.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). Em geral, e para termos uma ideia em termos comparativos com o ordenamento jurídico português, fora alguns casos especiais, a representação por solicitador e assistência por advogados é exigida nos processos de valor superior a 2.000 € e em instâncias de recurso. Todavia, para uma clara explanação das situações onde é exigida cada uma das figuras, cfr. José GARBÉRÍ LLOBREGAT, ob. cit., pp. 154-155.

⁹⁴ Quer seja em função do valor desta por comparação com o da alçada do tribunal (cfr. art. 629.º e n.º 1 do art. 44.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (L.O.S.J.)), com algumas especificidades no âmbito dos procedimentos executivos (cfr. art. 58.º), quer seja nos casos em que o recurso é sempre admissível independentemente do valor da causa (cfr. v.g. a al. a) do n.º 3 do art. 629.º). Sobre a competência em razão do valor, cfr., v.g., Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., p. 215.

⁹⁵ Este critério só se aplica aos tribunais com alçada, estando naturalmente excluídos do seu âmbito de aplicação os Julgados de Paz. Cfr. os arts. 38.º e 62.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

⁹⁶ Que pode ser por via de recurso excecionalmente admitido (cfr. als. b) e c) do n.º 3 do art. 629.º) ou então por propositura direta da ação no Tribunal da Relação (cfr. o n.º 1 do art. 68.º e as als. b) e c) da L.O.S.J.) ou no Supremo Tribunal de Justiça (cfr. o n.º 1 do art. 69.º e as als. c) do art. 55.º da L.O.S.J.).

⁹⁷ Quanto a este ponto, a nível expositivo, seguimos de perto Lebre de FREITAS/Isabel ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 92.

Todavia, e dadas as razões de ser da exigência ⁹⁸ de patrocínio judiciário nas situações que acabámos referir, os advogados estagiários, os solicitadores e as próprias partes podem fazer requerimentos em que se não levantem questões de direito nas questões em que o patrocínio judiciário seja obrigatório (cfr. n.º 2 do art. 40.º).

ii. Consequências da falta de Patrocínio Judiciário quando este é obrigatório ⁹⁹

Acabámos de ver que há um conjunto de situações onde o nosso legislador obriga as partes a constituírem advogado por forma a estarem regularmente em juízo.

Mas quais as consequências processuais a que estas se sujeitam se não o fizerem?

Diz-nos o art. 41.º que “[s]e a parte não constituir advogado, sendo obrigatória a sua constituição, o juiz, oficiosamente ¹⁰⁰ ou a requerimento da parte contrária, determina a sua notificação para o constituir dentro de prazo certo, sob pena de o réu ser absolvido da instância, de não ter seguimento o recurso ou de ficar sem efeito a defesa.”.

Ora, antes de mais, não será despidendo começar por salientar que o alcance desta norma difere consoante a posição processual da parte que esteja em falta.

A falta de constituição de mandatário pelo autor quando o patrocínio judiciário por advogado é obrigatório gera a falta de um pressuposto processual, originando-se uma exceção dilatória que leva a que o réu seja absolvido da instância (cfr. arts. 576.º n.º2, 577.º h), 578.º, 590.º n.º 1 e n.º 2 e al. a) do n.º 1 e n.º 3 do art. 595.º), não ficando, no entanto, precluída a hipótese de ser repetida a causa por parte do autor, uma vez que a decisão que põe termo ao processo não produz efeitos fora dele, formando apenas caso julgado formal (cfr. art. 620.º).

⁹⁸ Cujas análises iremos operar já de seguida.

⁹⁹ As situações que iremos analisar diferem dos casos em que efetivamente há intervenção de patrono, mas em que se verifica a falta, insuficiência ou a irregularidade na procuração junta aos autos (cfr. arts. 48.º). Nestes casos, mal o juiz tenha conhecimento do vício em questão, deve mandar notificar a parte e o seu mandatário para que em prazo certo seja corrigida a falta e ratificado também o processado, sob pena de além de aplicação das consequências estatuídas no art. 41.º, se condenar o mandatário nas custas respetivas e, se tiver agido culposamente, nos prejuízos a que tenha dado causa. Situação diversa é a de já ter sido passada procuração ao mandatário e este, por lapso, não a ter junto ao processo, devendo ser este notificado pelo tribunal para juntar o documento em falta aos autos (cfr. Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., p. 194, nota 1).

¹⁰⁰ A iniciativa oficiosa do juiz para regularização da instância resultava já, em termos gerais, do disposto no n.º 2 do art. 6.º. Assim, é normalmente em sede de despacho pré-saneador (cfr. no entanto o art. 590.º 1, no caso de o processo ser apresentado a despacho liminar) que a parte que não constituiu mandatário deve ser notificada para o fazer, sob pena de lhe ser aplicada a cominação adequada (cfr. 590.º n.º2 al. a)).

Já no que toca à falta de constituição de mandatário por parte do réu, a consequência é muito mais gravosa: por haver a falta de um “pressuposto do ato processual”¹⁰¹ - ato este que é a contestação – fica sem efeito qualquer defesa apresentada, correndo o processo à revelia do réu.

Consequentemente, dão-se como admitidos os factos articulados pelo autor (cfr. art. 567 n.º1) e, a final, se não se verificar outra exceção dilatória que obste à apreciação do mérito da causa, é prolatada uma decisão onde é apreciado o pedido formulado, formando-se caso julgado material sobre o conteúdo da decisão então proferida (cfr. art. 619.º).

Esta solução legal, segundo cremos, visa simplesmente não prejudicar o exercício do direito de ação do autor em virtude de uma falta que lhe é completamente alheia. O problema é que o legislador foi, em nosso ver (e salvo o devido respeito), muito para além do que seria expectável, uma vez que tomou a falta de constituição de mandatário por parte do réu como um ato de presuntivo desinteresse em contestar os factos alegados pelo autor, comportamento este que indiciaria a verdade daqueles¹⁰².

É certo o paradigma de aplicação da modalidade de revelia operante prende-se com as situações em que o réu não dá qualquer tipo de sinal de si nos autos, não constituindo mandatário, não apresentando qualquer tipo de defesa relativamente aos factos alegados pelo autor em sede de petição inicial ou não intervindo por qualquer forma no processo: as designadas situações de revelia absoluta.

No entanto, neste tipo de situações pode ainda dar-se cumprimento ao disposto no art. 566.º e haver a possibilidade de a revelia se considerar inoperante por se verificar a hipótese da al. b) do art. 568.º *in fine*.

Todavia, o caso visado pelo art. 41.º, no que toca ao réu, parece ser de carácter muito específico: o réu terá apresentado defesa, mas fê-lo sem estar patrocinado por advogado.

Por outras palavras, o réu interveio no processo, apresentou defesa, mas por falta de um pressuposto para a prática do ato onde esta está ínsita, ela é dada como sem efeito¹⁰³. A sua revelia é portanto relativa¹⁰⁴.

¹⁰¹ Lebre de FREITAS/Isabel ALEXANDRE, ob. cit., p. 95.

¹⁰² Cfr. José Lebre de FREITAS, *A ação declarativa comum*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 91.

¹⁰³ Ou então, embora de certo modo (ainda) mais injustamente, que neste caso, o exercício do direito de defesa por parte do réu lhe acarretaria mais prejuízos do que a própria perda da ação (!) (cfr. José Lebre de FREITAS, *A ação...*, p. 91, nota 19). É certo que a parte, no âmbito do pleito, deve estar acompanhada de

Não será assim demasiado gravoso neste tipo de situações considerar a revelia do réu como operante ¹⁰⁵? Cremos que sim.

É certo que nos termos do n.º 2 do art. 227.º, o réu, no ato de citação, será informado da necessidade de patrocínio judiciário e das cominações em que incorrerá no caso de revelia. E também não se olvida que o réu revel não fica automaticamente derrotado, uma vez que a falta de contestação não implica de forma automática a vitória do autor ¹⁰⁶. Mas esta falta em muito a facilita ¹⁰⁷.

Não será também despiciendo salientar que um dos fatores que poderá levar à desconsideração da referida advertência pode mesmo ser um dos fundamentos de existência do patrocínio judiciário obrigatório: a grande complexidade técnica dos ritos e linguagem processual - e a sua geral inacessibilidade aos leigos em formação jurídica!

Ademais, o legislador devia ter tido em conta a circunstância de que, como lapidarmente refere o Prof. Doutor Adelino da Palma Carlos, da prática da mesma irregularidade “(...) resultam para os litigantes, conforme a sua posição no pleito, consequências diversíssimas, o que não parece muito conforme os bons princípios de justiça.” ^{108 109}.

mandatário, por força do seu desconhecimento jurídico substantivo e adjetivo. Todavia, em face da especificidade da situação em análise, não deve sofrer as consequências cominatórias da revelia operante.

¹⁰⁴ Quando à distinção entre revelia operante e revelia inoperante, cfr. v.g. Luís Miguel MESQUITA, “A revelia no processo ordinário” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1069-170 e Miguel Teixeira de SOUSA, *Estudos...*, p. 208.

¹⁰⁵ É que neste tipo de situações, segundo o texto legal, nem se poderá dar cumprimento à faculdade constante no n.º 2 do art. 567.º, sendo o réu apenas notificado a final do processo da sua sentença.

¹⁰⁶ Cfr. Luís Miguel MESQUITA, est. cit., p. 1068.

¹⁰⁷ Neste sentido, cfr. o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Outubro de 2009, Proc. n.º 306/09.3TBPRF.P1, relatado pelo Desembargador Henrique Antunes.

¹⁰⁸ Adelino da Palma CARLOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Lisboa, Procural, 1942, p. 153. É que o processo, devendo ser adequado ao escopo a que está destinado, terá que ter sempre em conta o princípio da proporcionalidade, não podendo produzir efeitos ou cominações que tenham cariz insuficiente ou exorbitante (cfr. Giuseppe TARZIA/ Filippo DANOVI, *Lineamento de processo civile de cognizione*, 5.ª Edição, Milão, Giuffrè, 2014, pp. 6-7).

¹⁰⁹ É, salvo o devido respeito, não se diga, como o fez o Ac. do S.T.J. de 13 de Abril de 2010, Proc. n.º 809/1998.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque, que a revelia relativa pode ocorrer do lado de qualquer uma das partes – réu e autor – por força da falta de constituição de mandatário. É que a fundamentação doutrinal de um dos pontos do sumário deste acórdão, segundo cremos, foi feita com base numa obra elaborada na vigência do C.P.C. de 1939 (cfr. José Alberto dos Reis, ob. cit., p. 474), e a “revelia” de que falava o Prof. Doutor Alberto dos Reis prendia-se apenas com a situação de as partes não constituírem mandatário com escritório na sede do tribunal e de aí não escolherem domicílio para receber as respetivas notificações. Ora, em primeiro lugar, esta era uma solução cunhada pelos condicionalismos da época, onde não existiam os meios eletrónicos para entrega de peças e recebimento de notificações que existem hodiernamente, de modo que por força de uma localização próxima do tribunal onde as partes pudessem ser notificadas, se privilegiava assim a celeridade dos atos. Em segundo lugar, a referida “revelia” simplesmente tinha como consequência a dispensa de notificações às partes e/ou aos seus mandatários (cfr. José Alberto dos REIS, ob. cit., p. 475): mas isto porque se pressupunha que as partes haviam constituído mandatário

Por conseguinte, em virtude de a atual solução legislativa para este tipo de situações violar o princípio do *due process* (ou mais precisamente a igualdade processual das partes como derivação do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º da C.R.P.) e da proporcionalidade - aplicando cominações processuais de gravosidade muito diversa à mesma situação de irregularidade, consoante a posição da parte no pleito -, por não haver nenhuma justificação atendível do ponto de vista material que fundamente em específico a referida desigualdade de tratamento, deveria, a nosso ver, o legislador ter identificado a situação sob escrutínio ¹¹⁰ como um dos casos em que a revelia do réu não poderia produzir os efeitos da revelia operante (art. 568.º) – *i.e.*, como uma das situações de revelia inoperante ^{111 112}.

É que, como já salientaram alguns autores, a presunção inilidível da admissão dos factos articulados pelo autor faz autêntica tábua rasa dos motivos reais que levaram à omissão do réu ¹¹³.

Assim, ao mesmo tempo que não se prejudicavam os interesses do autor no seguimento da demanda, dando-se-lhe a (suficiente) “vantagem” de produzir prova sem a oposição da contraparte, não se aplicaria também uma consequência demasiado gravosa ao réu em comparação com aquela que sofreria o autor no caso de incorrer na mesma falta,

(estando regularmente patrocinadas), mas este não possuía escritório na sede do tribunal. Assim, caso o autor não constituísse advogado – ou, por força de renúncia à procuração, o deixasse de ter no decorrer do processo - numa causa em que o patrocínio tivesse carácter obrigatório e não regularizasse a sua situação aquando da notificação do tribunal para o fazer, sofreria inevitavelmente uma consequência: a de o réu ser absolvido da instância.

¹¹⁰ *I.e.*, a hipótese de o réu apresentar defesa nos casos em que devesse estar obrigatoriamente acompanhado de advogado.

¹¹¹ Pois não se justifica, a nosso ver, resolução do problema através da solução inversa: no caso de o autor não constituir mandatário, se a tal estivesse obrigado, ser o réu absolvido do pedido. E também não se pode afirmar que o réu que constituiu mandatário e apresentou defesa ficaria prejudicado em virtude da solução propugnada para o réu que contestou mas não constituiu mandatário: é que independentemente de não se aplicarem os efeitos cominatórios da revelia operante a este último, a defesa por si apresentada, do ponto de vista do seu conteúdo, deveria ser desconsiderada pelo tribunal. Assim, ou seria de levar a cabo de um ponto de vista legislativo a solução por nós propugnada, ou então, e permita-se-nos o atrevimento, deveria o legislador rever o instituto da revelia, consagrando uma solução à imagem daquela que vigora nos sistemas de *ficta litis contestatio* (v.g. no ordenamento jurídico espanhol ou italiano), em que os efeitos gerais da mesma se prendem apenas com a possibilidade de tramitação do processo na ausência do demandado revel – precludindo-se o seu direito de contestar - e na possibilidade de desistência unilateral da demanda por parte do autor (Cfr., a este propósito, José GARBERÍ LLOBREGAT, ob. cit., pp. 308-308 e Giuseppe TARZIA/ Filippo DANOVÌ, ob. cit., pp. 142-145), ou então atenuando-se o efeito cominatório semipleno, à semelhança do que acontece no sistema germânico (cfr. José Lebre de FREITAS, *Introdução ao...*, loc. cit., pp. 115-118). Com uma análise extensa do regime da revelia de um ponto de vista de direito comparado, cfr. Luís Miguel MESQUITA, est. cit., pp. 1072 e ss..

¹¹² Estamos, por motivos atinentes ao escopo do presente estudo, a desconsiderar os outros motivos de inoperância da revelia. Todavia, para uma análise dos mesmos, cfr. v.g. Luís Miguel MESQUITA, pp. 1095 e ss..

¹¹³ Cfr., v.g., José Lebre de FREITAS, *A ação...*, p. 91, nota 19.

respeitando-se assim as exigências de justiça (e, em especial, os princípios de igualdade e proporcionalidade) que devem estar ínsitas a todas as soluções normativas consagradas pelo nosso legislador – exigências estas que se adensam nas disposições processuais, que têm sempre uma denotada função garantística dos cidadãos.

Por último, a nível de consequências sofridas pelas partes no que toca aos casos em que é obrigatória a constituição de mandatário para efeitos de interposição de recurso, caso a falta seja do recorrente, o recurso ficará sem efeito. Já se a falta for do recorrido, ficarão sem efeito as contra-alegações apresentadas.

A título de nota conclusiva do presente ponto, cumpre salientar que não deixa de ser curioso - por força da temática da presente dissertação, e atendendo ao que vai ser exposto *infra* nos pontos b) e c) do presente capítulo – o facto de o nosso legislador ter (aparentemente) dado grande importância ao patrocínio forense das partes, estabelecendo consequências bastante gravosas para a sua falta, mas, ao mesmo tempo, permitir às partes autorrepresentarem-se em ações onde a referida assistência técnica era tão ou mais necessária do que nalgumas causas em que o patrocínio judiciário é obrigatório.

- A prevalência da decisão de mérito sob o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais

Como se sabe, o processo civil tem por função a tutela de direitos subjetivos, ou de interesses juridicamente protegidos, por forma a restaurar e/ou manter a paz jurídica na comunidade ¹¹⁴. Todavia, esta finalidade - em sede de processo declarativo - não é alcançada se o tribunal não proferir uma sentença de mérito.

Como vimos já *supra* ¹¹⁵, para que o juiz se possa ocupar do mérito da causa, é à partida necessário estarem verificadas um conjunto de condições que se designam por pressupostos processuais.

O patrocínio judiciário é, como vimos, no que toca ao autor, uma dessas condições

¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr. Gian Franco RICCI, ob. cit., pp. 10-11 José Lebre de FREITAS, *Introdução ao...*, p. 47.

¹¹⁵ Cfr. nota 92.

¹¹⁶ Além do patrocínio judiciário, para que o tribunal se possa ocupar do mérito da causa é necessário que se verifique ainda a personalidade, capacidade e, sendo caso disso, a devida representação judiciária das partes, bem como a competência do tribunal, o interesse em agir do demandante, a existência de causa de pedir e ausência de contradição entre esta e o pedido formulado, a não ocorrência de litispendência ou caso julgado e

Quando o autor não esteja devidamente representado, o juiz deve, nos termos do art. 41.º, *ex officio* ou a requerimento da parte contrária, notificá-lo para proceder à constituição de mandatário. Todavia, se este não o fizer, verifica-se uma exceção dilatória (art. 577.º) e o juiz deve, em regra, proferir uma sentença de absolvição da instância ¹¹⁷.

Esta exigência deriva do entendimento tradicional de que os pressupostos processuais devem ser apresentados antes de o tribunal se debruçar sobre o mérito da causa – o dogma da prioridade de apreciação dos pressupostos processuais ¹¹⁸.

Acontece que o n.º 3 do art. 278.º, na sua segunda parte, dispõe que “ainda que subsistam [as exceções dilatórias], não tem lugar a absolvição da instância quando, destinando-se a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da exceção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte.”

Ora, para entendermos o alcance do significado deste inciso legal em face a tudo que já fomos discorrendo, temos que ter em mente o seguinte: os pressupostos processuais configuram limites intrínsecos à concessão da tutela jurisdicional, realizando uma função reguladora e ordenatória ¹¹⁹.

Com a exigência da sua verificação, visa-se não só assegurar que todas as condições objetivas estão verificadas para que o tribunal se possa debruçar sobre o mérito da demanda, mas também acautelar determinados interesses públicos e das partes ¹²⁰ da lide, acabando-se assim por reforçar a legitimidade do sentido e alcance da decisão que venha a ser proferida a final do processo ¹²¹.

ainda que as partes tenham legitimidade processual. Cfr. Lebre de FREITAS/Isabel ALEXANDRE, ob. cit., p. 548.

¹¹⁷ Ao invés do que acontece na decisão de mérito (cfr. arts. 619.º e 580.º), como já referimos *supra*, esta decisão não produz caso julgado material sobre o objeto do pleito (cfr. arts. 619.º e 580.º).

¹¹⁸ Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, *Estudos...*, p. 83 e Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., pp. 104-105.

¹¹⁹ Miguel Teixeira de SOUSA, “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)” in R.O.A., ano 49, Vol. I, 1989, pp. 101-102

¹²⁰ A generalidade dos pressupostos processuais e exceções dilatórias visam tutelar em primeira linha o interesse das partes. Parece mesmo que só a verificação da competência absoluta (interna e, tendencialmente, internacional) do tribunal e a (exceção dilatória da) existência de caso julgado visam tutelar interesses que em primeira linha são do Estado (no que toca ao cabal cumprimento da administração da justiça), justificando-se assim uma imperativa necessidade da sua apreciação prévia para que o tribunal se possa debruçar sobre o mérito da questão (cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Sobre o sentido...”, pp. 103-104 e Miguel Teixeira de SOUSA, *Estudos...*, p. 84). Sobre a pertinência (ou não) da distinção entre pressuposto processual e exceção dilatória, cfr. Lebre de FREITAS/Isabel ALEXANDRE, ob. cit., p. 549 e bibliografia aí citada.

¹²¹ Assim sendo, logo podemos depreender que a aplicação do preceito que estamos a analisar implica que se distingam os pressupostos processuais dispensáveis e os não dispensáveis. Os pressupostos indispensáveis

Assim sendo, e afinando a análise para o instituto de que vimos curando, podemos afirmar que a genérica exigência de que as partes estejam representadas por advogado visa tutelar o equilíbrio das forças em jogo no processo, permitindo àquelas que sejam acompanhadas no decorrer do processo por um profissional especialmente apto a acautelar de forma eficaz as suas concretas posições jurídicas subjetivas.

O patrocínio judiciário acautela assim não só o interesse das partes “não estarem sós e desarmadas” nos complicados meandros jurídico-adjetivos, como também o interesse público na (boa) administração da justiça, assegurando (de um ponto de vista material) a igualdade processual das partes representadas e, outrossim, uma efetiva utilização de todos os expedientes processuais e/ou argumentos jurídicos de que estas possam (e devam) lançar mão para proteger os seus interesses na lide ¹²².

Todavia, já vimos que a verificação de patrocínio judiciário só conforma pressuposto processual no que tange à posição processual de autor. É um dos pressupostos processuais que visam acautelar o interesse deste ¹²³, obviando a produção de uma sentença de mérito quando este à partida se encontra numa posição mais “frágil” do que a do réu, que se encontrará (à partida) devidamente representado e assistido por um advogado.

Assim, de acordo com a doutrina consagrada no n.º 3 do 278.º, se nenhum outro motivo obstar, no momento da apreciação da falta de patrocínio judiciário por parte do autor, a que se conheça do mérito da causa e a decisão lhe deva ser integralmente favorável, o tribunal não deve absolver o réu da instância, uma vez que a falta em causa reporta-se a um pressuposto processual dispensável e que visa tutelar interesses do autor – *i.e.*, da parte que incumpriu o ónus de assegurar a sua verificação.

são aqueles que tutelam sobretudo interesses do Estado, nomeadamente no que toca a salvaguarda da adequação técnica do tribunal e à eficaz repartição de trabalho por órgãos especializados – referimo-nos à competência absoluta do tribunal – não estando na disponibilidade das partes ou sequer do tribunal. Os pressupostos dispensáveis tutelam, em primeira linha, interesses das partes, pese embora o seu maioritário conhecimento oficioso pelo tribunal aquando da sua verificação (art. 578.º) denote um interesse público na sua proteção, que acaba por ser justificado com a preservação do equilíbrio de forças das partes e pelas exigências do princípio do processo equitativo, conformando assim (este conhecimento oficioso) uma política legislativa perceptível. Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Sobre o sentido...”, pp. 102 e 105.

¹²² O que acaba por permitir uma apreciação esgotante do objeto do litígio e uma maior legitimação da decisão jurisdicional que sobre ele seja proferida.

¹²³ Também existem – se é que não são mesmo a generalidade - pressupostos processuais que acautelam os interesses do réu. A necessidade de o autor ver a sua situação subjetiva alegada alvo de tutela judiciária não pode implicar a postergação da tutela de todos os interesses do réu. Pense-se, por exemplo, na verificação do chamado “interesse em agir” do autor, *i.e.*, a existência de uma carência objetiva de tutela judiciária por parte deste. Sobre este tema, cfr., *v.g.*, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Novembro de 2009, Proc. n.º 215/09.6TTTMR.C1, relatado pelo Desembargador Serra Leitão.

Ao invés, se faltar o patrocínio judiciário ao autor, mas não haja elementos que permitam conhecer do mérito da causa, ou embora havendo a decisão a proferir não lhe vá ser inteiramente favorável, por força da finalidade subjacente à exigência de verificação do referido pressuposto processual deve o réu ser absolvido da instância.

O fundamento em que se apoia a doutrina da quebra do dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais é, sem dúvida, a prevalência da decisão de mérito sobre a decisão baseada em questões de forma ¹²⁴. Não obstante, esta doutrina pode também ter inegáveis vantagens de um ponto de vista da economia processual – ainda que no que toca a este ponto haja um “reverso da medalha”: nos casos em que o tribunal de recurso considere que a decisão recorrida não podia ser inteiramente favorável à parte a que aproveitava (no sentido protetivo *supra* referido) a exceção dilatória que então se verificava, a lide vai terminar com a extinção da instância que se pretendia evitar ¹²⁵.

Ora, avançando na nossa análise, já vimos que a segunda parte do n.º 3 do art. 278.º se refere aos pressupostos processuais e às exceções dilatórias. E também que a falta de patrocínio judiciário só consubstancia a falta de um pressuposto processual quando atine à parte ativa da relação jurídica processual, uma vez que no que toca ao réu, a ausência de patrocínio judiciário origina simplesmente a falta de um pressuposto para a prática de um ato processual.

A questão que se antevê será a de saber se a solução de que vimos curando poderá ser aplicada ao réu a que falta mandatário constituído.

Embora com algumas reservas, cremos que não.

O legislador, com o desiderato de dar à atividade processual ordem, clareza, precisão, segurança e de salvaguardar os interesses das pessoas que por ela possam ser afetadas, estabeleceu requisitos de elevado cariz técnico para a prática dos atos processuais a levar a cabo no seu âmbito, de modo que a inobservância dos mesmos gera a sua ineficácia ¹²⁶.

Como a constituição de mandatário (quando esta é obrigatória, naturalmente) por parte do réu é pressuposto para a prática de determinados atos processuais – excetuados os elencados no n.º 2 do art. 40.º -, no caso de este levar a cabo algum desses atos falta-lhe um

¹²⁴ Que foi trave mestra da revisão processual ao antigo C.P.C. de 1961 operada em 95/96.

¹²⁵ Assim, autores como Lebre de Freitas e Isabel Alexandre propugnam uma aplicação do conceito que vimos estudando restrita aos casos onde é escassa a margem de dúvida objetiva sobre o sentido da decisão (cfr. ob. cit., p. 550.)

¹²⁶ Cfr. Enrico Tullio LIEBMAN, ob. cit., p. 213.

pressuposto subjetivo para a respetiva prática, o que segundo avalizada doutrina acarreta irremediavelmente a respetiva ineficácia.

O tribunal não pode assim ignorar este grave vício e obviar às suas consequências, prolatando uma decisão de mérito ¹²⁷.

O réu terá assim que ser considerado revel, pese embora apresente defesa (ainda que desacompanhado de mandatário), nenhum outro motivo obstasse ao julgamento do mérito da causa e a decisão a proferir lhe fosse inteiramente favorável ¹²⁸.

Como é óbvio, e permitindo-nos remeter para grande parte das considerações que já tecemos *supra* sobre a distinção das consequências da irregularidade em apreço em face da posição das partes no pleito ¹²⁹, reafirmamos que atenta a razão de ser da exigência de verificação de patrocínio judiciário, também esta solução nos parece manifestamente injusta para o réu ¹³⁰.

Em jeito de síntese, o que podemos concluir da análise que acabámos de operar no presente subponto é que o nosso legislador considera de extrema importância a constituição de mandatário pelas partes nos casos em que o patrocínio judiciário é obrigatório, por força do indispensável papel de tutela dos interesses em jogo no processo que o patrocínio forense desempenha.

Aliás, se assim não fosse, não se compreenderia a gravosidade das consequências a que o autor e (especialmente) o réu se sujeitam no caso de não constituírem mandatário quando tal requisito é indispensável ao regular andamento da instância – o que, como já salientamos, e melhor iremos ver nos pontos que se seguem na presente dissertação, acaba por ser incoerente com a opção de conceder às partes a faculdade de se autorrepresentar em determinadas ações.

De qualquer forma, cremos que por força dos motivos que elencámos, o instituto, nas partes já analisadas, deveria ser alvo de uma revisão legislativa.

¹²⁷ Neste sentido, Miguel Teixeira de SOUSA, *Estudos...*, p. 86.

¹²⁸ Sendo que por força da natureza da cominação em que o réu incorre, o mais provável será que uma causa que à partida seria improcedente com base no teor da defesa por si apresentada fique então com altas probabilidades de ser de resultado final favorável ao autor...

¹²⁹ Cfr. *supra* pp. 34 e ss..

¹³⁰ Ainda assim, cremos que a solução por nós propugnada *supra* de, *de iure condendo*, considerar que a falta de patrocínio judiciário por parte do réu (quando este tem cariz obrigatório) apenas o deveria fazer incorrer em revelia inoperante, acabaria por atenuar a injustiça da solução que entre nós atualmente vigora.

b) Os fundamentos da obrigatoriedade de patrocínio judiciário ¹³¹

Finalmente iremos debruçar-nos sobre uma temática que, de certo modo, e ainda que por vezes a título de considerações laterais, já foi alvo de algumas palavras ao longo do presente estudo.

No âmbito da condução do pleito, normalmente não são as próprias partes da causa que articulam, elaboram requerimentos ou praticam os atos de maior responsabilidade processual, mas sim os seus patronos ¹³². Aliás, na maior parte das causas ¹³³, é mesmo exigido que esse patrono seja um advogado.

Mas quais os fundamentos desta obrigatoriedade?

Um deles, o de cariz técnico, já o fomos referindo várias vezes, ao longo da presente dissertação. O tecnicismo – seja de um ponto de vista processual, seja do ponto de vista substantivo – e interesses (de índole pública e privada) subjacentes ao pleito impõem que as partes sejam auxiliadas por um profissional que, conjugando o seu saber e experiência forenses aos condicionantes deontológicos que estão ligados ao exercício da sua atividade ¹³⁴, represente da melhor maneira possível os interesses que estão ínsitos à sua concreta posição jurídico-subjetiva na causa ¹³⁵.

Distintamente, é de índole psicológica o outro argumento que costuma ser apontado pela doutrina como justificativo da obrigatoriedade do patrocínio judiciário em determinados casos. A animosidade e a passionalidade, que dificilmente faltariam aos diretos protagonistas da lide na condução do pleito, consubstanciariam grandes obstáculos a um exame sereno e distante do mérito das suas pretensões.

Os advogados, vinculados ao dever de respeito ao Direito, podem (e devem) aconselhar de uma forma emocionalmente neutra as partes do mérito das respetivas

¹³¹ Pese embora a terminologia utilizada ao longo do presente estudo, não olvidamos naturalmente a distinção que alguma doutrina faz entre a assistência e o patrocínio judiciário. Sobre este ponto, cfr., v.g., Antunes VARELA/ J. Miguel BEZERRA/ Sampaio e NORA, ob. cit., p. 191.

¹³² Cfr. Elio FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8.ª Edição, Milão, CEDAM, 1996, pp. 301-304.

¹³³ Que identificámos *supra* no âmbito do ponto i. da al. a) do presente capítulo.

¹³⁴ E esse profissional é, no nosso ordenamento jurídico, como já o referimos várias vezes, o advogado. Como já vimos, e mais à frende voltaremos a salientar, a parcialidade inerente à sua função no âmbito do pleito é mitigada pela obrigação de respeito aos deveres deontológicos a que está adstrito, de modo que mais do que um protetor dos interesses das partes, assume em sede processual a veste de um autêntico órgão essencial à administração da justiça (cfr. art. 208.º da C.R.P.).

¹³⁵ Neste sentido, cfr., v.g., José Alberto dos REIS, ob. cit., pp. 104-105 e Crisanto MANDRIOLI/Antonio CARRATA, ob. cit., p. 205.

pretensões, permitindo-se assim que as concretas posições jurídicas destas últimas no âmbito do pleito não naufraguem nos escolhos de uma parcialidade desmedida ¹³⁶.

No que toca à justificação da desnecessidade de constituição de advogado em determinado tipo de ações (já analisadas também *supra*), pesou no nosso legislador a consideração de que, em face do seu baixo valor e pela sua pretensa simplicidade a nível de tramitação ¹³⁷, a imposição às partes de constituição obrigatória de mandatário e do pagamento dos respetivos honorários seria um ónus demasiado pesado no que toca ao exercício do seu direito de ação ¹³⁸.

Todavia, como veremos – e dirigindo-nos ao tema-problema central de presente dissertação -, em face do quadro social e jurídico que se verifica hodiernamente, não será despiciendo operar uma reflexão problematizante sobre a pertinência dos argumentos que acabámos de expender através de um confronto dos mesmos com os critérios legais de exigibilidade de patrocínio obrigatório consagrados na nossa lei processual.

É que independentemente da doutrina aceitar quase acriticamente a construção deste instituto no que a este ponto tange, tal não significa obrigatoriamente que ela esteja isenta de falhas ou de reparos.

c) Alguns problemas da obrigatoriedade de patrocínio judiciário no âmbito do processo declarativo cível, tal qual ela está estabelecida no C.P.C.

Acabámos de ver que essencialmente são dois os argumentos que justificam a imposição legal de obrigatoriedade de constituição de mandatário no âmbito de determinadas causas. Todavia, começam, ainda que discretamente, a levantar-se algumas vozes na doutrina questionando a pertinência e a adequação dos mesmos em face dos critérios que estabelecem as causas onde é obrigatório o patrocínio das partes por advogado ¹³⁹. Senão vejamos;

Acabámos de constatar que para se aferir da eventual obrigatoriedade da constituição de advogado no âmbito de determinado pleito temos, de um lado, o critério da admissibilidade de recurso das decisões e, de outro, a pendência de processo em tribunal

¹³⁶ Cfr., v.g., Enrico Tullio LIEBMAN, ob. cit., p. 94.

¹³⁷ Vide Aldo STESURI, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Paolo COMOGLIO/ Claudio CONSOLO/ Bruno SASSANI/ Romano VACCARELLA, Vol. I, Torino, UTET Giuridica, 2012, p. 1072.

¹³⁸ Cfr., v.g., José Alberto dos REIS, ob. cit., p. 112.

¹³⁹ Entre nós, vide Paula Costa e SILVA, ob. cit., pp. 323-329.

superior ¹⁴⁰. Ora, no que diz respeito a este último critério, cremos que a complexidade e importância inerente às causas que efetivamente podem ser propostas diretamente em tribunais superiores, bem como o rigor técnico que se impõe na elaboração de um recurso (excepcionalmente admitido) justificam a imposição legal de obrigatoriedade de constituição de advogado.

Todavia, quanto à pertinência do critério da admissibilidade de recurso das decisões, tal qual ele está formulado no nosso código, já temos algumas reservas.

Para o que nos interessa, e ressalvadas as exceções já referidas *supra* ¹⁴¹, quando as causas excedam o valor da alçada do tribunal de primeira instância (que, nos termos do art. 44.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, é de 5.000 €), as partes têm que constituir obrigatoriamente advogado, uma vez que relativamente àquelas é admissível recurso ordinário (cfr. art. 629.º n.º1).

No fundo, e sendo a redação da al. a) do n.º 1 do art. 40.º ainda baseada na doutrina consagrada na primeira parte do art. 33.º do Código de Processo Civil de 1939, o que o legislador nos quer com ela dizer é que quando as causas excedam o referido valor as partes têm obrigatoriamente que constituir advogado ¹⁴².

Mas porquê? Em virtude do fundamento de razão técnica que expusemos *supra*, poder-se-á dizer. O problema, segundo o percebemos, é que existem causas que mesmo sendo de reduzido valor, são extremamente complexas quer do ponto de vista substancial quer a nível da sua tramitação processual (v.g., causas atinentes a direitos reais) ¹⁴³.

Ao invés, existem causas de valor (muito) superior à alçada do tribunal de primeira instância que, do ponto de vista substantivo e até jurídico-processual, estão revestidas de manifesta simplicidade (v.g. causas onde se peticione o pagamento de uma quantia certa por força da prestação de determinado serviço, havendo uma fatura conferida pelo devedor, onde sejam especificados os serviços efetivamente prestados).

Por conseguinte, o argumento de que as partes não têm preparação técnica para apresentar e conduzir determinada causa por força das exigências materiais e adjetivas que

¹⁴⁰ Cfr., quanto a este último critério, a nota 96.

¹⁴¹ Cfr. a nota 94.

¹⁴² Cfr. José Alberto dos REIS, ob. cit., pp. 109-110.

¹⁴³ Como quase anedoticamente (mas de forma extremamente pertinente, sublinhe-se) Paula Costa e Silva sugere, seria extremamente interessante pedir à maioria das partes que decifrassem as decisões finais dos processos sem o auxílio de um técnico do Direito, e anotar os resultados! Cfr. Paula Costa e SILVA, ob. cit., p. 326.

a esta tarefa estão inerentes não serve para justificar em toda a sua amplitude a exigência de patrocínio judiciário obrigatório através do critério da admissibilidade de recurso.

E o mesmo se pode dizer do argumento de índole psicológica que também já expusemos. Tal argumento é, de facto, ponderoso nas situações onde os processos reavivem memórias dolorosas ou cujas consequências possam ter efeitos humilhantes para as partes.

O problema é que, na verdade, esta exigência se adensa na maior parte das causas que efetivamente acabam por chegar aos nossos tribunais de primeira instância e que, em face do seu diminuto valor, as partes não são obrigadas a constituir mandatário: permitamo-nos invocar de novo, a título de exemplo, as questões atinentes a direitos reais. E mais ainda se diga que a referida exigência também se verifica nos casos em que determinadas pessoas podem litigar por si próprias, independentemente do valor da causa, por força da sua atividade profissional (cfr., v.g., o art. 19.º da Lei n.º 21/85, de 21 de Julho) ¹⁴⁴.

Pelo contrário, o argumento em análise dificilmente poderá explicar a necessidade de constituição de mandatário nos chamados casos de litigiosidade crescente, envolvendo grandes empresas e, na maior parte dos casos, cobranças de dívidas insignificantes atenta a sua dimensão (mas superiores ao referido valor da alçada do tribunal de primeira instância) ¹⁴⁵.

Do exposto, parece que podemos então tirar já algumas ilações.

Em primeiro lugar, o argumento de índole psicológica apenas terá, de um ponto de vista legislativo, relevado a “título secundário” na consagração do critério de que vimos curando, independentemente de ter inegável importância de um ponto de vista prático ¹⁴⁶.

Em segundo lugar, o argumento da impreparação técnica das partes é também ponderoso na maior parte das causas (senão mesmo em todas) em que estas podem pleitear por si próprias. Por mais simples que seja o problema, a diversidade e especificidade dos ritos e trâmites processuais aliados à complexidade do direito probatório (que, como se sabe, condiciona sempre o resultado da demanda) permitem-nos afirmar que, independentemente do valor da ação, a generalidade das pessoas sem formação jurídico-

¹⁴⁴ Mauro Di MARZIO, ob. cit., p. 3

¹⁴⁵ Cfr Paula Costa e SILVA, ob. cit., p. 327

¹⁴⁶ O facto de a inquirição de testemunhas ser feita pelo juiz nas causas onde as partes pleiteiem por si (cfr. n.º 3 do art. 40.º) prende-se apenas com a impreparação destas para conduzirem a atividade de produção probatória.

forense não estão preparadas para conduzir um processo de forma efetiva se estiverem sozinhas no pleito ¹⁴⁷.

Assim, ainda que não haja a obrigação de as partes constituírem mandatário em determinadas causas, cremos que mais do que lhes ser lícito fazê-lo ¹⁴⁸, tal conduta consubstancia mesmo um comportamento desejável (e, segundo apuraremos, talvez mesmo indispensável!) para que estas vejam exercido de forma útil e efetiva o seu direito de ação.

Ora, em face de tais circunstâncias, como entender o critério legal da obrigatoriedade de constituição de mandatário no âmbito dos processos declarativos comuns?

Cremos que apesar de tudo, na base da solução que nos foi imposta pelo nosso legislador teve inquestionavelmente grande peso a justificação inerente ao argumento técnico que já analisámos, sendo encarada a obrigatoriedade de constituição de patrono como forma de concretização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos ¹⁴⁹.

Por outro lado, e pese embora a (pelo menos aparente) incoerência do nosso legislador nas soluções por si criadas, cremos que também é de apontar como fundamento à imposição de constituição de mandatário o interesse público em que a administração da justiça seja conduzida e protagonizada de modo competente por profissionais dotados de adequada formação deontológica e habilitações técnico-jurídicas: os advogados ¹⁵⁰.

Todavia, segundo cremos, em face da natureza disponível dos direitos que se exercitam no âmbito das lides processuais cíveis, e, em especial, da específica natureza dos litígios que atendendo aos critérios de fixação de valor estabelecidos no código (cfr. 296.º e ss.) se podem discutir em causas de valor inferior à alçada de primeira instância, o legislador entendeu (embora, como veremos *infra*, e salvo o devido respeito, de uma forma talvez algo precipitada) que, nesses processos, se devia respeitar a opção das partes – e portanto a sua autonomia privada – no que toca ao modo de exercício do *ius postulandi*.

Em face do tema problema da presente dissertação – saber se o critério da exigibilidade de patrocínio judiciário consagrado no nosso C.P.C. se adequa aos princípios

¹⁴⁷ Por maior que seja o papel assistencial do juiz, como veremos *infra*.

¹⁴⁸ Cfr. José CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Vol. I, trad. José Casáis y Santaló (3ª edição), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1925, p. 40.

¹⁴⁹ Aldo STESURI, ob. cit., p. 1075.

¹⁵⁰ Cfr. Francisco Manuel Lucas Ferreira de ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 453-454 e, sobre aquilo que nós apelidamos de “incoerência do nosso legislador”, cfr. *infra* a nota 220.

subjacentes ao moderno processo civil – e também ao que acabámos de expender, a pergunta que naturalmente se tem que colocar é se esta autonomia privada não deveria ser respeitada em todo tipo de ações, como acontece nos sistemas da *Common Law*.

Ora, vai ser sobre a referida problemática da autorrepresentação das partes e dos respetivos prós e contras que vamos passar a discorrer nos dois capítulos que se seguem.

V - As Partes Autorrepresentadas nos tribunais judiciais – uma reflexão teórica sobre os méritos e deméritos de uma possível opção legislativa

Acabámos de ver que, em determinados casos, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, as partes podem pleitear por si próprias, não lhes sendo exigida a constituição de mandatário. Todavia, também já vimos que por força dos critérios estabelecidos na nossa lei, por regra as partes têm que – e mesmo que não tenham, na maior parte dos casos escolhem - estar representadas por um advogado em sede processual.

Na exposição de motivos da reforma processual civil de 2013 afirmava-se que se pretendia sobretudo reduzir as formas de processo, simplificando-se o respetivo regime e assegurando-se ao mesmo tempo a sua eficácia e celeridade.

Apostou-se também na desformalização de procedimentos, na oralidade processual e na limitação das questões processuais relevantes, tudo isto com vista a tornar o processo mais eficaz e compreensível às partes.

Não se vão analisar, por motivos óbvios, os méritos ou deméritos da aludida reforma. Mas vamos centrar-nos num ponto que nos leva a questionar-nos sobre se não seria pertinente, em face da disponibilidade dos direitos¹⁵¹ que se discutem no âmbito do processo comum declarativo, conceder às partes a faculdade de se autorrepresentarem sempre que assim o quiserem.

No fundo, e concretizando, passaremos a averiguar se o facto de se ter reforçado (em muito) os poderes do juiz no âmbito do processo poderia permitir a este último desempenhar um papel de aconselhamento e assistência das partes autorrepresentadas, por forma a haver assim uma efetiva concretização do princípio da igualdade de armas em sede

¹⁵¹ Em termos muito sintéticos e genéricos, podemos dizer que o sistema processual civil encontra o seu apoio ideológico na conceção liberal de sociedade, que se manifesta essencialmente no seu aspeto económico através da distinção entre interesses públicos e interesses privados. No processo civil, o interesse que a parte solicita que seja protegido ou tutelado pelo órgão jurisdicional tem natureza privada, de modo que nesta sede é preponderante a chamada autonomia da vontade. Os (pelo menos principais) titulares dos interesses ou direitos são os indivíduos, de modo que se tratam sobretudo de direitos ou interesses disponíveis. Cfr. Juan MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*, Valência, Tirant lo Blanch, 2001, p. 60.

do pleito e, conseqüentemente, tornar a autorrepresentação irrestrita numa opção viável em sede processual ¹⁵².

a) O “Juiz Gestor” do C.P.C. de 2013

A tendência de atribuição ao juiz dos chamados poderes de gestão insere-se na corrente de desformalização e flexibilização processual que se tem vindo a acentuar no nosso ordenamento jurídico sobretudo desde a reforma de 95/96. “Gerir o processo” significa garantir às partes, em menos tempo, com menos custos e beneficiando de iguais garantias, uma justa composição do litígio que estas submetem a tribunal ¹⁵³.

É que segundo a mais *aggiornata* conceção de processo, o juiz não se deve limitar a apenas a julgar. Ele deve ser um autêntico gestor (do processo) dotado de poderes discricionários adstritos não só proteger (de forma imparcial) as concretas posições das partes na lide, mas também, e sobretudo, os valores e interesses da sociedade na administração da justiça ¹⁵⁴.

A gestão processual (plasmada no novo C.P.C. no seu art. 6.º ¹⁵⁵) traduz-se num aspeto substancial, que é a condução do processo ¹⁵⁶, e num aspeto instrumental, que

¹⁵² Segundo a exposição de motivos da reforma, manteve-se e reforçou-se “(...) o poder de direção do processo pelo juiz e o princípio do inquisitório (de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias, no ativo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efetiva e ativa direção da audiência)”, bem como o “princípio da adequação formal, por forma a permitir a prática de atos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adequa às especificidades da causa ou não seja a mais eficiente.”.

¹⁵³ Tudo isto tendo em conta, naturalmente, as especificidades do caso concreto. Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil” *in* *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Braga, CEJUR, 2013, p. 10.

¹⁵⁴ Cfr. Juan MONTERO AROCA, *ob. cit.*, p. 54.

¹⁵⁵ Diz-nos o n.º 1 do art. 6.º que “cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.”. Por sua vez, diz-nos o n.º 2 do referido preceito que “O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.”.

¹⁵⁶ A dimensão substancial do dever de gestão processual expressa-se no dever de condução do processo que impende sobre o juiz, justificado pela necessidade de este providir por uma tramitação célere da lide. Para alcançar esta finalidade, o juiz deve promover as diligências necessárias ao prosseguimento da ação e recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório (art. 6.º n.º1), providenciar oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção - determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância, ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo - e programar, após audiência dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, bem como o respetivo número de sessões. Como exemplo de faculdades legais dadas ao juiz que são

consiste na respetiva adequação formal (cfr. art. 547.º). Por ser extremamente relevante para a reflexão que vamos operar no presente ponto – por força do disposto no n.º 3 do art. 40.º e respetivo enquadramento doutrinal -, iremos focar-nos sobretudo no aspeto instrumental do dever de gestão processual que atualmente impende sobre o juiz.

Na verdade, o referido dever de condução do processo – aspeto substancial do dever de gestão – que recai sobre o juiz, acaba por estar diretamente dependente do poder que este tem de simplificar e agilizar o processo – portanto, do aspeto instrumental -, modificando a tramitação processual de acordo com as especificidades e natureza da causa.

Ao simplificar o processo o juiz deve adotar uma tramitação menos rígida relativamente ao modelo *standard* estabelecido na lei, eliminando todos os atos que sejam inúteis a uma justa composição do litígio. A agilização pode consistir nessa mesma simplificação da tramitação, mas, ao invés, atenta a referida natureza e complexidade da causa, também pode resultar na prática de atos que não estejam previstos na lei ¹⁵⁷.

O juiz, para levar a cabo estas duas tarefas, dispõe do poder de adequação formal (art. 547.º). O critério para o exercício deste poder consiste, sobretudo, no respeito pelo processo equitativo ¹⁵⁸, devendo-se, com base nele, procurar trilhar um caminho adequado à justa composição do litígio em prazo razoável.

Todavia, esta afirmação requer uma concretização do sentido do seu alcance: o processo equitativo não só deve ser encarado como um limite do exercício do poder de adequação formal, mas também visto como critério orientador da adaptação dos atos processuais à complexidade da causa em questão, de modo a que através da referida modificação se possa alcançar eficiência processual que a adequação formal sobretudo visa ^{159 160}.

Ora, esta vertente da adequação formal possui uma expressão legal que, pese embora não a tenhamos referido (propositadamente) até agora, está diretamente relacionada com o tema-problema em apreço: nos termos do n.º 3 do art. 40.º, “[n]as causas

apontadas como expressões desta dimensão substancial do dever de gestão, cfr., v.g., os arts. 468.º n.º 1 a), 595.º n.º 2, 273.º n.º 1 e 594.º n.º 1. A este propósito, cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Apontamento sobre...”, pp. 10-11.

¹⁵⁷ Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Apontamento sobre...”, p. 11.

¹⁵⁸ Cfr., do ponto de vista constitucional, o n.º 4 do art. 20.º da C.R.P..

¹⁵⁹ No fundo, a complexidade do procedimento deve ser proporcional à complexidade da causa – a final, os juízos de adequação formal devem ter sempre em conta também um critério de proporcionalidade. Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Apontamento sobre...”, p. 12.

¹⁶⁰ Sobre a impugnabilidade das decisões tomadas ao abrigo do princípio da gestão processual, cfr., v.g., José Lebre de FREITAS, *Introdução ao...*, pp. 231-232.

em que, não sendo obrigatória a constituição de advogado, as partes não tenham constituído mandatário judicial, a inquirição das testemunhas é efetuada pelo juiz, cabendo ainda a este adequar a tramitação processual às especificidades da situação."

Na sequência do que temos vindo a expender, neste tipo de casos, o juiz tem que praticar, de acordo com o referido critério de proporcionalidade ¹⁶¹, os atos necessários a que o processo, sendo equitativo ¹⁶², possa conduzir a uma justa composição do litígio em prazo razoável.

Se as partes não constituírem mandatário, o juiz, para colmatar o desconhecimento adjetivo e substantivo destas, deverá então procurar praticar ¹⁶³ todos os atos de simplificação e agilização processual que permitam àquelas ter uma participação ativa e informada no processo - devendo ser assegurada a possibilidade das partes exprimirem as suas razões de facto e de direito, de realizarem a prova sobre a matéria factual controvertida e de verem as suas posições analisadas através de um ato decisório -, bem como dirigir ativamente o processo, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação ¹⁶⁴.

¹⁶¹ A propósito do critério de proporcionalidade não será de todo descabido chamar à colação o disposto na *Rule 1.1* das *Civil Procedure Rules* britânicas: "(1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders*". A concretização do *overriding objective* das C.P.R. oferece-nos um elemento interpretativo precioso para destrincharmos o sentido e alcance do critério da proporcionalidade que deve estar presente na atividade do juiz não só no exercício do seu poder de adequação formal, mas também no cumprimento do seu mais amplo dever de gestão processual (*case management*).

¹⁶² Não nos esqueçamos que o processo equitativo é um princípio integrante da ordem pública processual portuguesa. Neste sentido, cfr. v.g., o Ac. do S.T.J. de 20 de Novembro de 2014, Proc. n.º 7614/12.4TBCSC.L1.S1, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

¹⁶³ Sendo que esta atividade também pode consistir na supressão de alguns atos que fazem parte da tramitação *standard* do processo. Cumpre salientar também que qualquer uma destas decisões não pode ser tomada antes de haver uma prévia audição das partes, nos termos do 6.º n.º1. De qualquer modo, não podemos deixar de pensar que nestes casos, a referida audição, atenta a especificidade da situação em análise - vai ser praticado (ou suprimido) determinado ato para obviar às dificuldades que as partes enfrentam de um ponto de vista da condução e discussão subjacente ao pleito -, salvo raras exceções, terá o único interesse prático de obviar à verificação de uma nulidade processual, uma vez que a generalidade das partes autorrepresentadas jamais teriam conhecimentos técnicos para analisarem as implicações práticas dos referidos atos de acordo com os princípios jurídicos que devem orientar a sua prolação (o princípio da igualdade de partes e do contraditório) ou então sobre a respetiva influência no que diz respeito à aquisição de factos ou sobre a admissibilidade de meios de prova...

¹⁶⁴ Estamos, como deve ser notório ao leitor, também a introduzir aqui considerações que já se inserem no âmbito substancial do referido poder de gestão processual do juiz, uma vez que a referida dimensão acaba por

A questão que se levanta, e na qual tocaremos *infra* ¹⁶⁵, é a de indagar sobre o quão longe poderá ir esta atividade do juiz. Saber se o poder de gestão do juiz deve quedar-se meramente por uma dimensão procedimental, ou se, como defendem alguns autores, deve assumir uma dimensão material - influenciando o designado "coração do processo"¹⁶⁶ -, chegando ao ponto de chamar, de um ponto de vista assistencial, a atenção das partes também (e sobretudo) para a incompletude ou imprecisão das suas alegações, dos seus pedidos ou mesmo requerimentos probatórios e formulando propostas de correção de forma a tornar o processo útil, dando-lhes uma autêntica oportunidade de corrigir e/ou aperfeiçoar a sua posição na lide, para que possam estar em condições objetivas de obter ganho de causa ¹⁶⁷.

Vamos deixar, no entanto, esta reflexão em suspenso, uma vez que só tomando posição no que toca a esta questão é que, atenta a problemática que vimos analisando, poderemos aferir se de facto conceder às partes a possibilidade de se autorrepresentar poderia consubstanciar uma opção efetiva do ponto de vista jurídico-processual, atentos os princípios reguladores deste ramo do direito.

estar irredutivelmente ligada à eventual possibilidade de exercício da atividade assistencial do juiz que por ora equacionamos.

¹⁶⁵ Mais precisamente na al. b) do Cap. VI.

¹⁶⁶ Que será o pedido, causa de pedir e as provas. Cfr. Luís Miguel MESQUITA, "A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010" *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3983, ano 143.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 145.

¹⁶⁷ De salientar que estamos naturalmente, atenta a temática em questão, distantes da questão da atuação jurisdicional ao abrigo do princípio do inquisitório. Não deixaremos, todavia, de tecer sobre ele algumas palavras em virtude de as mesmas poderem ser úteis à compreensão de algumas considerações que aduziremos *infra*. No âmbito do processo civil moderno, e em especial nos sistemas de *Civil Law*, a prova deixou de ser monopólio das partes. O processo civil, embora vise a tutela de direitos subjetivos, não passa ao lado (como já vimos *supra*) do interesse público na administração da justiça. O Estado, ainda que não seja diretamente interessado nos direitos que se discutem no âmbito do processo, tem um irrenunciável interesse no modo como este se desenvolve e se conclui (cfr., *v.g.*, Enrico Tullio LIEBMAN, *ob. cit.*, pp. 313-314 e Soraya Amrani MEKKI/ Yves STRICKLER, *ob. cit.*, pp. 515-517). No nosso ordenamento jurídico são concedidos ao juiz importantes poderes de iniciativa (a nível instrutório) que, em homenagem ao princípio do dispositivo, lhe estão vedados no campo da alegação dos factos (cfr. arts. 4.º e 411.º). Cada parte, em princípio, suporta as consequências de não se conseguir provar os factos que lhe são favoráveis (cfr. arts. 342.º e ss. do C.C. e 414.º) - ou seja, tem o respetivo ónus da prova; todavia, a referida prova pode resultar de diligências da iniciativa da própria parte, do juiz ou mesmo da contraparte, o que importa que a doutrina, muitas vezes, distinga o ónus da prova do ónus da iniciativa da prova (cfr., sobre o princípio do inquisitório, *v.g.*, José Lebre de FREITAS, *Introdução ao...*, pp. 175-179, e, sobre o que acabámos de expender, p. 177, nota 60).

b) As Partes Autorrepresentadas: uma alternativa válida ao patrocínio judiciário?

Já vimos *supra* que, em determinados casos, o nosso legislador concede às partes a faculdade de exercerem elas próprias o *ius postulandi* no âmbito da lide. A questão que se coloca, na sequência da exposição que temos vindo a fazer, é a de saber se elas não deviam poder exercer aquele poder em todo o tipo de ações declarativas.

É que ao contrário da ideia falaciosa que sobre a autorrepresentação se pode formar, é residual o número de situações onde as partes escolhem exercer por si o *ius postulandi* por não terem meios económicos que lhes permitam pagar os honorários de um advogado¹⁶⁸.

As partes decidem mais das vezes autorrepresentar-se em virtude de outros motivos, nomeadamente por acharem que conseguem apresentar e conduzir o seu caso tão bem ou melhor do que um advogado, por considerarem que estão dotadas de conhecimentos técnicos suficientes para a atividade que se propõem a desempenhar, por acreditarem que a justiça prevalecerá independentemente de constituírem ou não advogado ou então porque simplesmente não confiam neste tipo de profissionais¹⁶⁹.

Tida a referida consideração em conta, cumpre agora analisarmos das possíveis vantagens que poderiam advir à administração da justiça se se concedesse às partes a faculdade de se autorrepresentarem em todo e qualquer tipo de processo comum declarativo cível.

Todavia, para atingirmos o escopo a que nos propusemos, temos que passar impreterivelmente pela análise prévia do sistema da *Common Law* no que a este ponto tange, em virtude de aí a referida possibilidade de escolha ser, desde há muito, considerada um autêntico direito fundamental que assiste às partes enquanto elemento integrante do seu direito de acesso aos tribunais^{170 171}.

¹⁶⁸ Pois este tipo de situações será maioritariamente salvaguardado pelo sistema de acesso ao direito, a que já nos referimos *supra*. Cfr., v.g., a nota 33.

¹⁶⁹ Cfr. Rabeea ASSY, *Injustice in Person – The right to self-representation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 20.

¹⁷⁰ Cfr. Rabeea ASSY, *ob. cit.*, p. 1.

¹⁷¹ Cfr. também o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

i. A possibilidade de autorrepresentação nos sistemas de *Common Law*

Na maior parte dos ordenamentos jurídicos que fazem parte do sistema de *Common Law*¹⁷² existe, sem qualquer tipo de restrições, o direito de as partes se autorrepresentarem no âmbito dos processos judiciais cíveis¹⁷³. Se estas forem maiores de idade e não estiverem declaradas inabilitadas de acordo com os respetivos ordenamentos jurídicos, podem autorrepresentar-se em qualquer tipo de processo, independentemente da respetiva natureza, valor monetário ou grau de complexidade¹⁷⁴.

São três os fatores que parecem ter levado ao (até há relativamente pouco tempo inquestionado) entendimento do direito à autorrepresentação como uma expressão do direito de acesso aos tribunais neste tipo de ordenamentos jurídicos: por um lado, a longa história do direito à autorrepresentação e o papel fulcral do ponto de vista da legitimação do poder punitivo do Estado que este instituto sempre assumiu no âmbito dos processos criminais¹⁷⁵. Por outro, a conceção do direito de acesso aos tribunais e dos direitos

¹⁷² Por estar diretamente relacionada com a questão que iremos passar desde já a analisar, cumpre advertir que aos ordenamentos jurídicos da *Common Law* é normalmente apontada a característica de possuírem um sistema processual de cariz adversarial. Na base da conceção deste tipo de processo está a premissa de que as partes do litígio devem apresentar o seu caso e as respetivas provas perante um juiz neutro (embora nos dias de hoje, já não passivo), cuja tarefa se prende apenas com o estabelecer da veracidade dos factos invocados e, com base na respetiva relevância jurídica, prolatar uma decisão suficientemente fundamentada sobre os mesmos. No ordenamento jurídico britânico, ao abrigo das *Civil Procedure Rules* (cfr. *Rule* 1, 2, 26 e ss.), a supervisão do juiz sobre a atividade das partes começa antes do julgamento e é efetivada mediante os seus poderes de *case management* - que podem consistir em excluir previamente provas irrelevantes, limitar o número de testemunhas ou de peritos, decidir sobre a publicidade do processo ou impor limites nas suas fases de modo a assegurar a proporcionalidade de custos e de adjudicação de meios em face da natureza/relevância da causa -, pese embora o seu principal objetivo continue a ser a preparação de todos os elementos que permitam uma condução regular da instância até ao seu fim, devendo culminar esta com uma decisão justa e imparcial do problema que a tribunal foi submetido. No fundo, pode-se de certa forma dizer que os poderes do juiz no âmbito do (por ora mitigado) *adversarial system* se assemelham aos poderes de gestão dos juízes no âmbito dos sistemas de *Civil Law*, nos quais a imparcialidade do juiz também é uma pedra basilar ao exercício da função jurisdicional do Estado. Cfr. Adrian ZUCKERMAN, est. cit., pp. 359-361. Ou, se preferirmos, e de um outro ângulo, não será descabido afirmar que os países que adotam o sistema da *Civil Law* também acabam por possuir sistemas (mitigadamente, como vimos) adversariais.

¹⁷³ V.g. em Inglaterra, País de Gales (*vide Legal Services Act 2007, Schedule 3, § 1(6) e 2(4)* e o *Legal Services Act 1990*) e nos Estados Unidos da América (cfr. *United States Code, Capítulo 111, § 1654*, que deriva da 35.ª secção do *Judiciary Act of 1789*).

¹⁷⁴ Cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., p. 9.

¹⁷⁵ Desde há séculos que se entende que a ameaça que o procedimento criminal consubstancia para os direitos fundamentais dos cidadãos cria um risco específico de abuso de poder Estadual, sendo a imposição de constituição obrigatória de advogado vista como um elemento potenciador do referido risco. A autorrepresentação acabava por ser assim entendida como um meio de reduzir tanto quanto possível a influência do poder estatal neste tipo de processos, tendo acabado por se estender este direito também aos pleitos cíveis "(...) proclama[ndo-se assim] a simples força da verdade contra a demasiado racionalizada máquina estatal (...)" (a tradução foi nossa) *vide* Eugene CERRUTI, "Self-Representation in the International Arena: Striking a False Right of Spectacle" in *Georgetown Journal of International Law*, 40, Number 3, 2009, p. 921, disponível *online* em http://works.bepress.com/eugene_cerruti/1. Ainda a propósito deste

processuais como direitos subjetivos das partes que as habilitam a atuar pessoalmente perante o tribunal ¹⁷⁶. Em último lugar, uma presunção de que as partes autorrepresentadas não podem suportar os custos que a constituição obrigatória de mandatário lhes acarretaria e que, como tal, a existência desta faculdade é a única maneira de estas poderem exercer o seu direito de acesso aos tribunais ¹⁷⁷.

entendimento, vale a pena ler o (longo mas elucidante) excerto do (talvez mais importante) Ac. do *US Supreme Court* sobre esta temática: o famigerado “*Faretta vs. California*”: “*The Sixth Amendment does not provide merely that a defense shall be made for the accused; it grants to the accused personally the right to make his defense. It is the accused, not counsel, who must be “informed of the nature and cause of the accusation,” who must be “confronted with the witnesses against him,” and who must be accorded “compulsory process for obtaining witnesses in his favor.” Although not stated in the Amendment in so many words, the right to self-representation -- to make one’s own defense personally -- is thus necessarily implied by the structure of the Amendment. The right to defend is given directly to the accused; for it is he who suffers the consequences if the defense fails. (...)The Sixth Amendment, when naturally read, thus implies a right of self-representation. This reading is reinforced by the Amendment’s roots in English legal history. In the long history of British criminal jurisprudence, there was only one tribunal that ever adopted a practice of forcing counsel upon an unwilling defendant in a criminal proceeding. The tribunal was the Star Chamber. That curious institution, which flourished in the late 16th and early 17th centuries, was of mixed executive and Judicial character, and characteristically departed from common law traditions. For those reasons, and because it specialized in trying “political” offenses, the Star Chamber has, for centuries, symbolized disregard of basic individual rights. The Star Chamber not merely allowed, but required, defendants to have counsel. The defendant’s answer to an indictment was not accepted unless it was signed by counsel. When counsel refused to sign the answer, for whatever reason, the defendant considered to have confessed. (...) [t]here is something specially repugnant to justice in using rules of practice in such a manner as to debar a prisoner from defending himself, especially when the professed object of the rules so used is to provide for his defence.” (Vide *Faretta vs. California*, 422, U.S., 806, 1975, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/806/case.html>). Cfr. também, sobre este ponto, falando dos perigos que muitas vezes as atuações dos advogados podem ter no que toca à administração da justiça, a decisão do *Court of Appeal* ao caso *R v Leicester City Justices, ex parte Barrow and another* (1991), parcialmente disponível em <http://swarb.co.uk/regina-v-leicester-city-justices-ex-parte-barrow-ca-1-aug-1991/>.*

¹⁷⁶ Cfr. Nos sistemas anglo-saxónicos tem-se entendido – de forma mais intuitiva do que propriamente rigorosa – que os direitos em causa são de natureza pessoal, e como tal, as partes devem poder exercitá-los na lide de forma imediata, e não por intermédio de um terceiro. Exemplo deste entendimento é o trecho do já supracitado caso *Faretta v. California* que passamos a transcrever: “*The language and spirit of the Sixth Amendment contemplate that counsel, like the other defense tools guaranteed by the Amendment, shall be an aid to a willing defendant -- not an organ of the State interposed between an unwilling defendant and his right to defend himself personally. To thrust counsel upon the accused, against his considered wish, thus violates the logic of the Amendment. In such a case, counsel is not an assistant, but a master, and the right to make a defense is stripped of the personal character upon which the Amendment insists. It is true that, when a defendant chooses to have a lawyer manage and present his case, law and tradition may allocate to the counsel the power to make binding decisions of trial strategy in many areas. (...) This allocation can only be justified, however, by the defendant’s consent, at the outset, to accept counsel as his representative. An unwanted counsel “represents” the defendant only through a tenuous and unacceptable legal fiction. Unless the accused has acquiesced in such representation, the defense presented is not the defense guaranteed him by the Constitution, for, in a very real sense, it is not his defense.*”. Todavia, as próprias *Civil Procedure Rules* acabam por infirmar este entendimento ao conferir direitos e deveres às partes – autor e réu -, distinguindo-as dos seus mandatários (cfr. *Rule 2.3* e Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 17-18)

¹⁷⁷ Que, como acabámos de ver, também é de natureza falaciosa... Não obstante, sobre este ponto, cfr. Russell ENGLER, “*And Justice for All—Including the Unrepresented Poor: Revisiting the Roles of the Judges, Mediators, and Clerks*”, in *Fordham L. Rev.*, 1999, pp. 1987 e ss., disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol67/iss5/14/> e Rabeea ASSY, ob. cit., p. 11.

Todavia, também neste tipo de ordenamentos jurídicos se começa a questionar a efetividade desta opção legislativa, em virtude de, como veremos *infra* mais detalhadamente, se entender que atendendo ao tradicional desconhecimento substantivo e processual das partes autorrepresentadas, a imparcialidade do sistema é posta em causa.

É que caso o juiz assista a parte autorrepresentada no que toca à conformação (em termos objetivamente adequados) do seu pedido, causa de pedir ou defesa, extravasando o papel ativo de “gestor” que lhe apontámos *supra* - independentemente de se entender esta atividade de gestão como uma gestão formal ou material - ¹⁷⁸, a sua imparcialidade é, como veremos, posta em causa e, conseqüentemente, a finalidade última do processo civil: a obtenção de uma justa composição do litígio ¹⁷⁹.

Ao invés, se o juiz não assumir este papel e mantiver a sua distância quando notoriamente uma parte autorrepresentada careça de assistência técnica no âmbito do processo, acaba por ser o próprio sistema que, pela sua natureza complexa e conseqüentemente inacessível a pessoas sem conhecimentos jurídicos, acaba por “favorecer” as partes que estão representadas em detrimento daquelas que não estão acompanhadas de advogado.

¹⁷⁸ Entendendo nós que - sem olvidar dos méritos da proposta de uma direção material do processo por parte do juiz (cfr. sobre este tipo de gestão e a sua tradicional conotação histórica, Juan MONTERO AROCA, ob. cit., pp. 66-78) – esta atividade deve ser de índole essencialmente formal (cfr., neste sentido, v.g. José Lebre de FREITAS, *Introdução ao...*, p. 228). Não será talvez descabido, de certo modo (embora com as devidas diferenças (que podem ser vislumbradas em Adrian ZUCKERMAN, est. cit., pp. 359-361)), reafirmar que o papel ativo do juiz, nos termos em que o entendemos, acaba por ser comum ao sistema de *Civil Law* e de *Common Law*, de modo que estamos, como será visível ao leitor, a generalizar as considerações para os dois tipos de sistemas. De qualquer forma, mesmo aqueles que entre nós são defensores de uma intervenção ativa do juiz – de uma autêntica direção material - no âmbito processual, influenciados pelo teor da redação do § 139 da *Zivilprozessordnung*, parecem admitir que esta intervenção pode ser feita ao abrigo do princípio da cooperação (cfr. art. 7.º n.º 2), o que significará, pensamos nós, que o juiz deve cooperar para a descoberta da verdade material salvaguardando sobretudo o interesse público na administração da justiça, e não procurar a descoberta da verdade ou auxiliar a parte autorrepresentada no interesse desta última (cfr. Luís Miguel MESQUITA, “A flexibilização...”, p. 146, nota 48). Ora, no que a este ponto concerne, concordamos com a possibilidade de o juiz convidar as partes a corrigir imprecisões nas suas alegações, nos seus pedidos ou nos seus requerimentos probatórios. Todavia, cremos que o facto de o tribunal poder ele mesmo sugerir as alterações a serem feitas (pese embora pudesse ter evidentes benefícios do ponto de vista da utilidade do processo para a parte auxiliada e também no que atine à economia e celeridade processual) traria incomensuráveis riscos à preservação da imparcialidade do juiz, fragilizando-se ou descredibilizando-se a justiça (como bem adverte o Prof. Luís Miguel Mesquita em “A flexibilização...”, p. 146).

¹⁷⁹ A finalidade do processo não se compadece com uma qualquer composição do litígio: esta tem que ser justa. Ora, caso essa composição seja feita por um terceiro cuja imparcialidade foi comprometida, a decisão prolatada estará irremediavelmente comprometida aos olhos do direito e da justiça. Cfr. João de Castro MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica da F.D.L., 1986, p. 97.

Independentemente do que acabámos de adiantar, são inúmeras as vantagens que se costumam apontar ¹⁸⁰, de um ponto de vista da efetividade da administração da justiça ¹⁸¹, à possibilidade de as partes se autorrepresentarem nos tribunais, de modo que vamos passar a expor as mesmas para que, num momento ulterior, possamos averiguar se essas vantagens são efetivamente reais em face dos argumentos que contra elas são levantados.

ii. Autorrepresentação das partes: os (alegados) benefícios de uma opção desconsiderada

Até aos dias de hoje, tal como já referimos a título introdutório do presente estudo, foi praticamente nulo o tratamento do problema da autorrepresentação das partes por parte da doutrina no âmbito dos sistemas de *Civil Law*.

Aliás, esta questão conseguiu mesmo passar ao lado dos julgamentos de Nuremberga em virtude dos criminosos nazis não terem exigido representar-se a eles próprios perante o referido tribunal, tendo, ainda assim, o referido direito ficado consagrado – novamente sem qualquer tipo de discussão ou reflexão sobre a sua eventual importância – v.g. na al. d) do n.º 3 do art. 14.º do P.I.D.C.P., na al. c) do n.º 3 do art. 6.º da C.E.D.H. e (aqui muito influenciado pela controvérsia subjacente à sua constituição) na al. d) do n.º 4 do art. 21.º do Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991 ^{182 183}.

¹⁸⁰ Naturalmente no âmbito da doutrina vigente nos sistemas de *Common Law*.

¹⁸¹ Cfr., v.g., o trecho da decisão do *Court of Appeal* no caso *Clarkson vs. Gilbert* (2000) (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/3018.html>), em que este supremo tribunal diz que “*It is an important well-established principle of the administration of justice in this jurisdiction (unlike some others) that the ordinary member of the public has the right to come to court to conduct litigation themselves.*”.

¹⁸² À semelhança do que aconteceu em algumas convenções internacionais e regionais já referidas, foi conferido aos arguidos do referido tribunal, sob o manto jurisprudencial do *fair trial*, o direito de estes se autorrepresentarem durante o processo e em sede de recurso, tendo apenas sido o referido direito restringido nos casos em que se verificaram determinadas circunstâncias excecionais (como, por exemplo, a utilização de litigância temerária (como o fez Slobodan Milošević) por forma a obstruir o normal andamento das diligências). Todavia, nesta sede, o direito à autorrepresentação acabou por “nascer” sob condições muito mais controversas do que aquelas que influenciaram o *U.S. Supreme Court* no caso *Faretta vs. California* (cfr. *supra* notas 175 e 176); por um lado, os crimes que o Tribunal Internacional julgou eram de extrema gravidade (crimes de guerra e contra a humanidade). Por outro, as condições em que se formou fizeram com que a sua legitimidade fosse bastante questionada, em virtude de não se conseguir afastar do fantasma da “justiça dos vencedores” que pairava desde os julgamentos de Nuremberga e Tóquio. Assim, ao mesmo tempo que o direito à autorrepresentação consubstanciou um importantíssimo expediente de legitimação da intervenção do referido tribunal, também permitiu aos criminosos de guerra defenderem-se sob protesto perante um tribunal cuja autoridade e legitimidade sempre contestaram. Exemplo do que acabámos de expender foi o julgamento de Slobodan Milošević (cfr. *Prosecutor vs. Milošević* Case No IT-02-54

Não será portanto desacertado afirmar que, a nível europeu (e mais concretamente no âmbito dos sistemas de *Civil Law*), só depois dos julgamentos do referido Tribunal Internacional é que o referido direito ganhou alguma relevância no plano jurídico, uma vez que até então era meramente problematizado relativamente a questões atinentes à insuficiência económica das partes para se fazerem representar nos tribunais por um advogado.

Tradicionalmente entendida como um direito limitado a ser exercido pelos cidadãos em moldes que não se pusesse em causa a administração da justiça, a autorrepresentação das partes parece assim não ter gozado de uma história tão rica no plano dos ordenamentos de *Civil Law* como a que vimos que teve no sistema da *Common Law*.

Todavia, e independentemente da desconsideração doutrinal que entre nós sempre teve, existem argumentos que podem abonar à possibilidade de as partes se autorrepresentarem no âmbito dos processos declarativos cíveis também no nosso sistema.

Em primeiro lugar, a redação do n.º 3 do art. 6.º da C.E.D.H. diz-nos, na sua al. c), que o acusado tem o direito de “[d]efender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem”. Ora, se aparentemente para o processo penal – e considerada a respetiva dimensão garantística da posição de arguido – este instrumento internacional que, como já vimos, também vigora no nosso ordenamento jurídico por força do art. 16.º da C.R.P., parece garantir o direito de o arguido se defender a si próprio ¹⁸⁴, porque não admitir esta

(4.4.2003), disponível em http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp41-e/milosevic2.htm). Para mais desenvolvimentos, cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 63 e ss..

¹⁸³ Cfr. Eugene CERRUTI, est. cit., p. 965.

¹⁸⁴ Não sendo, todavia, o referido direito absoluto. O Comité dos Direitos do Homem, no comentário geral ao art. 14.º do P.I.D.C.P. (n.º32), no § 37, pronunciou-se no seguinte sentido: “*At the same time, the wording of the Covenant is clear in all official languages, in that it provides for a defence to be conducted in person “or” with legal assistance of one’s own choosing, thus providing the possibility for the accused to reject being assisted by any counsel. This right to defend oneself without a lawyer is, however not absolute. The interests of justice may, in the case of a specific trial, require the assignment of a lawyer against the wishes of the accused, particularly in cases of persons substantially and persistently obstructing the proper conduct of trial, or facing a grave charge but being unable to act in their own interests, or where this is necessary to protect vulnerable witnesses from further distress or intimidation if they were to be questioned by the accused. However, any restriction of the wish of accused persons to defend themselves must have an objective and sufficiently serious purpose and not go beyond what is necessary to uphold the interests of justice. Therefore, domestic law should avoid any absolute bar against the right to defend oneself in criminal proceedings without the assistance of counsel.*” (disponível em http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.32_En.pdf).

faculdade em termos irrestritos no âmbito do processo civil, em que se discutem essencialmente direitos na disponibilidade dos seus titulares?

Não é também, cremos nós, despiciendo sobre este ponto ressaltar que o Comité dos Direitos do Homem, no caso *Hill vs. Spain*¹⁸⁵, afirmou que o facto de não ter sido respeitado o direito de os irmãos Hill se defenderem a si próprios no âmbito do procedimento criminal que contra si corria no ordenamento jurídico espanhol violou o disposto na al. d) do n.º 3 do art. 14.º do P.I.D.C.P.^{186 187}.

Na senda da doutrina do caso *Faretta vs. California*, também se pode afirmar que conceder aos titulares dos interesses em jogo a possibilidade de escolherem a maneira como conduzem o processo seria não mais do que uma forma de respeitar a sua autonomia privada¹⁸⁸. Impor a representação legal das partes pode, muitas vezes, levar a que estas, contra a sua vontade, tenham que constituir mandatário para aceder aos tribunais, circunstância esta que pode colocar obstáculos e entraves à cooperação exigível entre a parte e o advogado, dificultando-se assim a administração da justiça e, conseqüentemente, a justa composição do litígio almejada pelo processo civil¹⁸⁹.

Outro argumento - e este de carácter mais ponderoso - a favor da autorrepresentação das partes é o facto de existirem determinados casos em que, pelo seu diminuto valor, exigir a constituição obrigatória de advogado e o conseqüente pagamento dos respetivos honorários, significa retirar às partes qualquer benefício prático ao exercício do seu direito de ação (ou de defesa).

Excluindo da nossa análise os casos em que as partes estejam em condições objetivas de beneficiar de apoio judiciário, é natural que em face do baixo valor

¹⁸⁵ *Michael and Brian Hill vs. Spain*, Communication Number 526/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993, disponível em <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS526.htm>.

¹⁸⁶ "(...) *The Committee recalls that Michael Hill insists that he wanted to defend himself, through an interpreter, and that court denied this request. The State party has answered that the records of the hearing do not show such a request, and that Spain recognized the rights of auto defence" pursuant to the Covenant and the European Convention of Human Rights, but that such defence should take place by competent counsel, which is paid by the State when necessary*", thereby conceding that its legislation does not allow an accused person to defend himself in person, as provided for under the Covenant. The Committee accordingly concludes that Michael Hill's right to defend himself was not respected, contrary to article 14, paragraph 3(d), of the Covenant."

¹⁸⁷ Pese embora, segundo cremos, não levando devidamente em conta a importância da constituição obrigatória de advogado no que toca à proteção dos interesses das partes no processo e, conseqüentemente, da dimensão concretizadora do (visado) "fair trial" que esta exigência consubstancia. A título de exemplo, de uma decisão (na nossa ótica) mais ponderada, cfr., v.g., o caso *X. vs. Austria n.º 7138/75*, Commission decision of 5 July 1977, DR 9, p. 50, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

¹⁸⁸ Não nos esqueçamos que a autorrepresentação é, para os sistemas anglo-saxónicos, uma forma de exercício do direito fundamental de acesso aos tribunais.

¹⁸⁹ Cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 192-194.

patrimonial de determinadas causas haja alguma relutância em contratar um advogado para que este assista e represente a parte na lide. Isto muito por força da tradicional ideia de que os honorários a serem cobrados pelo referido profissional seriam desproporcionais ao (apenas) eventual benefício a obter a final do processo. O resultado, neste tipo de situações, será o não exercício de um direito fundamental por força da ponderação do binómio “vantagens/custos” que ele poderia trazer às partes.

E, na verdade, também se tem afirmado que o facto de o patrocínio judiciário ser obrigatório não implica necessariamente que as partes fiquem numa posição de igualdade – do ponto de vista assistencial - na lide. É que a circunstância de nem todos os profissionais forenses serem igualmente capacitados é uma realidade inegável da qual não nos podemos alhear, de modo que o poderio económico das partes, quer se queira quer não, acaba por ser um fator determinante na qualificação técnica dos seus mandatários e, consequentemente, na efetivação de uma adequada assistência técnica na lide, que é, como vimos, o principal escopo do instituto do patrocínio judiciário.

Nesta senda, de modo a conseguir a referida situação de igualdade na lide (no sentido de as partes estarem convenientemente assistidas no âmbito do processo de modo a possam exercer de forma efetiva seu direito de ação ou de defesa), aponta-se um papel crucial – já evidenciado *supra* – a ser desempenhado pela figura do julgador: papel este que poderia tornar autorrepresentação das partes numa opção viável em sede processual.

Se admitirmos que o juiz pode assumir um papel assistencial das partes autorrepresentadas (essencialmente ao abrigo dos arts. 6.º, 7.º e 40.º n.º3) - chamando a atenção destas para a incompletude ou imprecisão das suas alegações, dos seus pedidos ou requerimentos probatórios, formulando as respetivas propostas de correção para que possam estar em condições objetivas de obter ganho de causa ¹⁹⁰ - “tornando-lhes o processo útil”, podemos ser levados a concluir que as razões da obrigatoriedade de constituição de mandatário (já elencadas *supra*) se esfumam de justificação.

E ainda neste ensejo, também será justo salientar que o juiz já desempenha o referido papel nos processos de jurisdição voluntária e (embora em termos todavia mais mitigados) em face de alguns tipos de situações em sede de ação declarativa comum quando as partes estão assistidas por advogados ¹⁹¹, de modo que nada parece obstar a que

¹⁹⁰ Cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 103 e ss..

¹⁹¹ *Vide*, v.g., o art. 591.º n.º1 al. c).

o faça “a favor” de ambas ou de alguma das partes quando esta(s) não se encontre(m) representada(s) por advogado ¹⁹² ¹⁹³.

Outra circunstância que costuma ser apontada como argumento por aqueles que defendem a possibilidade de autorrepresentação das partes é o facto de estas terem um conhecimento imediato dos factos que estiveram na base do litígio levado a tribunal, eliminando-se assim o papel intermediário do advogado e obtendo-se uma versão muito mais fiel e espontânea dos acontecimentos, o que contribuirá para uma decisão materialmente mais justa. As partes, ao estarem sozinhas na lide e a saberem que em muito dependem da atividade que aí levarem acabo, acabam por assumir um papel muito mais diligente no processo, colaborando e contribuindo para uma decisão fidedigna sob a factualidade constitutiva do litígio ¹⁹⁴.

Ademais, as decisões proferidas pelos tribunais em causas conduzidas pelas próprias partes teriam à partida uma maior aceitação por parte dos respetivos destinatários, uma vez que foram estes que, com a assistência do juiz, estiveram à frente da tutela da dos seus direitos ¹⁹⁵.

Por último, refere-se também que a participação dos advogados poderá consubstanciar um obstáculo à economia e celeridade processual, em virtude de ser comum a utilização, por parte destes, de expedientes dilatórios com a única e exclusiva finalidade de protelar o andamento da tramitação processual e obstar a uma apreciação do mérito da causa ¹⁹⁶.

Vistos os potenciais efeitos benéficos que a autorrepresentação das partes pode ter do ponto de vista da administração da justiça, cumpre aferir se estas vantagens ultrapassam

¹⁹² Na verdade, no caso de o juiz verificar que existem falhas ou imprecisões nas alegações, pedidos ou requerimentos probatórios de determinada parte e não faça nada para que esta as supra, a sua imparcialidade também pode ser questionada por, indiretamente, estar a favorecer a contraparte.

¹⁹³ Sobre este ponto, cfr. de novo Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 95 e ss..

¹⁹⁴ Cfr., embora com um enquadramento diferente, Rabeea ASSY, ob. cit., p. 99.

¹⁹⁵ A influência da “sensação de controlo” (fator psicológico) na conduta processual e na aceitação das decisões judiciais pelas partes tem sido profundamente explorada pela doutrina norte-americana. Cfr., v.g., Jerry MASHAW, “*Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*”, in *Boston University Law Review*, 61, 1981, p. 903, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2149&context=fss_papers e John THIBAUT/Laurens WALKER, ‘*A Theory of Procedure*’ in *California Law Review*, 66, 1978, p. 546, disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2369&context=californialawreview>. Sobre esta temática, cfr. também Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 139 e ss..

¹⁹⁶ Cfr., v.g., Adolfo ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valência, Tirant lo Blanch, 2005, p. 219.

os efeitos adversos de uma eventual opção legislativa neste sentido. E é exatamente esta tarefa que nos propomos levar a cabo no capítulo seguinte da presente dissertação.

VI - Os perigos da autorrepresentação das partes: não há justiça sem advogados!

Percorremos um longo percurso até este ponto.

Analisámos o instituto do patrocínio judiciário de forma relativamente detalhada, vimos que os seus fundamentos se mostram um tanto ou quanto desfasados em face da realidade jurídica atual e verificámos que as soluções no que toca à obrigatoriedade de representação por advogado em sede processual declarativa variam de acordo com os ordenamentos jurídicos em que nos centremos.

Por tal ordem, acabámos de elencar um conjunto de vantagens apontadas pela doutrina nos sistemas de *Common Law* à possibilidade irrestrita de as partes se autorrepresentarem em sede processual civil, uma vez que nestes ordenamentos jurídicos é esta a solução vigente pelos motivos já elencados *supra*.

Todavia, como também já referimos, a possibilidade de as partes se autorrepresentarem nestes sistemas tem vindo a ser fortemente criticada pela doutrina e jurisprudência internacional ¹⁹⁷.

E, se bem cremos, com razão, por força do conjunto de motivos que iremos passar desde já a aduzir.

¹⁹⁷ O Professor Rabeea Assy faz uma crítica cerrada à autorrepresentação das partes no âmbito processual civil ao longo da obra de sua autoria que temos vindo a citar na presente dissertação. Cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 1 e ss.. Todavia, este problema não tem passado ao lado dos tribunais, como podemos, v.g., vislumbrar no expressivo trecho de uma decisão da *Court of Appeal* no caso *Wright vs. Michael Wright Supplies Ltd* (2013) (disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/234.html>) que passamos desde já a transcrever: “(...) *What I find so depressing is that the case highlights the difficulties increasingly encountered by the judiciary at all levels when dealing with litigants in person. Two problems in particular are revealed. The first is how to bring order to the chaos which litigants in person invariably – and wholly understandably – manage to create in putting forward their claims and defences. Judges should not have to micro-manage cases, coaxing and cajoling the parties to focus on the issues that need to be resolved. Judge Thornton did a brilliant job in that regard yet, as this case shows, that can be disproportionately time-consuming. It may be saving the Legal Services Commission which no longer offers legal aid for this kind of litigation but saving expenditure in one public department in this instance simply increases it in the courts. The expense of three judges of the Court of Appeal dealing with this kind of appeal is enormous. The consequences by way of delay of other appeals which need to be heard are unquantifiable. The appeal would certainly never have occurred if the litigants had been represented. With more and more self-represented litigants, this problem is not going to go away. We may have to accept that we live in austere times, but as I come to the end of eighteen years service in this court, I shall not refrain from expressing my conviction that justice will be ill served indeed by this emasculation of legal aid.*”.

a) A premissa base: o patrocínio judiciário enquanto elemento concretizador do direito a uma tutela jurisdicional efetiva

Como já vimos *supra* ¹⁹⁸, mais do que um expediente adstrito à administração da justiça (art. 208.º da C.R.P.), o patrocínio judiciário acaba por ser também um elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais, em virtude de às partes faltarem normalmente conhecimentos técnico-jurídicos que lhes permitam acautelar as suas concretas posições subjetivas no âmbito da lide.

Ora, o processo deve estar dotado de meios e expedientes que permitam às partes obterem uma decisão justa: é esta a essência do princípio do processo equitativo.

Ao estarem sozinhas na lide, as partes autorrepresentadas partem, por força do seu desconhecimento técnico-jurídico, de uma situação subjetiva de desvantagem em face da contraparte da respetiva ação, o que leva a que muitas das dimensões do processo equitativo, do ponto de vista material ¹⁹⁹, não tenham verificação efetiva na lide (pensemos, *v.g.*, na igualdade de armas ou no efetivo exercício do contraditório ²⁰⁰).

O nosso sistema, por força dos fatores que vimos referindo – nomeadamente pela sua extrema complexidade substantiva e processual -, não parece estar preparado para receber as partes autorrepresentadas.

Mas será que há maneira de efetivar o direito de acesso aos tribunais de cidadãos que se escolham autorrepresentar sem comprometer os princípios fundamentais que vigoram no nosso sistema processual e constitucional?

É que tal como já o enunciamos ²⁰¹, o problema, no que a este ponto concerne, põe-se da seguinte maneira: caso o juiz assista a parte autorrepresentada, extravasando o papel

¹⁹⁸ Cfr. a al. a) do capítulo III da presente dissertação.

¹⁹⁹ O princípio da equidade (ou do processo equitativo) não se pode quedar por uma dimensão meramente formal. O acesso aos tribunais deve ser assegurado a todos os cidadãos em termos equitativos, de modo a que o processo conduza a resultados justos em termos individuais e coletivos (neste sentido, *cfr.*, *v.g.*, Irineu Cabral BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 210 e Rita Lobo XAVIER/Inês FOLHADELA/Gonçalo Andrade e CASTRO, *ob. cit.*, pp. 126-127). Daí que, para que haja uma real concretização do referido princípio, por tudo que já viemos expendendo, seja de extrema importância a assistência das partes por advogado.

²⁰⁰ E não nos esqueçamos que absoluta igualdade das partes no que diz respeito às faculdades processuais que possam utilizar para tutela dos seus direitos constitui a essência do princípio do contraditório, sem o qual queda a noção de processo no seu sentido moderno. Ora, o problema é que o que a realidade nos demonstra acaba por ser a circunstância de as partes autorrepresentadas, desconhecendo totalmente os meandros do processo e os conteúdos de direito substantivo concretamente relevantes, não conseguirem tutelar os seus direitos de forma efetiva no espaço de liberdade e discussão democrática que é o processo! *Cfr.* Elio FAZZALARI, *ob. cit.*, p. 303, nota 8.

²⁰¹ *Cfr. supra* p. 56.

ativo de “gestor” que processualmente lhe cabe, a sua imparcialidade fica em cheque e, conseqüentemente, sai prejudicada a finalidade última do processo civil: a obtenção de uma justa composição do litígio.

Ao invés, se o juiz não assumir este papel e mantiver a sua distância quando notoriamente uma parte autorrepresentada careça de assistência técnica, acaba por ser o próprio sistema que, pela sua natureza complexa e (conseqüentemente) inacessível a pessoas sem conhecimentos jurídicos, acaba por “favorecer” as partes que estão representadas em detrimento daquelas que não estão acompanhadas de advogado.

Todavia, porque o que acabámos de expender carece de alguma concretização, passaremos desde já a dedicar algumas palavras aos problemas que se podem gerar no que toca à atuação do juiz em processos onde haja partes autorrepresentadas.

b) Os perigos do papel assistencial do juiz às partes autorrepresentadas

Antes de mais, cumpre começar por salientar que o processo declarativo comum, apesar de todas as reformas de que foi alvo ao longo dos últimos anos e dos poderes que no âmbito das mesmas foram dados ao julgador no sentido de se tornar o processo mais “acessível às partes” - promovendo uma participação ativa destas na composição do litígio - continua a estar especialmente desenhado para correr pelas mãos de profissionais devidamente especializados na área.

Por tal ordem, há que constatar com naturalidade a seguinte realidade prática: estando as partes sozinhas na lide, sem qualquer tipo de assistência, falha a concretização de um dos principais vetores das funções de um Estado de direito democrático - o direito a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos, e, conseqüentemente, a própria administração da justiça.

Ora, para ultrapassar esta dificuldade, poderíamos ser tentados, como defendem alguns autores nos sistemas anglo-saxónicos, a apontar ao juiz um autêntico papel assistencial das partes autorrepresentadas, exercido ao abrigo dos seus poderes de *case management*²⁰², por forma a obviar ao resultado mais comum da intervenção das partes autorrepresentadas nos processos: a desadequação e insuficiência dos meios e argumentos utilizados para acautelamento das suas concretas posições subjetivas na lide.

²⁰² Cfr., sobre este ponto, v.g. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 100 e ss..

Como vimos, agilizar ou simplificar o processo significa adequar uma determinada tramitação aos passos estritamente necessários à obtenção da justa composição do litígio.

No n.º 3 do art. 40.º está expressamente consagrada a adaptação da tramitação processual no que toca à atividade de inquirição de testemunhas quando há partes autorrepresentadas, passando esta tarefa a estar a cargo do juiz.

Todavia, o mesmo preceito ainda estatui que “(...) [cabe] ainda a este [ao julgador] adequar a tramitação processual às especificidades da situação.”²⁰³.

Ora, se encararmos as “especificidades da situação” a que se refere o preceito excogitado como sendo a impreparação técnica e o pouco distanciamento emocional ao objeto do pleito por parte dos litigantes autorrepresentados e nos “desamarrarmos” da vertente instrumental (do princípio da gestão processual) que, se bem vemos, marca o referido trecho, será ainda possível ao julgador fazer com que haja uma justa composição do litígio, obviando aos problemas que vimos que estas situações comportam, sem colocar sobre si um ónus demasiado pesado?

Em primeiro lugar, e para respondermos à referida pergunta, não nos podemos esquecer que os juízes têm como principal função resolver os litígios que lhes são apresentados de forma imparcial, justa e num razoável período de tempo em face da complexidade da matéria que se discute na causa. Só através de decisões munidas destas características (e portanto aceitáveis aos “olhos da justiça”) é que se consegue reafirmar o sentimento comunitário de justiça – e, do ponto de vista singular, “acalmar” as paixões das partes envolvidas na lide -, mantendo-se assim a paz social.

Se, ao invés, se sobrecarregar a já onerosa atividade do julgador com a tarefa de ainda auxiliar as partes na construção das suas alegações, dos seus pedidos ou dos seus

²⁰³ Neste sentido, entendendo que o n.º 3 do art. 40.º concretiza uma expressão do genérico poder de adequação formal do juiz em sede processual, na sua vertente de adaptação da tramitação legal, designadamente no que toca à atividade inquirição de testemunhas, que passa a estar a cargo do julgador, cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, “Apontamento sobre...”, p. 13. Todavia, a redação da norma, pelos seus dois segmentos (“(...) cabendo ainda a este (...)), não parece indiciar que o poder(-dever) de adequação formal aí estatuído se quede meramente pela inquirição de testemunhas. Na verdade, o último trecho do preceito acaba por “alertar” o julgador para a especial necessidade de, nestas situações, lançar mão dos poderes(-deveres) de gestão que lhe advinham já do mais genérico art. 6.º. Em que medida o julgador pode levar a cabo este seu geral dever de gestão – que, como será notório ao leitor, analisaremos mediante um entendimento que extravasa a vertente instrumental que parece ter sido visada pela norma em apreço, entrando já mais na sua dimensão substancial - acaba por ser, no fundo, a questão que se nos coloca e sobre a qual neste ponto discorreremos.

requerimentos probatórios, uma atividade que primordialmente se quer “sentenciadora” corre o risco de se perder nos escolhos da sua instrumental atividade “processadora”^{204 205}.

Mais o maior problema da referida atividade assistencial é que esta corre o risco de comprometer de forma séria a imparcialidade do tribunal.

Segundo inúmeros estudos psicológicos efetuados, comprovou-se que um juiz que formule requerimentos probatórios por forma a tentar provar determinada factualidade que “montou” a favor da parte assistida, muito dificilmente conseguirá manter o distanciamento desejável à causa discutida na lide.

O que começará como um diagnóstico liminar destinado a direcionar a inquirição das testemunhas, rápida e silenciosamente se tornará numa conclusão fixa, confirmada por todos e quaisquer sinais que da prova produzida vão no sentido do caso elaborado pelo julgador. Pelo contrário, todos os sinais que infirmem o referido caso, são inconscientemente desvalorizados para efeitos da formação da convicção do julgador.

Ora, este efeito psicológico, denominado pela doutrina anglo-saxónica de “*confirmation bias*”²⁰⁶, desafia as melhores e mais honestas intenções do julgador na sua atividade de investigação dos factos, comprometendo de forma irremediável a sua imparcialidade e, conseqüentemente, a equidade do processo^{207 208}.

²⁰⁴ Neste sentido, Adolfo ALVARADO VELLOSO, ob. cit., p. 210. Não estamos, de todo, a minimizar o papel e a relevância que esta atividade tem no âmbito do processo, uma vez que o pressuposto base de uma decisão materialmente justa é a existência prévia de um “processo leal” (cfr. Gérard COUCHEZ/ Xavier LAGARDE, *Procédure civile*, 17.^a Edição, Paris, Sirey, 2014, p. 257). Mas, tal como já salientámos na nota 178, existe uma linha que cremos que não deve ser cruzada: o juiz pode (e deve mesmo) mandar as partes aperfeiçoarem os seus articulados, nos seus mais variados componentes, de modo a ser assegurada a efetividade e utilidade do processo; o que cremos que ele não poderá - sob pena de a sua atividade poder ser vista como parcial aos olhos da contraparte e a sua formação da convicção probatória ser comprometida nos termos expostos *infra* – é sugerir as próprias alterações a efetuar, sob pena de subverter a lógica e os objetivos do princípio do dispositivo, tal qual ele está consagrado na nossa lei. Sobre este ponto, cfr. Adrian ZUCKERMAN, est. cit., pp. 364-369.

²⁰⁵ Além do mais, esta atividade assistencial do juiz traria também graves prejuízos patrimoniais individuais e coletivos. Como sabemos, a nossa justiça, na maior parte das comarcas do país, é lenta por força da insuficiência de meios humanos em face dos processos que incessantemente entram nas secretarias dos tribunais. Ora, o tempo que o juiz perde a “assistir” uma parte autorrepresentada é tempo que outro processo, com partes devidamente representadas por advogados e eventualmente apto a rapidamente chegar “a bom porto” – *i.e.*, a uma decisão sobre o mérito da causa que ponha termo definitivo ao litígio -, está parado, em prejuízo das referidas partes em espera e, em último grado, da própria economia nacional do Estado. É que o princípio da celeridade processual além de favorecer o processo equitativo, tutelando os interesses individuais das partes envolvidas, apresenta também uma enorme relevância pública, potenciando o normal desenrolar do trafego jurídico-económico.

²⁰⁶ Cfr. Raymond S. NICKERSON, “*Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*” in *Review of General Psychology*, 2, Vol. II, 1998, pp. 175-220 (disponível em <http://psy2.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf>) e Rabeea ASSY, ob. cit., p. 97.

²⁰⁷ Atentemos, sem termos a tentação de a traduzir, no lapidar trecho da lição do Professor Adrian Zuckerman sobre esta questão: “*Confirmation bias is unintentional and unconscious. It takes the form of automatically*

Outro problema gerado por esta potencial função do juiz seria o facto de estarmos a abrir portas para a responsabilização destes profissionais no caso de não ajudarem devidamente as partes autorrepresentadas na conformação dos seus casos.

E, no seguimento do que expusemos *supra*, é certo que o facto de as partes estarem representadas por advogados não significa que, em determinada lide, todos os mandatários sejam igualmente capacitados ²⁰⁹: mas é para este tipo de situações – em que haja uma atuação negligente por parte dos advogados e que desta resulte um prejuízo para as partes que estes representam - que se tem desenvolvido o instituto da responsabilidade profissional do advogado, a que já fizemos referência ²¹⁰.

Creemos, pelos argumentos que já aduzimos, ter já deixado claro que não nos parece que a solução de todos os problemas gerados pelas partes autorrepresentadas passe por um papel assistencial a estas por parte do julgador. É que independentemente da conceção da atividade do juiz que se adotar, e abstraindo-nos dos respetivos méritos e deméritos – que existem em ambas as propostas -, o julgador não pode em momento algum “despir a beca e abraçar a toga” no âmbito do processo.

Aliás, mesmo os autores que defendem uma gestão processual de índole material, no âmbito da qual o juiz pode chegar a influenciar o “coração do processo” ²¹¹ - em nome de uma composição do litígio “justa” - afirmam que a preservação da sua imparcialidade é também pressuposto da justiça da decisão, de modo que a sua participação no processo – em termos materiais, claro - deve ser envolta de muitas cautelas.

Assim, e pese embora nunca se refiram expressamente a esta questão, somos inclinados a pensar que esta atividade assistencial (nos moldes em que a formulámos)

adopting a biased strategy rather than of deliberate deception. Confirmation bias affects researchers and decision makers who honestly and conscientiously seek to reach a correct conclusion by employing the most appropriate and reliable method available to them. Notwithstanding best intentions, bias tends to creep in and infect the investigative process in a variety of ways. Where the investigator defines the question to be examined, the very framing of the issue may point the search in a particular direction, leaving out other possible lines of investigation. Investigations may consist of numerous decisions about what to look for, where to look, and how to interpret what has been found. An inclination, albeit unintended, towards a particular position may, therefore, affect the investigation process at many different points and in a variety of ways.” in est. cit., p. 362.

²⁰⁸ Relativamente a este papel que é propugnado ao juiz por forma a obviar as dificuldades criadas pelas partes autorrepresentadas, podem ser também levantadas duas críticas: por um lado, se o juiz assiste uma das partes e a final decide a seu favor, é natural que a sua imparcialidade seja posta em causa pela parte vencida. Por outro, se o juiz consegue – numa tarefa estoica – manter a sua imparcialidade, e independentemente de ter assistido a parte autorrepresentada na conformação do seu caso, decide a final contra ela, gera-se também um problema óbvio: a parte assistida vê o julgador decidir contra o caso que o próprio ajudou a conformar!

²⁰⁹ Sendo que o mesmo argumento se pode, naturalmente, levantar a propósito dos julgadores...

²¹⁰ Cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 98-99 e *supra* o subponto iv. do ponto c) do Capítulo III.

²¹¹ Cfr. *supra* as notas 166 e 178.

extravasa os poderes que esta secção da nossa doutrina entende deverem estar a cargo do juiz no âmbito do processo civil declarativo.

Por conseguinte, pensamos poder afirmar, sem qualquer tipo de dúvidas, que os problemas gerados pelas partes autorrepresentadas no seio do processo civil dificilmente serão resolvidos através de uma atividade assistencial desempenhada pelo julgador ²¹².

c) Algumas vantagens da representação das partes por advogados

Não vamos, por razões óbvias, repetir muitos dos argumentos que já fomos adiantando ao longo da presente dissertação e que abonam em favor da representação das partes por advogados. Por tal ordem, iremos apenas centrar-nos nos aspetos que ainda não tenhamos referido de forma suficientemente explícita.

Em primeiro lugar, como parece resultar de tudo aquilo que até agora expendemos, e já o tendo nós afirmado, o nosso sistema judicial, pese embora admita esta possibilidade, não está objetivamente preparado para receber as partes autorrepresentadas.

É que os cidadãos, por forma a exercerem de forma cabal o seu direito de acesso aos tribunais, precisam de estar representados e assistidos por profissionais munidos das devidas habilitações técnicas e conhecimentos deontológicos cuja parcialidade não seja um obstáculo ²¹³ a uma justa composição do litígio: os advogados.

Como também já referimos, a parcialidade inerente às funções dos advogados no âmbito do pleito, acaba por ser mitigada pela obrigação de respeito aos deveres deontológicos a que estes profissionais estão adstritos (cfr., v.g., os arts. 84.º, 85.º e 90.º do E.O.A.) ²¹⁴, de modo que mais do que que protetores dos interesses das partes, os advogados

²¹² *“Today’s judiciary is as aware as ever of the risks of becoming involved in the articulation of party cases. English judges are reluctant to take over the presentation of a party’s case even where the law seems to require it. They are especially disinclined to engage in cross-examination of witnesses in strongly contested disputes.”* in Adrian ZUCKERMAN, est. cit., p. 364.

²¹³ Pelo contrário, a referida parcialidade dos advogados pode mesmo contribuir para que, através de um afincado e pertinente esgrimir de argumentos entre as partes na lide, efetivando-se o contraditório, a referida justiça da decisão saia reforçada. Cfr. Francesco CARNELUTTI, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, Tomo I, 3.ª Edição, Roma, Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1942, pp. 107-108.

²¹⁴ O que pode ser importantíssimo do ponto de vista da apresentação ao tribunal da matéria de facto concretamente relevante para a tutela da posição subjetiva da parte representada no pleito. Serão muitas vezes evitadas alegações toldadas pelas paixões dos sujeitos diretamente envolvidos no litígio e, conseqüentemente, sairá beneficiado o objetivo último do processo: a justa composição do litígio.

assumem em sede processual a veste de um autêntico órgão essencial à administração da justiça (cfr. art. 208.º da C.R.P.)²¹⁵.

Já o afirmámos também inúmeras vezes: o nosso sistema é complexo e as partes autorrepresentadas não estão aptas a conseguir tirar o máximo proveito dos expedientes que legalmente têm a sua disposição para tutelar os seus interesses. Tal realidade acaba por implicar que caso as partes processuais estejam sozinhas na lide, ao contrário do que muitas vezes é afirmado – a favor desta possibilidade –, o seu controlo sobre o processo acabe por ser praticamente nulo. É através do patrocínio judiciário por advogado que as partes conseguem um maior domínio²¹⁶ sobre o processo e, desta forma, vêm efetivamente respeitada a sua autonomia privada²¹⁷.

Não será outrossim despiciendo salientar, em virtude de ainda não nos termos referido concretamente a este aspeto, que um dos fatores constitutivos da complexidade do nosso sistema é o cariz técnico do nosso texto legal.

No mundo do direito há determinados conceitos que adquirem uma conotação própria – v.g. “coisa”, “posse”, “obrigação”, etc. – e que implicam uma adequada contextualização, por forma a serem interpretados com todo o rigor adstrito à sua construção. Acontece porém que, ainda que tenham vindo a ser tomadas algumas medidas no sentido de se tentar simplificar a linguagem legal (v.g., através da utilização legislativa de conceitos mais genéricos em substituição de alguns termos técnicos), a natureza específica e ambígua dos conceitos que a compõem acaba por também não dispensar a intervenção de um profissional dotado de adequada formação técnica para a sua interpretação²¹⁸.

²¹⁵ Não nos esqueçamos também, no seguimento do que já analisámos *supra* no âmbito dos limites e prerrogativas deontológicas que conformam a execução do contrato de mandato judicial (cfr. o subponto ii. do ponto c) do Capítulo III), que estes profissionais são titulares de um direito de reação contra o arbítrio jurisdicional no que toca à denegação do direito de exercício regular do patrocínio judiciário: o direito de protesto.

²¹⁶ Neste sentido, cfr. Rabeea ASSY, ob. cit., pp. 158-160. O referido domínio refletir-se-á sobretudo na realização de pedidos úteis, no carreamento da factualidade relevante para o processo e numa pertinente utilização adequados meios probatórios. Cfr. o Ac. do T.C. n.º 1185/96.

²¹⁷ Também se poderá argumentar que o facto de pelas últimas reformas processuais se continuarem aumentar os poderes de intervenção do julgador no âmbito do pleito – *vide*, v.g., o art. 6.º – acaba por ser um elemento que permite sublevar o referido valor da autonomia das partes em favor do interesse público subjacente à administração da justiça, de modo que a doutrina plasmada no já citado *Faretta vs. California* deve ser relativizada enquanto justificação da possibilidade de as partes se autorrepresentarem no âmbito do processo.

²¹⁸ Na verdade, o “trazer à correspondência” da relevância jurídica de determinada situação de facto com a concreta intencionalidade problemática de uma norma ou princípio jurídico é dos exercícios mais complexos que se colocam ao jurista. Sobre o exercício metodonomológico, pela sua relevância, cfr. Fernando J.

Por último, e como é notório, as funções do advogado não se cingem ao âmbito endoprocessual. Antes de as partes decidirem avançar para os meios jurisdicionais – seja para intentar uma ação seja para contestar uma ação que contra si tenha sido proposta -, normalmente dirigem-se a um advogado por forma a serem aconselhadas sobre o mérito da sua concreta posição jurídica.

Ora, como vimos, nos termos do n.º1 do art. 95.º do E.O.A., o advogado tem o dever de dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão que o cliente invoca (al. a)) e, outrossim, aconselhar toda a composição (do eventual litígio) que ache justa e equitativa (al. b)). Por tal ordem, muitas vezes, do cumprimento destes deveres deontológicos ²¹⁹, obviar-se-ão a processos inúteis ou desproporcionalmente demorados, favorecendo-se assim os interesses individuais das partes envolvidas e aliviando-se o sistema estadual da administração de justiça.

Por tudo o que já fomos dizendo, parece que lográmos ter já sublinhado a imperativa necessidade de as partes estarem representadas por advogado no âmbito do pleito em face das especificidades em que está envolto o nosso sistema.

O que, como provavelmente terá ressaltado ao leitor, nos leva a um problema: como adequar esta conclusão à solução do nosso sistema, que permite às partes pleitear por si em determinadas causas?

É sobre esta problemática que nos vamos pronunciar no ponto que se segue.

d) As partes autorrepresentadas: a falácia da desproporcionalidade e uma proposta de solução com base na Lei dos Julgados de Paz

Como vimos, a todos é garantido o direito a serem assistidos por advogado no âmbito de qualquer causa cível, pese embora, da referida possibilidade, não decorra o dever de as partes, em todo e qualquer processo judicial, constituírem como seu mandatário um profissional do foro com essa qualificação.

BRONZE, *A Metonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 1 e ss..

²¹⁹ Sobre este ponto, cfr. também o expandido *supra* no que toca a proibições de contratar impostas pelos deveres deontológicos a que o advogado está adstrito, nomeadamente no que toca ao dever de não patrocinar causas que considere injustas (cfr. o subponto ii. do ponto c) do Capítulo III).

Segundo o entendimento do nosso legislador, estando em causa questões (aparentemente) simples, uma tal exigência seria ²²⁰ - senão de todo injustificada - ao menos, em muitos casos, desproporcionada, apenas servindo para coibir os interessados de recorrerem a juízo para defesa dos seus direitos e interesses. De facto, ao advogado tem que pagar-se, e o direito a patrocínio judiciário gratuito não é um direito de todos, mas apenas um direito daqueles que não tenham capacidade económica para suportar as despesas do pleito.

Deste modo, a exigência de constituição obrigatória de mandatário seria, nessas circunstâncias, excessiva (pois sem a necessária justificação, tornava-se particularmente oneroso o exercício do direito de recorrer a juízo), vindo, por isso, a traduzir-se numa restrição constitucionalmente inadmissível ²²¹.

Salvo o devido respeito por este douto entendimento, consagrado ao longo dos tempos na nossa doutrina e jurisprudência, temos algumas reservas quanto à atual pertinência do mesmo.

Em primeiro lugar, é imperativo salientar que ao contrário do que parece resultar da redação da al. c) do n.º 3 do art. 6.º da C.E.D.H., tem-se entendido que os Estados contratantes podem escolher os meios adequados para, de acordo com as especificidades do seu sistema judiciário, garantir a efetivação do princípio do processo equitativo no âmbito do processual.

Os referidos meios tanto podem ser a possibilidade de autorrepresentação das partes como a imposição de constituição obrigatória de mandatário, não tendo, no entanto, que haver uma alternatividade das duas soluções. Independentemente de ser acolhida apenas uma delas (ou mesmo ambas) por determinado sistema, o essencial é que, em face dos interesses da justiça, este, pela solução que concretamente acolha, garanta um processo

²²⁰ Exigência esta que o nosso T.C., no já supracitado Ac. n.º 245/97, parece ter dado a entender – salvo o devido respeito, de forma muito duvidosa – que, de acordo com uma interpretação (ainda) constitucionalmente admissível, podia não ser requerida pelo interesse público da boa administração da justiça (!) nem imposta pelo interesse das próprias partes envolvidas na lide. Todavia, discriminar (a nosso ver injustificadamente) o tratamento e as garantias processuais das partes em função do valor das respetivas causas não parece ser uma opção defensável num autêntico Estado de direito democrático, em que a proibição da discriminação por força da situação económica surge como elemento concretizador do princípio da igualdade. A este propósito, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 424 e ss..

²²¹ Neste sentido, cfr. texto do referido Ac. do T.C. n.º 245/97.

justo e equitativo, onde as partes estejam numa verdadeira posição de igualdade processual²²².

Aliás, o nosso Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 245/97, entendeu que a “Constituição não impede o legislador de exigir a intervenção de advogado em todas as causas cíveis, desde que, claro é, o faça em termos de assegurar a todos o acesso aos tribunais em condições de igualdade, seja qual for a sua condição económica. Para assim concluir, basta pensar na complexidade cada vez maior dos atuais sistemas jurídicos, a impor que as questões sejam discutidas em juízo apenas por profissionais com a adequada preparação”.

Por conseguinte, a opção pela possibilidade de as partes se poderem ou não autorrepresentar nas causas cíveis está na livre disposição do nosso legislador ordinário, não sendo relevante o respetivo valor para efeitos de apuramento da constitucionalidade da solução adotada.

Como vimos, se por um lado a complexidade das causas e o interesse das partes no seu vencimento não dependem necessariamente do respetivo valor, já a prossecução do interesse público na administração da justiça deve ser tutelado e preservado de igual forma em todas elas: o que não mais é dizer do que por forma a dar concretização efetiva ao princípio do processo equitativo, em especial através da salvaguarda da imparcialidade do nosso sistema, o patrocínio judiciário devia ser obrigatório em todo tipo de causas cíveis.

O problema, na nossa opinião, não está na existência de partes autorrepresentadas, mas sim na impreparação do nosso sistema para as receber.

Ademais, a questão da excessiva onerosidade do pagamento dos honorários dos advogados em face do valor de determinadas causas tem um peso (no máximo) relativo. Nos termos do n.º 1 do art. 100.º do E.O.A., os honorários a cobrar pelo advogado devem corresponder a uma compensação adequada pelos serviços efetivamente prestados. Ora, segundo o n.º 3 do respetivo preceito legal, o primeiro critério elencado num conjunto de vários a ter em conta na fixação do valor dos honorários é a importância da causa. Tudo isto significa que no momento da fixação dos seus honorários, o advogado está adstrito a um critério de proporcionalidade em que tem um inegável peso o valor da causa: *v.g.*, não

²²² Cfr., sobre este concreto ponto, embora no âmbito processual penal, o caso *Correia de Matos vs. Portugal*, *Communication number* 1123/2002, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22757>. Cfr. também Ireneu Cabral BARRETO, *ob. cit.*, pp. 211-212.

será, na maior parte das situações, proporcional cobrar honorários que retirem ao constituinte qualquer benefício prático do exercício do respetivo direito de ação no caso de vencimento ²²³.

De qualquer maneira, para obviar a eventuais práticas abusivas por parte dos referidos profissionais, pode ser pedido um parecer técnico e juízo sobre a qualificação e valorização dos serviços prestados pelos advogados às secções do conselho superior da Ordem dos Advogados, denominado de “laudo de honorários” ²²⁴. Assim sendo, caso seja verificada qualquer infração passível de consubstanciar ilícito disciplinar no que toca à cobrança de honorários (bem como relativamente aos serviços pelos quais os mesmos estão a ser exigidos), será instaurado em conformidade o competente procedimento disciplinar ao profissional em causa ²²⁵.

Atento o exposto, na solução que nós cremos ser ideal *de iure condendo* (a obrigatoriedade de patrocínio judiciário em todo tipo de causas cíveis a tramitar segundo o processo declarativo comum), sendo fornecida assistência jurídica através do sistema de Acesso ao Direito aos mais carecidos de um ponto de vista económico e respeitadas as exigências ínsitas ao princípio da proporcionalidade na fixação dos honorários a cobrar pelos advogados pelos serviços por si prestados, seria respeitada a imposição constitucional de acesso aos tribunais em condições de igualdade relativamente a todos os cidadãos, independentemente da sua situação económica.

De qualquer forma, como vimos, é uma realidade inegável que segundo o disposto nos arts. 40.º a 43.º do nosso C.P.C., não foi esta a solução consagrada pelo legislador na nossa lei processual.

A nosso ver, salvo devido respeito, e respondendo de certa forma a problemática que presidiu à elaboração da presente dissertação, de uma forma um tanto ou quanto irrefletida.

O que, se se nos permite a ousadia, causa algum celeuma em face da solução que a este propósito está consagrada na Lei de organização, competência e funcionamento dos

²²³ Existe um fator importante, decorrente da prática forense, que tem que ser devidamente levado em conta no que toca a problematização da questão da proporcionalidade da exigência de honorários nos processos de mais baixo valor: pese embora as partes autorrepresentadas não tenham que pagar honorários, por todas as circunstâncias que levam a que estas fiquem numa posição muito mais débil no processo, as suas probabilidades de vencimento da ação diminuem substancialmente. Assim, é preferível o benefício a obter a final da ação ser menor, em termos “práticos”, mas ainda assim ter a possibilidade real de o alcançar.

²²⁴ Cfr. os arts. 43.º n.º 1 al. i) do E.O.A. e 1.º e ss. do Regulamento dos Laudos de Honorários (Regulamento n.º 40/2005 EOA).

²²⁵ Cfr. o art. 16.º do Regulamento dos Laudos de Honorários.

Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001 de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013 de 31 de Julho) ²²⁶.

Como é sabido, estes tribunais, cuja competência material abrange apenas as questões ditas “mais simples” (cfr. o art. 9.º da Lei dos Julgados de Paz), estão diretamente vocacionados para aproximar os cidadãos da justiça. Aliás, os princípios que estão na base da sua tramitação processual, elencados no art. 2.º da respetiva lei (princípio da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual), visam sobretudo permitir a participação cívica dos interessados no processo, procurando-se assim a obtenção de uma justa composição dos litígios a estes tribunais submetidos.

A confiança que o nosso legislador depositou nestes tribunais e na sua atividade levou mesmo a que uma das principais novidades da reforma operada pela Lei n.º 54/2013 fosse o aumento da sua competência em razão do valor: atualmente estes tribunais têm competência para questões cujo valor não exceda os quinze mil euros (!) ²²⁷.

²²⁶ Os Julgados de Paz são tribunais não judiciais (cfr., *a contrario*, os arts. 64.º a 69.º), incomuns, mas que possuem um carácter constitucionalmente jurisdicional (cfr. 209.º n.º 2 C.R.P.). Estes tribunais constituem uma forma alternativa de resolução de litígios, de natureza exclusivamente cível, em causas de valor reduzido e em causas que não envolvam matéria de direito da família, direito das sucessões e direito do trabalho (cfr. o art. 151.º da Lei n.º 63/2013). Relativamente às circunstâncias que os distinguem dos tribunais judiciais e que justificam a “alternatividade de modo de resolução de litígios” que lhe é apontada, podemos apontar, designadamente, a necessidade de Acordos entre o Estado e as Autarquias ou outras Entidades públicas (cfr. o art. 9.º n.º 3 da Lei dos Julgados de Paz) e no respetivo suporte conjugado, na inexistência de Ministério Público no seu âmbito, no exercício do papel de julgador por Juizes de Paz (e não por magistrados judiciais), na existência de mediação interna, o facto de possuírem um Conselho Autónomo, dotado de características próprias, e por estarem dotados de uma tramitação muito simples (que começa com articulados que podem ser verbalmente expostos pelas partes) e onde reinam os princípios da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual. A este propósito, sobre a história, caracterização e relevância dos Julgados de Paz, cfr. J.O. Cardona FERREIRA, *Julgados de Paz: O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 11-45. Sobre os julgados de paz na sua organização geral, cfr. também Joel Timóteo Ramos PEREIRA, *Julgados de Paz, Organização, Trâmites e Formulários*, 3.ª Edição, Quid Juris, 2005, pp. 1 e ss..

²²⁷ Na redação original da Lei dos Julgados de Paz, estes apenas tinham competência para questões cujo valor não excedesse cinco mil euros – que é o valor da atual da alçada dos tribunais judiciais de primeira instância (cfr. o art. 44.º da L.O.S.J.). Pese embora não seja este o local para abordar os méritos da referida alteração, por força do âmbito temático da presente dissertação não podemos sobre ela deixar de tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, não será despidendo salientar que parece notório que a competência dos Julgados de Paz em razão do valor passou a ser independente das alçadas dos tribunais de primeira instância (neste sentido, J.O. Cardona FERREIRA, *ob. cit.*, p. 81). Todavia, esta alteração causa alguns problemas de concordância com regime subsidiariamente aplicável ao funcionamento destes órgãos (o regime processual civil), mormente do ponto de vista do instituto do patrocínio judiciário. Se não veja-se: em primeiro lugar, podemos ter situações em que as partes, solicitadores ou advogados estagiários podem tramitar causas de valor superior à alçada dos tribunais judiciais de primeira instância, o que pode ser bastante problemático se pensarmos, *v.g.*, que a audiência de julgamento não é gravada, de modo que se tiver que ser interposto recurso, o advogado que tenha entretanto sido constituído (*vide* o n.º 3 do art. 38.º da Lei dos Julgados de Paz), vê a sua intervenção processual extremamente dificultada – e, conseqüentemente, os interesses da parte vencida ficam extremamente debilitados, do ponto de vista da sua tutela endoprocessual: a razão de ser da obrigatoriedade de patrocínio judiciário acaba por perder grande parte do seu sentido, uma vez que

Agora, em face de tais circunstâncias ²²⁸ – a competência material focada sobretudo para questões ditas “simples” e um processo totalmente vocacionado para a participação ativa dos cidadãos no âmbito do mesmo -, torna-se estranho o teor da redação do art. 38.º da respetiva lei:

Nos termos do n.º 1 do referido preceito, “[n]os julgados de paz, as partes têm que comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador.”. Todavia, além de ser obrigatória a constituição de advogado na fase de recurso, se a ela houver lugar, nos termos do n.º 3 do referido art., o n.º 2 diz-nos que “a assistência é obrigatória quando (...) por qualquer (...) motivo [a parte] se encontrar numa posição de manifesta inferioridade, devendo neste caso o juiz de paz apreciar a necessidade de assistência segundo o seu prudente juízo” ²²⁹.

Ora, em primeiro lugar, parece decorrer da lei que a “assistência” técnica a que se refere o n.º 2 do art. 38.º pode ser prestada por solicitador, advogado estagiário ou advogado. Todavia, tal circunstância não parece ser relevante em face da *ratio legis* que esteve por trás da concessão de tal faculdade aos juízes de paz: o nosso legislador desconfiou da capacidade de as partes se autorrepresentarem, independentemente da (alegada) simplicidade das causas na competência material dos julgados de paz e da grande informalidade – ideal para a alegada participação direta da parte na prossecução de uma justa composição do litígio - subjacente ao processo!

E, independentemente de não se ter restringido a possibilidade de representação aos advogados, no n.º 2 do referido preceito, o nosso legislador não hesitou em impor às partes, caso o Juiz de Paz o ache necessário, o ónus de constituírem mandatário ou de se fazerem

independentemente de a elaboração de um recurso ser, de facto, uma peça complexa, à partida os interesses da parte estarão já fragilizados de uma maneira irremediável e, por conseguinte, seguindo o entendimento que presidiu à estruturação da nossa lei processual civil, talvez aqui sim, não se justificassem os encargos financeiros inerentes à constituição obrigatória de mandatário! Por outro lado, para efeitos de interposição de recurso de uma causa cujo valor não exceda o valor da alçada dos tribunais judiciais de primeira instância, estando respeitados os requisitos estatuídos no art. 62.º da Lei dos Julgados de Paz, será então obrigatória a constituição de advogado – exigência esta que, de acordo com o referido entendimento, também pode ser apelidada de desproporcional do ponto de vista da utilidade económica do exercício do direito de ação. Por último, cremos que o aumento da competência dos Julgados de Paz em razão do valor devia ter acarretado a possibilidade de recurso para os Tribunais da Relação, em terceiro grau de jurisdição, se o valor da causa assim o permitisse nos termos do regime dos recursos estabelecido no C.P.C. e do art. 44.º da L.O.S.J. (aparentemente neste sentido, cfr. J.O. Cardona FERREIRA, ob. cit., p. 250).

²²⁸ Vamos desconsiderar o aumento da competência dos Julgados de Paz em razão do valor em virtude da circunstância de antes de ter sido feita a referida alteração o regime atinente ao patrocínio judiciário já ser semelhante ao que está atualmente em vigor.

²²⁹ A título de curiosidade, mediante a especificidade do conceitualismo utilizado pela nossa Lei dos Julgados de Paz, ao aparentar distinguir a “assistência” técnica do patrocínio judiciário em sentido estrito, permitimo-nos remeter o leitor para as considerações que expendemos *supra* nas notas 30 e 131.

assistir por um profissional devidamente qualificado, com o subsequente encargo de lhe pagar honorários ²³⁰ ²³¹.

Ora, tal solução leva-nos a admitir que, no âmbito dos seus poderes de gestão, no âmbito dos tribunais judiciais cíveis, os juízes, em causas em que as partes à partida se pudessem autorrepresentar, ao aperceberem-se da inaptidão destas últimas para a tutela adequada dos interesses subjacentes à sua concreta posição subjetiva na lide, possam exigir a constituição de mandatário por parte destas. Este juízo de ponderação, que deve obedecer naturalmente a um critério de proporcionalidade ²³², está adstrito à obtenção, em concreto, de um processo verdadeiramente equitativo que permita alcançar uma justa composição do litígio.

Afinal, e como também já vimos, é este o principal objetivo da gestão processual que o juiz deve levar a cabo no âmbito do processo ²³³.

É certo que tal solução não parece resultar expressamente do conjunto de poderes que o art. 6.º expressamente concede ao juiz. De qualquer forma, o juiz, segundo o n.º 2 do referido preceito, deve providenciar pelo regular andamento da instância, por forma a que seja prolatada uma decisão que incida sobre o mérito da causa.

E a questão que colocamos é a seguinte: em face do processo civil moderno, uma instância que, pela especial fragilidade de uma parte autorrepresentada, decorra em violação do princípio do processo equitativo – tal qual a evidenciámos – é uma instância regular? Em termos formais, se estiverem respeitados todos os pressupostos de que

²³⁰ E, ao contrário do que parece resultar do teor da lei, temos bastantes dúvidas que a referida “assistência” ou o mandato forense possam ser exercidos por profissionais que não possuam a certificação profissional de advogados, advogados estagiários ou solicitadores. Com as devidas adaptações, a este propósito, cfr. *supra* a nota 28.

²³¹ Pese embora a nível da representação das partes o regime não coincida inteiramente, existem algumas semelhanças entre o funcionamento dos nossos Julgados de Paz e os *Giudice di Pace* Italianos. Neste ordenamento jurídico as partes apenas se podem autorrepresentar perante os referidos tribunais em causas cujo valor não exceda 1.100 € - aliás, como vimos, são estes os únicos casos (e o único tribunal) onde as partes são admitidas a autorrepresentarem-se em Itália. O procedimento, tal como acontece nos nossos Julgados de Paz, é de tramitação simplificada e no seu seio predomina a oralidade (v.g., as partes também podem propor a ação oralmente, sendo esta redigida a escrito na secretaria do tribunal). Todavia, a possibilidade de as partes se autorrepresentarem acaba por ser também alargada a situações onde, mediante requerimento formulado ao juiz pela parte interessada, estando em causas da competência material dos referidos tribunais, o juiz, atenta a natureza e especificidades em que esteja envolto o litígio, autorize a autorrepresentação. Sobre este ponto, cfr. Aldo STESURI, ob. cit., pp. 1076-1077. Em França, os procedimentos em que as partes são admitidas a autorrepresentarem-se (cfr. nota 93) são também marcados pela oralidade. Sobre este ponto, cfr., v.g., Christophe LEFORT, *Procédure Civile*, 2.ª Edição, Paris, Dalloz, 2007, pp. 68-69.

²³² E, como não chamar à colação o disposto na *Rule 1.1* das *Civil Procedure Rules*? Cfr. com a nota 161.

²³³ Aparentemente em conformidade com a solução propugnada, cfr. José Lebre de FREITAS, *Introdução ao...*, pp. 227-231.

depende a possibilidade de pronúncia pelo mérito da causa por parte do juiz, dir-se-á que sim. Mas levará a uma composição do litígio verdadeiramente justa? Definitivamente que não ²³⁴.

E não nos esqueçamos que, nos termos do n.º 3 do art. 40.º, o juiz deve adaptar o processo às concretas especificidades da situação. Mais uma vez, desprendendo-nos da vertente instrumental do princípio da gestão processual que parece ter marcado a intenção subjacente ao referido preceito, podemos afirmar que se a parte não está apta a autorrepresentar-se, “a situação” exige que esta última seja patrocinada por um profissional apto a tutelar os interesses inerentes à sua concreta posição jurídico-subjetiva na lide, sob pena de a sua pretensão naufragar nos escolhos da complexidade e especificidade das exigências inerentes ao nosso sistema.

Ora, de qualquer forma, ainda que se entenda que a referida faculdade não está no âmbito típico dos poderes de gestão do juiz, por força do princípio da unidade do sistema jurídico (cfr. art. 9.º n.º 1 do C.C.) ²³⁵, se na solução adotada nos Julgados de Paz (cfr. art. 38.º da Lei dos Julgados de Paz) – tribunais especialmente aptos a que as partes participem diretamente na composição do litígio e se autorrepresentem no processo - o legislador permitiu ao juiz exigir a assistência dos litigantes em face da incapacidade destes em se autorrepresentarem, segundo o seu prudente arbítrio, por maioria de razão, tal faculdade também deve ser admitida no âmbito do mais complexo e formalizado processo declarativo cível comum dos nossos tribunais judiciais, mediante uma extensão teleológica da razão de ser do n.º 3 do art. 40.º *in fine* ²³⁶.

Como é óbvio, há também que ter em conta as eventuais sanções a que a parte em causa estaria sujeita no caso de não acatar a imposição que então lhe fosse feita pelo juiz. Por já nos termos pronunciado sobre elas - bem como acerca do respetivo mérito – no

²³⁴ Sobre a natureza e os princípios reguladores da instância, cfr. Christophe LEFORT, ob. cit. pp. 172-173 e 179 e ss..

²³⁵ Não obstante, não será desavisado remeter (em tom de alerta) para as considerações expendidas em Fernando J. BRONZE, “Quae sunt Causeris, Caeseri: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae” *in Analogias*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 144 e ss..

²³⁶ Atendendo à dimensão instrumental do princípio da gestão subjacente à previsão do referido preceito, a extensão teleológica do mesmo à problemática que vimos de curar permite que se “(...) inclu[a nele] (...) casos que também em princípio el[e] não atingiria;” cfr. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 186. E, já tendo nós chamado à colação os poderes de gestão do juiz nas *Civil Procedure Rules*, não será despiciendo também chamar a obrigação de este provir a uma “condução leal da instância” que impende sobre o juiz em França (cfr. o art. 763 al.º 2 do *Code de Procédure Civile*) em Itália (cfr. o § 1 do art. 175.º do *Codice de Procedura Civile*), e naturalmente, também na Alemanha (embora num âmbito ligeiramente diferente, cfr. o já referido § 139 da *Z.P.O.*).

âmbito do subponto ii. da al. a) do Cap. IV, não iremos estar a repetir exaustivamente as considerações aí expendidas.

De qualquer forma, cumpre deixar uma ideia que nos parece essencial contra os argumentos que eventualmente poderiam ser apresentados relativamente à posição em que o réu ficaria colocado se não respeitasse a exigência de constituição de mandatário (se não constituir mandatário a defesa apresentada pelo réu fica sem efeito e este último - embora, a nosso ver, erroneamente - fica sujeito aos efeitos da revelia operante): segundo cremos, neste tipo de situações, as consequências da revelia para o réu serão, no máximo, tão gravosas como as da falta de constituição de mandatário.

Aliás, como já dissemos, o nosso legislador dá mesmo a entender que em determinadas situações, o exercício do direito de defesa pelo réu acaba por lhe acarretar consequências mais gravosas do que a própria perda da ação ²³⁷.

Todavia, e independentemente de tal entendimento, reforçamos que neste tipo de casos, por força da especificidade de situação, a falta de constituição de mandatário por parte do réu não lhe devia acarretar a sujeição às consequências da revelia operante – pois só assim, em nosso ver, sendo dada a referida possibilidade ao juiz de exigir às partes autorrepresentadas, segundo o seu prudente juízo, a constituição de mandatário - a fim de assegurar a equitatividade do processo -, o instituto do patrocínio judiciário ficaria dotado da harmonia que, na nossa opinião, *de iure condito* lhe era conveniente.

Neste conspecto, e por força da análise que por ora acabámos de realizar, cremos ter logrado demonstrar que, salvo melhor entendimento, talvez o instituto do patrocínio judiciário devesse ser repensado pelo nosso legislador, em face de alguns problemas que no seu âmago nascem por força da falta de constituição de mandatário por parte dos litigantes.

De qualquer forma, parece-nos relevante deixar, em jeito de consideração final, a seguinte conclusão, que serve de resposta à pergunta com que iniciámos a presente dissertação: dificilmente se fará justiça nos nossos tribunais em sede de processo declarativo comum sem que ambas as partes estejam representadas por advogado.

²³⁷ cfr. José Lebre de FREITAS, *A ação...*, p. 91, nota 19.

VII - Conclusão

Cremos ter concluído o caminho que a início nos propusemos a percorrer, sem ter descurado a visita aos mais importantes pontos de paragem que o itinerário do instituto analisado nos impunha – isto, naturalmente, em face do problema sob excogitação.

Assim sendo, cremos ter chegado a algumas conclusões que, sinteticamente, passaremos desde já a enunciar.

Antes de mais, o patrocínio judiciário consiste na representação e assistência prestada às partes por profissionais do foro na condução do pleito, mediante a prática, em termos adequados, dos respetivos atos processuais em geral ou de determinados atos em especial. Esta função, levada a cabo pelo defensor ²³⁸, mais do que um expediente adstrito à administração da justiça (cfr. 208.º da C.R.P.), é também um elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais.

No exercício do patrocínio judiciário, atuação do advogado, que como vimos decorre ao abrigo do contrato de mandato judicial, é pautada pela obediência a um conjunto de direitos e deveres de natureza processual e deontológica, uma vez que só é efetivamente cumprida a função social subjacente ao exercício da advocacia se, para além de uma prestação de serviços timbrada por uma adequada idoneidade técnica e científica, esta prestação for também pautada pela obediência a um determinado sentido ético ínsito à própria profissão.

Na verdade, o advogado, por força da sua independência e autonomia técnica e em face da álea que está subjacente ao processo, está apenas vinculado à prática de todos os atos que, de um ponto de vista objetivo, sejam idóneos a tutelar de forma efetiva a posição jurídica subjetiva do seu constituinte na lide, e não à obtenção de determinado resultado – derivando, da referida obrigação de meios a que o advogado está adstrito, alguns problemas em sede de responsabilidade civil que também acabámos por enunciar.

Depois de termos chegado às referidas conclusões, iniciámos a análise jurídico-processual do instituto objeto da presente dissertação, por forma a começarmos a tratar do tema-problema que nos propusemos a analisar: saber se a solução consagrada no artigo

²³⁸ Como constatámos, a advocacia acaba por ser a forma típica de exercício de profissão de mandatário judicial, uma vez que os advogados estagiários e os solicitadores apenas podem representar as partes nas causas em que não é obrigatória a constituição de advogado – e nas quais as partes podem pleitear por si.

40.º, no que toca ao critério do patrocínio judiciário obrigatório, estaria em conformidade com as exigências que se apontam ao processo civil moderno.

Para demonstrarmos a importância que o nosso legislador dá ao patrocínio forense no âmbito do nosso sistema processual civil, operámos uma detalhada análise dos casos em que este é obrigatório, bem como de algumas soluções consagradas a propósito do desrespeito da imposição de constituição de mandatário.

Acontece que, no âmbito da referida reflexão, acabámos por vislumbrar algumas incoerências entre as soluções legais consagradas e os fundamentos justificativos da obrigatoriedade de patrocínio judiciário por advogado: em nosso ver, a mais gritante delas todas prende-se com o facto de o legislador estabelecer consequências extremamente gravosas para o desrespeito da referida obrigação e, ao mesmo tempo, permitir às partes autorrepresentarem-se em determinadas causas, que não obstante o respetivo valor, são dotadas de grande complexidade (em relação a muitas em que o patrocínio judiciário, segundo o critério legal consagrado, é obrigatório).

Todavia, por forma a averiguarmos conclusivamente acerca do mérito da solução consagrada no nosso art. 40.º, partindo dos casos em que vimos que o patrocínio judiciário é obrigatório, efetivamos uma análise do fundamento legal da referida imposição, tendo então chegado à conclusão de que entre o critério consagrado e o fundamento do instituto existem também algumas aporias.

Partindo da referida asserção, e em face da solução que sobre este ponto rege nos sistemas de *Common Law*, tentámos, num primeiro momento, considerados os reforçados poderes do juiz no nosso processo civil declarativo, saber se seria exequível (e quais as respetivas vantagens) consagrar a autorrepresentação das partes no âmbito de todos e quaisquer processos cíveis.

Da reflexão operada, acabámos por concluir que para além de não haverem vantagens em adotar a referida possibilidade, em termos ideais, do ponto de vista da salvaguarda da equitatividade do processo e da própria imparcialidade do sistema, as partes deveriam estar sempre representadas por mandatário no âmbito dos pleitos.

Não obstante, em face da atual solução legal consagrada, não nos coibimos de propor uma interpretação da lei processual – sustentada na solução consagrada na Lei dos Julgados de Paz - que acabasse por minimizar os problemas que vimos surgirem em virtude da autorrepresentação das partes: no âmbito dos seus poderes de gestão, os juízes

dos tribunais judiciais, em causas em que as partes à partida se pudessem autorrepresentar, ao aperceberem-se da inaptidão destas últimas para a tutela adequada dos interesses subjacentes à sua concreta posição subjetiva na lide, devem poder exigir a constituição de mandatário por parte destas.

Assim, e em conclusão do presente estudo, cremos poder de forma segura afirmar que a solução consagrada no art. 40.º do nosso C.P.C. talvez merecesse ser repensada.

É que (e permita-se-nos mais uma vez o reforço da nossa posição), dificilmente será feita justiça nos nossos tribunais se ambas as partes não estiverem representadas por advogados.

VIII – Fontes Consultadas

a) Bibliografia

ABREU, Luís Vasconcelos, “O Estatuto da Ordem dos Advogados e a Relação entre Mandante e Mandatário Judicial”, in R.O.A., Ano 62, Vol. I, 2002

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010

ALMEIDA, L.P. Moitinho de, *A Responsabilidade Civil dos Advogados*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valência, Tirant lo Blanch, 2005

ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil: súmula de lições proferidas ao curso do 4.º ano jurídico 1948-1949*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1949

ARNAUT, António, *Iniciação à Advocacia – História, Deontologia, Questões Práticas*, 11.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

ASSY, Rabeea, *Injustice in Person – The right to self-representation*, Oxford, Oxford University Press, 2015

BARRETO, Irineu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 201

BARTOLINI, Francesco/SAVARRO, Pietro (org.), *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, 37.ª Edição, Piacenza, CELT, 2015

BRONZE, Fernando J.,

- *Analogias*, 1.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

- *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

- *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994

CANOTILHO, Gomes /MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CANOTILHO, Gomes J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2002

CARLOS, Adelino da Palma, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Lisboa, Procural, 1942

CARNELUTTI, Francesco, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, Tomo I, 3.^a Edição, Roma, Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1942

CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições de Processo Civil*, I, Coimbra, Almedina, 1964

CERRUTI, Eugene, “Self-Representation in the International Arena: Striking a False Right of Spectacle” in *Georgetown Journal of International Law*, 40, Number 3, 2009, disponível *online* em http://works.bepress.com/eugene_cerruti/1

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Vol. I, trad. José Casáis y Santaló (3.^a edição), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1925

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011

COSTA, Orlando Guedes, *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2010

COUCHEZ, Gérard/LAGARDE, Xavier, *Procédure civile*, 17.^a Edição, Paris, Sirey, 2014

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, I - Sources des obligations, tomo V, Paris, Arthur Rousseau, 1925

ENGLER, Russell, “*And Justice for All—Including the Unrepresented Poor: Revisiting the Roles of the Judges, Mediators, and Clerks*”, in *Fordham L. Rev.*, 1999, pp. 1987 e ss., disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol67/iss5/14/>

FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8.^a Edição, Milão, CEDAM, 1996

FERREIRA, J.O. Cardona, *Julgados de Paz: O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

FREITAS, José Lebre de

- *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

- *A ação declarativa comum*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

- “A Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais”, in *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

FREITAS, Lebre de / ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

FREITAS, Lebre de / MACHADO, Montalvão / PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

FREITAS, Lebre de/ REDINHA, João/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho Procesal Civil*, 3.^a Edição, Barcelona, Bosch, 2014

GASPAR, Alfredo, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, Fundão, Jornal do Fundão Editora, 1985

GASPAR, Henriques / CABRAL, Santos / COSTA, Maia / MENDES, Oliveira / MADEIRA, Pereira / GRAÇA, Henriques da, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014

GENTIL, Francisco M., *Da Dignidade do Advogado. Um problema de Deontologia Profissional*, Jornal do Foro, Ano 8.º, 1944

GIANARIA, Fulvio/MITTONE, Alberto, *O Advogado Necessário*, Coimbra, Almedina, 2007

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933

GRAU MORANCHO, Ramiro, *Procuradores: Debate sobre la representación procesal*, Madrid, Dykinson, 2005

JORGE, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Coimbra, Almedina, 2001

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LEFORT, Christophe, *Procédure Civile*, 2.ª Edição, Paris, Dalloz, 2007

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi*, 8.ª Edição, Milão, Giuffrè Editore, 2012

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987

MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado*, 8.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2014

MANDRIOLI, Crisanto/CARRATA, Antonio, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol I, 11.^a Edição, Turim, Giappichelli Editore, 2013

MARQUES, J.P. Remédio, *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

MARZIO, Mauro Di, *La procura alle liti: Poteri, obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Milão, Giuffrè, 2011

MASHAW, Jerry, “*Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*”, in *Boston University Law Review*, 61, 1981, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2149&context=fss_papers

MEKKI, Soraya Amrani/STRICKLER, Yves, *Procédure Civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014

MELO, Amílcar de, *Da Advocacia*, Porto, Almeida & Leitão, Lda., 2013

MENDES, João de Castro,

- *Direito Processual Civil*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica da F.D.L., 1986

- *Direito Processual Civil*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980

MESQUITA, Luís Miguel,

- “A revelia no processo ordinário”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

- "A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3983, ano 143.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

MIRANDA, Jorge, "Liberdade de Trabalho e de Profissão", in *Revista Direito e de Estudos Sociais*, ano 30, 1988

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui,

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*, Valência, Tirant lo Blanch, 2001

MORAIS, João Trigo, *O Advogado perante a injustiça da Lei e da Causa – o poder de escusa*, disponível em www.oa.pt

MÚRIAS, Pedro / PEREIRA, Maria de Lurdes, *Obrigações de Meios, Obrigações de Resultados e Custos da Prestação*, disponível online em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf>

NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

NICKERSON, Raymond S., "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises" in *Review of General Psychology*, 2, Vol. II, 1998

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

PEDRO, Rute, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Julgados de Paz, Organização, Trâmites e Formulários*, 3.^a Edição, Quid Juris, 2005

PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina, 2015

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.^a Edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012

RESCIGNO, Pietro, “*Obbligazioni (nozioni)*”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIX, Varese, Giufrè, 1979

RICCI, Gian Franco, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 4.^a Edição, Turim, Giappichelli Editore, 2012

RODRIGUES, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil: os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013

SILVA, Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 2.^a Edição, separata do vol. XXX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1997

SILVA, Germano Marques da, “Direito de Protesto: protesto ao abrigo da lei” in R.O.A., Ano 59, Vol. III, 1999

SILVA, Paula Costa e, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

SOUSA, Miguel Teixeira de

- “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Braga, CEJUR, 2013

- *A Legitimidade Popular na Tutela dos Direitos Difusos*, Lisboa, Lex, 2003

- *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.^a Edição, Lisboa, Lex, 1997

- “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)” in R.O.A., ano 49, Vol. I, 1989

STESURI, Aldo, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Paolo COMOGLIO/ Claudio CONSOLO/ Bruno SASSANI/ Romano VACCARELLA, Vol. I, Torino, UTET Giuridica, 2012

TARZIA, Giuseppe / DANОВI, Filippo, *Lineamento de processo civile de cognizione*, 5.^a Edição, Milão, Giuffrè, 2014

THIBAUT, John/WALKER, Laurens, “A Theory of Procedure” in *California Law Review*, 66, 1978, p. 546, disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2369&context=californialawreview>

VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2000

XAVIER, Rita Lobo /FOLHADELA, Inês /CASTRO, Gonçalo Andrade e, *Elementos de Direito Processual Civil: Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014

ZUCKERMAN, Adrian, “No Justice Without Lawyers — The Myth of an Inquisitorial System” in *Civil Justice Quarterly*, 33, 2014.

b) Jurisprudência Consultada

i. Jurisprudência Nacional

Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 16 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 610/11.0TBFAR-A.E1, relatado pelo Desembargador José Lúcio.

Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 23 de Fevereiro de 2010, Proc. n.º 8/04.7TBEPS.G1, relatado pela Desembargadora Eva Almeida.

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1-1, relatado pela Desembargadora Rosário Barbosa

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 30 de Maio de 2005, Proc. n.º 0552612, relatado pelo Desembargador Orlando Nascimento.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Outubro de 2009, proc. n.º 306/09.3TBPFR.P1, relatado pelo Desembargador Henrique Antunes.

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Novembro de 2009, Proc. n.º 215/09.6TTTMR.C1, relatado pelo Desembargador Serra Leitão

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de Outubro de 2011, Proc. n.º 1006/10.7TBCVL.C1, Relatado pelo Desembargador Henrique Antunes

Ac. do S.T.J. de 31 de Março de 2009, Proc. n.º 08B3886, relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino.

Ac. do S.T.J. de 13 de Abril de 2010, Proc. n.º 809/1998.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque

Ac. do S.T.J. de 29 de Abril de 2010, Proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relatado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas.

Ac. do S.T.J. de 4 de Dezembro de 2012, Proc. n.º 289/10.7TVLSB.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Alves Velho.

Ac. do S.T.J. de 5 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

Ac. do S.T.J. de 30 de Maio de 2013, Proc. n.º 2531/05.7TBBRG.G1.S1, relatado pelo Conselheiro Serra Baptista.

Ac. do S.T.J. de 20 de Novembro de 2014, Proc. n.º 7614/12.4TBCSC.L1.S1, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

Ac. T.C. n.º 1185/96

Ac. do T.C. n.º 1193/96

Ac. do T. C. n.º 245/97

Ac. do T.C. n.º 208/04

ii. Jurisprudência Internacional

Ac. Cass. Civ., sez. II, 21 aprile 2000, n. 5235, consultado no *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, org. BARTOLINI, Francesco/SAVARRO, Pietro, 37.^a Edição, Piacenza, CELT, p. 995.

Ac. Cass. Civ., sez. unite, 8 febbraio 2001, n. 48, consultado no *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, org. BARTOLINI, Francesco/SAVARRO, Pietro, 37.^a Edição, Piacenza, CELT, p. 995.

Ac. Cass. Civ., sez. I, 21 aprile 2005, n. 08339, consultado no *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, org. BARTOLINI, Francesco/SAVARRO, Pietro, 37.^a Edição, Piacenza, CELT, p. 995.

Ac. Cass. Civ., sez. I, 6 aprile 2006, n. 8026, consultado no *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, org. BARTOLINI, Francesco/SAVARRO, Pietro, 37.^a Edição, Piacenza, CELT, pp. 334-335)

Ac. Cass. Civ., sez. II, 7 Novembre 1992, n. 12048, disponível em *Codice di Procedura Civile commentati con la giurisprudenza*, org. BARTOLINI, Francesco/SAVARRO, Pietro, 37.^a Edição, Piacenza, CELT, p. 333

U.S. Supreme Court, Faretta vs. California, 422, U.S., 806, 1975, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/806/case.html>

Court of Appeal, R v Leicester City Justices, ex parte Barrow and another (1991), parcialmente disponível em <http://swarb.co.uk/regina-v-leicester-city-justices-ex-parte-barrow-ca-1-aug-1991/>

Court of Appeal, Clarkson vs. Gilbert (2000), disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/3018.html>

Court of Appeal, Wright vs. Michael Wright Supplies Ltd (2013), disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/234.html>

X. vs. Austria n.º 7138/75, Commission decision of 5 July 1977, DR 9, p. 50, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>

Michael and Brian Hill vs. Spain, Communication number 526/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993, disponível em <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS526.htm>

Prosecutor vs. Milošević, Case No IT-02-54

c) Decisões da O.A.

Parecer do Conselho Geral da O.A. n.º E-39/02, relatado por Arménia Coimbra

Ac. do Conselho Superior da O.A. de 5/06/1966 em R.O.A., Ano 21, 1978