

O MANDATO JUDICIAL NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL ¹

TOMÁS TIMBANE²

Introdução

- I. O direito de defesa como direito fundamental do cidadão: o direito de livre escolha do defensor
- II. O patrocínio forense
- III. As imunidades necessárias para o exercício do mandato judicial
- IV. Os deveres e garantias do advogado como fundamento das imunidades para o exercício da profissão de advogado
 - (i) Os deveres do advogado
 - (ii) A confiança
 - (iii) O dever de guardar segredo profissional
- V. A obrigatoriedade da constituição de advogado no Código de Processo Civil

Conclusão

¹ Comunicação apresentada no dia 10 de Março de 2005, num seminário sobre a Nova Constituição, organizado pela Ordem dos Advogados de Moçambique, com o patrocínio da Fundação Friedrich Ebert. Tendo em conta a revisão do Código Processo Civil feita pelo Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro, publicado no Boletim da República n.º 51, 5.º Suplemento, incluiu-se no presente trabalho a questão da obrigatoriedade da constituição de advogado.

² Mestre em Ciências Jurídicas, Docente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Advogado na H. Gamito, Couto, Gonçalves Pereira e Castelo Branco Associados Advogados.

INTRODUÇÃO

Com esta abordagem pretende-se analisar a questão do Mandato Judicial e a Advocacia na Nova Constituição, e enquadra-se nas actividades da Ordem dos Advogados de Moçambique, a qual realizou este seminário para discutir importantes temas da Nova Ordem Constitucional, designadamente os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

Olhando para a lista de advogados inscritos na nossa Ordem e as individualidades participantes neste seminário, perguntamo-nos se não teria sido um erro, uma aventura, aceitarmos abordar, perante advogados e ilustres personalidades, um tema como o que nos foi proposto.

Este tema é realizado na sequência da entrada em vigor do novo texto constitucional (CRM 2004)³, o qual, depois de aprovado a 16 de Novembro de 2004 pela Assembleia da República, entrou em vigor no dia 21 de Janeiro de 2005, no dia seguinte ao da proclamação e validação dos resultados das III Eleições Gerais, realizadas nos dias 1 e 2 de Dezembro de 2004.

O texto aprovado foi objecto de discussão e foi a debate público, com o objectivo de enriquecer o texto submetido a debate. O trabalho que aqui iremos apresentar, tem muito a ver com as contribuições que foram apresentadas pelas várias instituições chamadas a pronunciar-se sobre este importante documento⁴.

A 7 de Julho de 2004 foi adoptado pela Comissão *Ad Hoc* da Revisão da Constituição, para depósito junto da Assembleia, o Projecto de Revisão, acompanhado

³ Cf. Texto publicado pela Imprensa Nacional de Moçambique, Maputo, 2004. A Constituição encontra-se publicada no BR n.º 51, 1ª Série, de 22 de Dezembro de 2004.

⁴ Cf. Parecer da Ordem dos Advogados de Moçambique, 6 de Outubro de 2004, TIMBANE, Tomás, O Poder Judicial no Projecto de Revisão da Constituição, *in* Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional, Ed. Imprensa Universitária, UEM – Maputo, 2004 e Parecer da Universidade Eduardo Mondlane *in* Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional, Ed. Imprensa Universitária, UEM – Maputo, 2004. Reconhece-se, pois, a atenção que a Comissão *Ad Hoc* teve de, em tão pouco tempo, incorporar algumas das propostas apresentadas. O autor apresentou uma proposta de uma disposição a incluir nos termos da qual “*a lei assegura a quem exerce o mandato judicial, as imunidades necessárias ao seu exercício e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça*”, enquanto que os n.ºs 2 a 4 do art. 63 da CRM 2004 foram proposta integral da Ordem dos Advogados de Moçambique. O n.º 1 do referido artigo, o qual não foi acolhido, teria como redacção “*O advogado goza das imunidades, nos limites previstos na lei, em todos os seus actos e manifestações processuais, necessárias ao exercício do mandato*”, um dispositivo semelhante ao constante do Projecto da Constituição de Angola, art. 318.

dos apensos contendo as contribuições do Partido Frelimo, as quais este partido considerou pertinentes para a melhoria do texto elaborado pela Comissão.

Uma vez que o texto elaborado pela Comissão não obteve consenso, a fim de assegurar uma participação mais abrangente e com o objectivo de enriquecer o texto então posto à discussão, a Assembleia da República organizou vários debates públicos, e várias instituições⁵ apresentaram contribuições que se revelaram importantes para o enriquecimento do texto na altura em debate.

Nos vários debates que foram realizados, bem como nas contribuições apresentadas, foram colocadas várias questões, feitas muitas críticas e apresentadas várias propostas. Foi, pois, nesse âmbito que, no seminário realizado na Universidade Eduardo Mondlane, de que mais tarde se elaborou um parecer, bem como no parecer, mais tarde, elaborado pela Ordem dos Advogados de Moçambique, chamou-se à atenção do legislador para a falta de reconhecimento constitucional ao exercício da profissão de advogado.

Na verdade, nem na Constituição de 1990 (adiante CRM 1990), nem no Projecto de Revisão da Constituição se consagrava um dispositivo em que se reconhecia o papel do advogado ou de quem exerça o patrocínio judiciário. Com efeito, se resultava do disposto no art. 61 do Projecto⁶, colocado no capítulo dos direitos, liberdades e garantias individuais, que “o Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário”, não se compreendia que o advogado ou quem exerce o patrocínio judiciário, não estivesse acompanhado de garantias e imunidades para o bom exercício do patrocínio judiciário.

Foi, pois, por sentir a ausência deste reconhecimento que foram apresentadas propostas no sentido de se reconhecer o papel do advogado na defesa dos direitos dos cidadãos, bem como na defesa do Estado do Direito.

Felizes deveremos estar por existir um reconhecimento constitucional do importante papel do advogado. É, pois, esta a motivação desta apresentação: o reconhecimento constitucional de imunidades para quem exerce o mandato judicial.

⁵ Ordem dos Advogados de Moçambique, Universidade Eduardo Mondlane, Conselho Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Administrativo, Ministério da Administração Estatal, ISPU, etc.

⁶ Bem como do art. 100 da CRM 1990.

Como se sabe, o Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, extinguiu o exercício liberal da advocacia⁷ e, passados 10 anos depois da criação da Ordem dos Advogados de Moçambique, muitas conquistas devem ser celebradas, sendo que o reconhecimento constitucional do advogado é das mais importantes.

A presente análise, modesta que é, começará por abordar o direito de defesa como direito fundamental do cidadão, bem como o direito de livre escolha do defensor (I) e porque o objecto do presente tema é o mandato judicial na nova Constituição, iremos abordar alguns aspectos gerais do patrocínio forense (II).

Depois de apresentar alguns aspectos gerais do patrocínio forense, designadamente o mandato judicial e seus requisitos, iremos analisar as imunidades necessárias para o exercício do mandato judicial (III). Posteriormente, iremos discutir até que ponto os deveres do advogado fundamentam a necessidade de consagrar imunidades para o exercício da profissão de advogado (IV). Tendo em conta a recente revisão do Código de Processo Civil, iremos analisar a questão da (re) introdução da obrigatoriedade da constituição de advogado. Por fim, iremos apresentar algumas conclusões.

I. O Direito de Defesa como Direito Fundamental do Cidadão: O Direito de Livre Escolha do Defensor

O direito de defesa ou princípio do contraditório⁸, bem como o direito de livre escolha do defensor⁹, são direitos fundamentais consagrados na Constituição da

⁷ Esta conclusão é de todo pacífica, pois há quem entenda que, como adiante iremos constatar, o patrocínio obrigatório continuava em vigor, situação que é não é desconhecida pelo legislador o qual mantém a redacção originária do n.º 1, do art. 32.º. Cfr. o art. 32.º do Cód. Proc. Civil, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro.

⁸ Cfr. TIMBANE, Tomás, O Poder Judicial no Projecto de Revisão no Projecto de Revisão e Parecer da Universidade Eduardo Mondlane *in* *Contributo...*, pp. 131 ss. e 294 ss. Segundo JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais...* cit., p. 96, numa perspectiva actual, o princípio do contraditório deixou de se entender como a possibilidade de, perante uma acção proposta pelo autor, ser dada ao réu oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão, bem como contraditar as provas apresentadas pelo autor, para passar a ter um conteúdo mais lato. Com efeito, o princípio do contraditório deve ser entendido como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.

⁹ Defensor que pode ser advogado, advogado estagiário, técnico ou assistente jurídico.

República¹⁰. O direito de defesa dos cidadãos está amplamente consagrado no art. 62, n.º 1 da CRM 2004, onde se dispõe que o “Estado (...) garante aos arguidos o direito de defesa (...)”.

Apesar da disposição referir-se, tão-somente, aos arguidos, este dispositivo deve entender-se aplicável a qualquer outro tipo de parte, designadamente em processo cível, laboral, fiscal, administrativo¹¹, pois não se compreenderia que se limitasse o direito de defesa apenas aos arguidos em processo penal, o direito de defesa. Acresce, porém, que esta limitação já tinha sido criticada¹², mas mesmo com as sugestões feitas para a substituição da palavra “arguidos” por “cidadãos” ou intervenientes processuais, não foram objecto de consideração pela Comissão *Ad Hoc*.

Para além do direito de defesa, a Constituição consagra no n.º 2, do art. 62 que “O arguido tem o direito de escolher livremente o seu defensor para o assistir em todos os actos do processo (...)”. Este direito não tinha reconhecimento na Constituição de 1990, ainda que se pudesse considerar, implicitamente, incluído no art. 100, n.º 1, onde se estabelecia que o Estado garante o direito à assistência e patrocínio judiciário.

Mas o art. 50, al. f) do Estatuto da Ordem dos Advogados (adiante EOA)¹³ já estabelece que constitui dever do advogado para com a comunidade, não procurar nem angariar constituintes, por si, nem por interposta pessoa. Ora, se o advogado não pode procurar nem angariar constituintes, seria o próprio cidadão, interessado nos serviços de um advogado, quem iria procurá-lo para o defender e aconselhar nos seus direitos em todos os actos do processo.

A consagração destes direitos na Constituição relaciona-se com o reforço da protecção dos direitos fundamentais e está presente em quase todas as legislações. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que os direitos e as liberdades fundamentais estão consagrados na maior parte das constituições dos países civilizados.

¹⁰ Tais direitos estão consagrados no Capítulo III, que trata dos direitos, liberdades e garantias individuais, capítulo esse que está inserido no Título III, que aborda os direitos, deveres e liberdades fundamentais.

¹¹ Na interpretação da lei, o intérprete não deve cingir-se à letra da lei, como resulta do disposto no art. 9.º, n.º 1 do Código Civil.

¹² Cfr. ... TIMBANE, Tomás, O Poder Judicial ... e Parecer da Universidade ... *in* Contributo..., pp. 131 ss. e 294 ss.

¹³ Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 7/94, de 14 de Setembro, BR n.º 37, 1ª Série, 4º Suplemento.

Nas anteriores Constituições moçambicanas não existia nenhuma norma sobre advogados, mas muitas ocupavam-se do Ministério Público, apesar de ser reconhecido que o acesso ao Direito é garantido, significativamente, pela advocacia e o Ministério Público¹⁴: “Mas a independência da advocacia e o carácter privado ou liberal da profissão (...), têm-se revelado garantias insubstituíveis de protecção livre dos direitos das pessoas, sobretudo frente ao Estado.”¹⁵

Na verdade, os advogados colaboram na administração da justiça e exercem de forma exclusiva, com as excepções previstas na lei¹⁶, o patrocínio das partes e podem requerer, para a defesa de direitos e garantias individuais, a intervenção dos órgãos jurisdicionais competentes.

Para tanto, a Ordem dos Advogados, que é uma pessoa colectiva de direito público representativa dos licenciados em direito que exerçam a advocacia, tem, entre as suas atribuições, defender o Estado de Direito, os direitos, liberdades e garantias individuais, colaborar na boa administração da justiça e contribuir para o desenvolvimento da cultura jurídica e aperfeiçoamento do direito¹⁷.

Aliás, a consagração da garantia do exercício do mandato judicial, já é prática em alguns países, designadamente Portugal¹⁸, Cabo Verde¹⁹, Brasil²⁰, Timor-leste²¹ e no Projecto da Constituição de Angola²², por isso que se aplaude essa consagração constitucional.

Esta solução, que visa sublinhar a importância do patrocínio forense para a boa administração da justiça, ao mesmo tempo abre a porta ao legislador ordinário para regulamentar um estatuto de imunidades que sejam tidas por necessárias à execução do mandato judicial.²³

¹⁴ Neste sentido MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 2ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, p. 230.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Designadamente os técnicos e assistentes jurídicos, conforme resulta do disposto no art. 125 do EOA.

¹⁷ Cf. art. 4, als. a) e b) do EOA.

¹⁸ Cf. art. 208º da Constituição Portuguesa.

¹⁹ Cf. art. 211º da Constituição de Cabo Verde.

²⁰ Cf. art. 133º da Constituição da República Federativa do Brasil.

²¹ Cf. art. 136º, n.º 1 da Constituição da República Democrática de Timor Leste.

²² Cf. arts. 318º e 319º do Projecto da Constituição de Angola, consultado no dia 01.03.2005, em www.comissao-constitucional.gv.ao/paginas/part_5_f.htm.

²³ Cf. TIMBANE, Tomás, *O Poder Judicial ...*, ob. cit., p. 132. A CRM 2004 consagra algumas imunidades, designadamente no art. 63, n.ºs 2 e 3, vide infra III.

II. O Patrocínio Forense: Aspectos Gerais

A primeira questão que julgamos relevante para melhor compressão do tema objecto da nossa apresentação, relaciona-se com o mandato judicial.

Como resulta do disposto no art. 63 da CRM, o Estado assegura a quem exerce o mandato judicial, as imunidades necessárias ao seu exercício e regula o patrocínio forense, como elemento essencial à administração da justiça. Nota-se, pois, com este acolhimento constitucional, a importância que o legislador quis dar a quem exerce o mandato judicial. É, pois, importante analisar o alcance prático deste dispositivo legal, bem como avaliar as implicações práticas da consagração constitucional das garantias para o exercício do mandato judicial.

O patrocínio judicial consiste na assistência técnica e profissional que os advogados²⁴, que são os profissionais do foro dotados de qualificação jurídico-profissional, prestam às partes, tendo em vista uma adequada e correcta condução processual da lide.

Segundo ANTUNES VARELA²⁵, duas razões fundamentais justificam a intervenção dos patronos judiciais. Com efeito, os litigantes não são, do ponto de vista dos seus próprios interesses, as pessoas mais indicadas para orientarem o processo. Por outro lado, faltam ao comum das partes a experiência e os conhecimentos técnicos necessários à exacta valoração das razões que lhe assistem em face do direito real. Só entre os profissionais do foro, com o saber, a experiência e as regras deontológicas próprias do mandato judicial, se podem encontrar os colaboradores ideais da administração da justiça que a função jurisdicional requer.

Na verdade, os interesses das partes só serão bem defendidos em juízo por esses profissionais do foro do que se tais interesses fossem defendidos pelas próprias partes, uma vez que “(...) os advogados, por estarem munidos desses conhecimentos técnico-jurídicos de que as partes interessadas não dispõem, actuam com uma habitual serenidade

²⁴ Como se sabe, em Moçambique, o patrocínio judicial é exercido plenamente pelos advogados e, num plano diferente, pelos técnicos e assistentes jurídicos e pode, ainda, ser cometido, embora em termos limitados, aos advogados estagiários. Cf. os arts 34, 114, 118 e 125, todos do EOA.

²⁵ *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1985, p. 190.

desinteressada que é, naturalmente, “boa conselheira” para o patrocínio dos interesses que estão em jogo.”²⁶

Para além disso, nota-se que “só uma adequada, capaz e profissional condução processual das acções é que é colaborante com a boa administração da justiça e, por isso, ainda que indirectamente, com a paz social (...).”²⁷

Do que acima se disse, resulta que há requisitos básicos para o exercício do patrocínio judiciário, designadamente habilitações profissionais adequadas e o mandato judicial, isto é, uma relação de carácter contratual estabelecida entre o advogado e o seu cliente; na verdade, só mediante a autorização deste pode o advogado exercer as suas funções.

O art. 35º do Cód. Proc. Civil refere que o mandato judicial pode ser conferido de duas formas: por meio de instrumento público ou de documento particular, com intervenção notarial e por declaração verbal da parte no auto de qualquer diligência que se pratique no processo. Assim, a parte só pode constituir advogado ou pela via documental (elaborando-se, no notário, uma procuração) ou pessoalmente, numa diligência judicial²⁸.

III. As Imunidades Necessárias para o Exercício do Mandato Judicial

Tendo em conta o importante papel que os que exercem o mandato judicial desempenham, o Estado comprometeu-se²⁹ a assegurar um conjunto de imunidades para o seu melhor exercício.

E compreende-se que assim seja. Na verdade, se o Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário³⁰ e se uma das garantias do exercício das liberdades individuais é a possibilidade de as pessoas que propõe ou contra quem são propostas acções poderem ser

²⁶ Cf. MACHADO, António Montalvão, *Processo Civil*, Vol. II, Universidade Portucalense, Porto, 1995, p. 112.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Este método pessoal de conferir o mandato significa que a constituição de advogado fica integrada no auto de uma diligência judicial, onde é suposto que se exprima o que de relevante lá se passa, Vd. MACHADO, A. Montalvão, *Processo Civil*, ob. cit, p. 117.

²⁹ Trata-se de um compromisso que se traduz numa norma constitucional de carácter programático.

³⁰ Cf. art. 62 da CRM 2004.

acompanhadas por quem exerce o patrocínio judiciário, é compreensível que esse exercício deva ser acompanhado de um conjunto de imunidades para o seu melhor exercício.

Com efeito, não basta garantir que as pessoas tenham direito a um advogado ou defensor; É importante, também, consagrar garantias de um bom exercício do patrocínio judiciário por parte do mandatário.

Por isso, que não se pense que o advogado só estará para o exercício do mandato judicial. Com efeito, “num Estado de Direito Democrático não é possível conceber um sistema de organização judicial que assegure, efectivamente, o acesso à Justiça sem o Advogado, sobretudo numa sociedade como a nossa em que ardentemente se persegue o Direito e a Democracia enquanto cultura e prática dos cidadãos, da sociedade civil e do próprio Estado, enquanto pessoa jurídica por excelência.”³¹

Na verdade, “o reconhecimento da importância do Advogado implica, pois, a valorização da confiança e da sua credibilização em face do cidadão, cujos direitos, liberdades e legítimos interesses é chamado a defender em todas as circunstâncias, perante quem quer que seja, incluindo contra quaisquer centros de poder.”³²

Acresce, ainda, que “ao defender os direitos e liberdades individuais, ao contribuir para o equilíbrio e a paz social, ao concorrer para a melhoria da ordem jurídica e ao pugnar pelo aumento da cultura de constitucionalidade e legalidade das normas e actos, assumindo-se como um defensor do Direito, o Advogado exerce uma função ético-social que se traduz em autêntica magistratura cívica.”³³

Por isso, sendo o Advogado o garante de direitos e liberdades e tendo em conta o interesse público da sua função social, não se podia deixar de fora a sua consagração constitucional, pois é essencial ao Estado de Direito o constante reforço da dignidade do seu estatuto nos planos constitucional e legal, designadamente no que às garantias e prerrogativas diz respeito.

Na verdade, ao consagrar constitucionalmente o mandato judicial, o legislador define-o para além da sua actividade estritamente privada, qualificando-o como prestador de serviços de interesse colectivo. Sendo, pois, os Advogados participantes da

³¹ Parecer da Ordem dos Advogados ..., p. 14.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

administração da Justiça é importante conceder-lhe um conjunto de imunidades e garantias para o melhor exercício desta alta função social.

Na verdade, se aos magistrados judiciais e do Ministério Público, dois dos intervenientes da administração da justiça, são atribuídas imunidades e garantias³⁴ para o correcto exercício das suas altas funções, fácil é compreender que era necessário atribuir, a quem exerce o mandato judicial, imunidades e garantias para o correcto exercício das suas actividades, no âmbito da sua intervenção como elemento essencial de administração da justiça.

Essas imunidades concorrem para o respeito que a profissão de advogado deve merecer, bem como permitem reconhecer o seu papel na administração da justiça. Vamos, então, ver, no ponto seguinte, quais são os deveres do advogado que acabam por fundamentar a consagração dessas imunidades.

IV. Os Deveres e Garantias do Advogado como Fundamento das Imunidades para o Exercício da Profissão de Advogado

Mas não é só pelo respeito ao papel do advogado, nem pela sua importância na actividade na administração da justiça que se justifica a necessidade de um reconhecimento constitucional de um conjunto de imunidades.

No exercício da profissão, há necessidade de respeitar um conjunto de deveres. Mas para além dos deveres, o advogado tem direitos³⁵, bem como goza de garantias³⁶, gerais e especiais. De entre as garantias, avultam as garantias previstas no art. 37, n.º 1 do EOA, nos termos do qual *”Os magistrados, agentes de autoridade e funcionários públicos e entidades privadas devem assegurar aos advogados, quando no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas para o cabal desempenho do mandato”*.

³⁴ Cf. arts. 164, 165 e 178, todos da CRM 1990 e arts. 217, 218, 234, n.º 2 e 236 todos da CRM 2004.

³⁵ Cf. art. 63, n.º 4 da CRM 2004, que trata do direito de comunicação pessoal e reservada, mesmo com constituinte detido ou preso, o qual tem um elevado interesse prático. Cf. também art. 38 e 41 do EOA. Apesar do seu reconhecido interesse, não iremos aprofundar a questão dos direitos do advogado, pois a perspectiva de abordagem deste trabalho aponta noutro sentido. Na verdade, os deveres - e não os direitos - do advogado fundamentam a consagração de imunidades e garantias para o exercício da função e para a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos.

³⁶ Cf. arts. 34 e 35 do EOA que tratam do exercício da advocacia em Moçambique apenas pelos advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor na Ordem, bem como da admissibilidade do mandato judicial, representação e assistência por advogado em qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública.

De entre os deveres do advogado, avulta o dever de guardar sigilo. Este dever acaba por ser um dos fundamentos mais essenciais da consagração das imunidades aos advogados. Vamos, pois, analisar os deveres gerais do advogado (i), a necessidade de existir uma relação de confiança entre advogado e cliente (ii) e, por último, o dever de guardar segredo profissional (iii).

(i) Os Deveres do Advogado

No exercício da sua profissão, o advogado está sujeito a um conjunto de deveres, que devem ser sempre cumpridos. O incumprimento dos deveres é fonte de responsabilidade disciplinar (art. 63 EOA), civil (45 EOA e 483º ss. Cód. Civil) e até criminal (124 EOA).

O princípio basilar que ilumina a advocacia está consagrado no artigo 48, nº 2 do EOA, nos termos do qual “*O advogado, no exercício da profissão, manterá sempre e em quaisquer circunstâncias, a maior independência e isenção, não se servindo do mandato para prosseguir objectivos que não sejam meramente profissionais.*”

Por isso, o advogado está sujeito a uma independência absoluta, isenta de qualquer pressão, especialmente a resultante dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, devendo, pois, estar atento para não comprometer a ética profissional no intuito de agradar seja quem for.

Na verdade, “O Advogado é, antes de mais, um *homem livre*, responsável e sensível, que deve ter a precisa noção da hierarquia dos valores que regem a sua profissão.”³⁷ O Advogado, para além dos deveres que tem perante o cliente (art. 55, do EOA), outros existem para com a comunidade (art. 50, do EOA), para com os colegas (art. 57, do EOA) para com os juizes (art. 60, do EOA) e para consigo próprio e com a sua profissão.

Esta independência, este princípio orientador, permite ao Advogado a escolha, ponderada, conscienciosa e livre, das causas que lhe são propostas, ao mesmo tempo que lhe impõe a recusa daquelas que entenda injustas, inconsequentes ou despiciendas³⁸.

³⁷ Ana Clara ANTUNES, *Deveres do Advogado para com o Cliente*, Lisboa, Novembro de 2001, p. 6.

³⁸ *Ibidem*

O Advogado não deve, em circunstância alguma, deixar de por em primeiro lugar a sua ética profissional, devendo informar o cliente da existência ou não de razão na causa que pretende ver patrocinada³⁹.

Há, porém, que articular estas premissas: o “(...) *mandato não gera obrigações apenas para o advogado constituído, mas também para o mandante, sendo inadmissível que este se converta em instrumento de vexame para o mandatário, tornando o patrono vítima da sua incúria, da sua maldade ou dos seus caprichos (...)*”⁴⁰

Pois que, “... *a orientação do patrocínio cabe inteira e exclusivamente ao advogado, pelo que só a ele compete escolher os meios que entenda mais adequados à defesa dos interesses que lhe são confiados...*”⁴¹, não podendo, assim, jamais, reconduzir-se à função de um simples núncio das indicações ou ordens dos clientes.

A paixão cega o entendimento. Se o Advogado se apaixona pela causa, não poderá servi-la com raciocínio lúcido e claro. Há que manter clareza de espírito e raciocínio, não se deixando contaminar por quaisquer actos ou sentimentos, mais ou menos, ignóbeis⁴².

(ii) A Confiança

No dizer de ANTÓNIO ARNAUT, “*o advogado nunca é um observador distante e desapassionado, pois participa dos segredos, das dores e das alegrias dos seus representandos. E, além da sua ciência, deve dar-lhes a sua compreensão, por vezes mesmo, o seu afecto.*”⁴³

A relação entre o Advogado e o Cliente tende, muitas das vezes, a ultrapassar o estritamente profissional e técnico, para resultar num vínculo quase psicológico, uma vez que as constantes partilhas de sentimentos e factos envolvem uma relação de confiança entre as duas partes.

³⁹ Cf. art. 50, al. c) do EOA.

⁴⁰ Acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados Portugueses, de 21/04/1960, R.O.A., 21, 78, *apud* Ana Clara ANTUNES, *Deveres do Advogado para com o Cliente*, ob. cit., p. 7.

⁴¹ Acórdão do Conselho Superior, de 20/12/74, *apud* Ana Clara ANTUNES, *Deveres do Advogado para com o Cliente*, ob. cit., p. 7.

⁴² Ana Clara ANTUNES, *Deveres do Advogado para com o Cliente*, ob. cit., p. 7.

⁴³ António ARNAUT, “Ossos do Ofício”, Fora do texto, 1990.

Na advocacia é indispensável e fundamental existir confiança absoluta entre o Advogado e o seu Cliente, o que vai permitir que este confidencie àquele os seus problemas, entregando-lhe a sua causa. Mais do que um técnico do Direito, muitas vezes, o Advogado é um conselheiro, um confidente. A confiança que um cliente deposita, necessariamente, no seu Advogado, tem de ultrapassar a firmeza da valia técnica deste, atendendo também às suas qualidades morais e humanas.

O Advogado surge ao cliente como seu orientador no caminho da Justiça, a quem confia a sua causa, a quem entrega a sua verdade. Por seu turno, o Advogado deverá aceitar a verdade que lhe é trazida pelo seu cliente. Assim se estabelece, entre Advogado e Cliente, uma relação de absoluta confiança.

(iii) O Dever de Guardar Segredo Profissional

É princípio fundamental, regra basilar, e alma da relação entre Advogado e seu constituinte, a confidencialidade, o segredo profissional⁴⁴.

O Advogado é obrigado a segredo profissional no que respeita a factos referentes a assuntos profissionais que lhe tenham sido relevados pelo constituinte ou por sua ordem, ou conhecimento no exercício da sua profissão, a factos que, por virtude de cargo desempenhado na Ordem, qualquer colega, obrigado quanto aos mesmos factos ao segredo profissional, lhe tenham comunicado, factos comunicados por co-autor, co-réu, co-interessado do constituinte ou pelo respectivo representante; para além de factos de que a parte contrária do constituinte ou respectivos representantes lhe tenha dado conhecimento durante as negociações para acordo amigável e que são relativos à pendência da acção.⁴⁵

Na verdade, estão aqui em causa valores superiores àqueles que emanam do dever de colaboração com a Justiça e, assim, merecedores de tutela jurídica. Caso o advogado revele factos de que teve conhecimento no exercício da profissão, pode atingir-se o que de mais importante existe nesta relação, a confiança.

⁴⁴ Muitas profissões tem como princípio fundamental o segredo profissional, designadamente a actividade bancária, a actividade médica, etc.

⁴⁵ Cf. art. 53, nº1 do EOA.

Se o constituinte deve confiar no advogado, e é nisso que assenta a relação entre ambos, então a contrapartida do advogado consistirá em não relevar a ninguém os factos de que tenha tido conhecimento no âmbito da relação entre ambos.

Assim, o Advogado que obedecer este princípio norteador da sua relação com o seu constituinte tem, inegavelmente, direito ao silêncio. “Ou seja: o Advogado está eximido de revelar os segredos ou confissões de que é depositário.”⁴⁶

Todavia, em situações limite, o Advogado pode ser autorizado a revelar factos sigilosos quando seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio Advogado, do constituinte ou seus representantes.⁴⁷

Por isso, as declarações prestadas pelo advogado com violação de segredo profissional, não fazem prova em juízo, o que revela a importância da consagração do dever de sigilo.

“O Advogado está vinculado ao segredo quanto a todos os factos de que tiver conhecimento, directa ou indirectamente, no exercício da sua profissão. Todos os factos e documentos são sigilosos, mesmo que quem os revele não solicite confidência.”⁴⁸

Na esteira do que se vem dizendo, compreende-se, ainda mais, a necessidade de proteger esta relação de confiança que deve existir entre o advogado e o seu constituinte. Por isso, como resulta do disposto no n.º 2, do art. 63 da CRM 2004, “no exercício das suas funções, são invioláveis os documentos, a correspondência e outros objectos que tenham sido confiados ao advogado pelo seu constituinte, que tenha obtido para defesa deste ou que respeitem à sua profissão.”

Na verdade, a “(...) protecção do segredo profissional deve ser absoluta e é indispensável ao desempenho cabal da missão do advogado. A sua violação é causa de dano irreparável na relação de confiança entre o advogado e o seu Cliente, assim prejudicando o decisivo interesse público que a própria Constituição reconhece ao exercício da advocacia.”⁴⁹

⁴⁶ Ana Clara ANTUNES, *Deveres do Advogado para com o Cliente*, ob. cit., p. 10.

⁴⁷ Esse sigilo só cessa com autorização do presidente do Conselho Directivo, cf. art. 53, n.º 4 EOA.

⁴⁸ Ana Clara ANTUNES, *Deveres do Advogado para com o Cliente*, ob. cit., p. 16.

⁴⁹ Reclamação sobre busca judicial a escritório de Advogado, consultado em www.oa.pt/districtais/genericos/detalheartigo.asp?sidc=47&idc=520&scid=23331, em 18/02/2005.

A Constituição⁵⁰ *abre a porta*, contudo, a uma excepção, no n.º 3 do artigo 63, para a cessação destas imunidades, mediante prévia ordem judicial. Com efeito, as buscas, apreensões ou outras diligências similares no escritório ou nos arquivos do advogado só podem ser ordenadas por decisão judicial e devem ser efectuadas na presença do juiz que as autorizou, do advogado e de um representante da ordem dos advogados, quando esteja em causa a prática de facto ilícito.

Deste modo, a proibição não é absoluta, como resulta da ressalva acima referida, pois as buscas, apreensões ou diligências similares podem ser ordenadas se os documentos⁵¹ e correspondência⁵² respeitar a facto criminoso punível com prisão superior a dois anos e cujos indícios imputem ao advogado a sua prática.

A violação destas imunidades, designadamente os consignados no art. 63, nºs 2 e 3 do CRM, considerando que é um direito fundamental do cidadão o de ser protegido contra toda e qualquer divulgação de elementos que confiou ao seu advogado, traduz-se numa violação dos direitos do advogado que, desta forma, “ (...) se vê impedido de exercer convenientemente o patrocínio, já que não pode garantir ao Cliente a confidencialidade de tudo o que este lhe transmitiu, numa relação de confiança e lealdade.”⁵³

V. A obrigatoriedade da constituição de advogado no Código de Processo Civil

A recente alteração ao CPC foi a razão da inclusão deste ponto no presente trabalho. Com efeito, com a publicação do Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro, passa a ser obrigatório a constituição de advogado, nos casos indicados no art. 32.º do CPC. Esta obrigatoriedade de constituição de advogado não tomou em conta a quase inexistência de advogado em largos espaços territoriais de Moçambique, facto que, julgamos, levará ao incumprimento do referido dispositivo legal ou, caso haja rigidez no

⁵⁰ Bem como o art. 38 do EOA.

⁵¹ Os documentos exprimem uma realidade mais ampla do que a correspondência, como resulta do art. 362º do Cód. Civil.

⁵² Cabe na designação de correspondência, as cartas, instruções do cliente, pareceres do advogado, informações recebidas ou dadas pelo cliente ou pelo advogado.

⁵³ *Ibidem*.

seu cumprimento, na violação do direito de defesa dos cidadãos, uma vez que muitos verão os seus direitos não defendidos por falta de constituição de advogado.

Sendo certo que a lei irá entrar em vigor no dia 26 de Junho de 2006, nada mais se pode fazer no que se refere à obrigatoriedade de constituição de advogado, senão tentar compreender o regime previsto no referido diploma legal, o qual não é isento de críticas.

O legislador partiu do pressuposto, com o qual não concordamos, de que o art. 32º do CPC está em vigor, ajustando-o apenas à nova realidade⁵⁴. Não concordamos porque desde 1975 que as partes podem praticar, por si, todos os actos próprios da profissão de advogado.

Com efeito, resulta do disposto no artigo 32º, n.º 1 do CPC que é obrigatória a constituição de advogado, nos casos descritos nas alíneas do referido dispositivo⁵⁵. Para além disso, em várias legislações avulsas, o legislador obriga as partes a constituir advogado, designadamente para representar o assistente em processo penal, e, mais recentemente, para a prática de actos processuais no plenário do Tribunal Administrativo⁵⁶.

Com efeito, até 1975 a profissão de advogado era exercida pelos profissionais do foro, nos termos do já referido artigo 32º do CPC. Para além disso, o Cód. Proc. Penal já obrigava a constituição de advogado para representar o lesado, como assistente em processo penal, como resulta do CPP e do Decreto n.º 35007, tornando extensivo a Moçambique através da Portaria n.º 17076.

⁵⁴ Acresce, porém, que na Lei n.º 9/2005, de 23 de Dezembro (autorização para o Governo alterar o CPC), nada consta no que se refere à (re) introdução do patrocínio judiciário, o que indicia que para o legislador, o art. 32.º estava em vigor, facto que, como pretendemos demonstrar, não corresponde à verdade.

⁵⁵ Do artigo 32.º do CPC resulta que se mantém os n.ºs 1 e 3, sendo que relativamente ao n.º 2 estabelece-se que ainda que seja obrigatória a constituição de advogado, os advogados estagiários e as próprias partes podem fazer requerimentos em que se não levantem questões de direito, enquanto o n.º 4 dispõe que quando não haja advogado na área de jurisdição do tribunal da causa, o patrocínio pode ser exercido por técnico ou assistente jurídico. Ora, tendo havido uma alteração por via do Decreto-Lei, julgamos que este pudesse alterar uma Lei (EOA), pois a lei da autorização legislativa não chegou a autorizar o Governo a alterar matérias relativas ao patrocínio judiciário. Na verdade, o Governo deve, ao elaborar o diploma legal na sequência de uma autorização legislativa, colocar-se dentro dos limites que lhe foram impostos pela autorização legislativa, facto que, a não acontecer, enferma de vício a parte referente à violação dos limites impostos.

⁵⁶ Cfr. art. 6 da Lei do Processo do Contencioso Administrativo (Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho).

No entanto, o Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, extinguiu o exercício liberal da advocacia, pelo que com tal proibição, as partes passaram a praticar, por si, todos os actos próprios da profissão de advogado que lhes dissessem respeito⁵⁷.

Algumas das disposições do referido diploma legal foram revogados expressamente, por exemplo pela Lei n.º 3/86, de 16 de Abril (lei que criou o Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica), bem como todas as disposições que contrariassem o disposto naquela lei.

Apesar de ter revogado as referidas disposições do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, a Lei n.º 3/86, não repristinou⁵⁸ as normas anteriormente revogados, nomeadamente o art.º 32º do Código de Processo Civil, onde o patrocínio judiciário era regulado.

Entretanto, a Lei n.º 3/86, de 16 de Abril, foi revogada pela Lei n.º 7/94, de 14 de Setembro, sem que, todavia, se tivesse feito a reposição das normas processuais do patrocínio judiciário, continuando este na situação criada pelo Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto.

Por isso, julgamos que a redacção do art. 32º deveria ter tido em conta que até este momento não é obrigatória a constituição de advogado, salvo nos casos acima referidos⁵⁹, devendo, pois, articular-se o conteúdo do art. 32º ao previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados.⁶⁰

Nos termos em que está formulado o artigo, *parece* ser obrigatória a constituição de advogado em todos os processos judiciais. Com efeito, pelo n.º 1, do art. 32º conclui-se que o patrocínio é obrigatório nas causas de competência de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário.

⁵⁷ Esta disposição é retomada pela nova redacção o n.º 2 do art. 32º do CPC nos termos do qual ainda que seja obrigatória a constituição de advogado, os advogados estagiários e as próprias partes podem fazer requerimentos em que se não levantem questões de direito.

⁵⁸ Como resulta do disposto no n.º 4 do art. 7º do CC, a revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara, significando isso que a revogação do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, não significa colocar em vigor o dispositivo no art. 32º do CPC, revogado em 1975.

⁵⁹ Cf. Decreto 35007 e art. 6 da Lei do Processo do Contencioso Administrativo.

⁶⁰ Note-se que a questão da obrigatoriedade ou não de constituição do patrocínio judiciário não se resume ao mero comentário ao novo texto legal. Com efeito, pode ocorrer que num processo pendente o tribunal venha a considerar inquestionável tal obrigatoriedade, considerando que o novo texto legal irá declarar que se mantém o anterior texto legal.

Deste modo, como os tribunais com alçada são os tribunais inferiores (tribunais distritais e tribunais provinciais), só não será obrigatório constituir advogado nos casos em que não seja admissível recurso ordinário, designadamente naqueles em que as causas sejam de valor inferior à alçada de cada um daqueles tribunais (7 e 30 milhões de meticais), desde que não se trate das situações em que sempre se admite recurso, designadamente nos casos do indeferimento liminar, de violação das regras de competência internacional (cfr. art. 474.º)

Antes da revisão do CPC, tal era perfeitamente aceitável, tendo em conta que os tribunais com alçada eram os tribunais de comarca e os tribunais da relação. Comparando as duas realidades, julgamos que a *manutenção* (reintrodução) da al. a) é muita rigorosa e traduz-se numa limitação do exercício efectivo do acesso à justiça.

Para além disso, como é obrigatória a constituição de advogado nas causas que sempre admitem recurso, seja qual for o valor da causa (cfr. art. 475º e 678º, 2 do CPC), nos recursos e nas causas propostas nos tribunais superiores, julgamos que a permissão de pleitar sem advogado existe mas em limitadíssimos casos.

Com efeito, analisando a al. c), conclui-se então, considerando que os tribunais distritais e provinciais são tribunais inferiores, que é sempre obrigatório constituir advogado em todas as causas e em todos os recursos. Sugerimos, pois, a substituição da expressão “tribunais inferiores” por “tribunais superiores”.

No entanto, tomando em conta que dentro dos tribunais judiciais há só um tribunal superior (O Tribunal Supremo)⁶¹, então melhor ficaria “nos recursos e nas causas propostas no Tribunal Supremo”. Caso venham a ser criados tribunais intermédios (como os antigos tribunais da relação), o legislador terá de, na altura da sua criação, encontrar uma outra solução, designadamente mudar a expressão Tribunal Supremo por tribunais superiores, caso entendesse que os referidos tribunais intermédios são tribunais superiores.

No n.º 2 do art. 32º parece-nos ter havido falta de atenção, primeiro com a inclusão de solicitadores – que, como se sabe, não existem em Moçambique – bem como candidatos à advocacia. Melhor seria que se retirasse solicitadores e se substituísse

⁶¹ Substituir também tribunais superiores por Tribunal Supremo na epígrafe do art. 91º. No art. 131º ao invés de presidente do respectivo tribunal, deveria dizer-se Presidente do Tribunal Supremo.

candidatos à advocacia por advogados estagiários. Para além disso, julgamos que seria útil conjugar este dispositivo legal com a matéria do exercício da advocacia regulada no Estatuto da Ordem dos Advogados.

Relativamente ao n.º 4 do mesmo art., julgamos que a substituição de comarca por província não é feliz, pois não toma em conta a organização judiciária de Moçambique. Com efeito, a expressão que melhor se enquadraria tendo em conta a nova organização judiciária seria “área de jurisdição do tribunal da causa”. Na verdade, com a redacção proposta, poderíamos ter o caso dum acção a correr, por exemplo, num distrito como Nacala. O autor seria obrigado a procurar um advogado em toda a província de Nampula e a demonstrar que, tendo procurado em toda a província, não existe, o que não deixa de ter custos elevados.

A nossa sugestão toma em conta que o autor procura primeiro na área de jurisdição do tribunal – distrito, se a acção estiver a correr num tribunal distrital e província, se estiver a correr num tribunal provincial – e só em caso de inexistência é que se pode recorrer aos técnicos e assistentes jurídicos. Julgamos que esta solução está em consonância com os princípios da presente revisão, designadamente no que se refere ao acesso à justiça.

Relativamente ao art. 43º, para além do que já foi dito – colocação do artigo – valem as considerações acima feitas quanto à substituição da expressão comarca por província⁶². No n.º 1 refere-se ao presidente do conselho distrital da ordem dos advogados, entidade que, pelo que sabemos, não existe em Moçambique. Mesmo que se substitua conselho distrital por delegação regional ou sede da Ordem para a Cidade de Maputo (considerando que apenas existem as delegações da Beira e Nampula), nos locais onde não existem haveria problemas de interpretação. Poderia, por exemplo, delegar-se esta função, transitoriamente, enquanto a Ordem não se expande, às delegações do IPAJ.

⁶² O mesmo sucede nos artigos 83º, n.º 1, al. a), 180º e no art. 478º. No art. 241º fala-se em circunscrição, quando o melhor seria falar em *fora da área de jurisdição do juiz*. No art. 248º fala-se em localidade, sabendo que esta área circunscrição territorial não tem expressão na organização judiciária. No art. 210º fala-se em juízo ou vara e Tribunal Supremo do respectivo distrito, facto que resulta de substituição indistinta da expressão tribunal da relação. Para além disso, continua falar-se, no texto do anteprojecto, de tribunal colectivo, quando se sabe que este nunca chegou a entrar em vigor em Moçambique. A substituição de tribunal colectivo por tribunal e a manutenção da expressão tribunal colectivo presta-se a confusões, considerando, ainda, que essa expressão tinha um certo significado e o regime de funcionamento do tribunal tinha um certo sentido quando se refere-se a tribunal colectivo e tribunal singular. Cf. arts. 638º, 2, 646º, 712º.

No n.º 2 do mesmo artigo, onde se fala de advogado, a fim de abranger todos os que podem exercer o patrocínio jurídico, deveria dizer-se “patrono”.

CONCLUSÕES

Foi, pois, por tudo isso, julgamos, que a Constituição consagrou como princípio fundamental da organização judiciária e como elemento essencial à administração da justiça, o mandato e o patrocínio forense, conferindo dignidade constitucional à garantia das imunidades legais necessárias ao seu exercício.

A advocacia, um dos três pilares da administração da justiça, tem nas novas bases constitucionais um suporte para o melhoramento das suas actividades, com vista a garantir eficazmente o direito de defesa reconhecido ao cidadão.

Colegas, não se pense que este conjunto de imunidades é um privilégio, porque não é: é, sim, uma responsabilidade acrescida para quem exerce ou pretende exercer a profissão de advogado.

Muito Obrigado.