

A ESTRATÉGIA PROCESSUAL: “DA ARTE DA GUERRA À FUGA PARA A PAZ”

PAULO DUARTE TEIXEIRA

O autor aborda o conceito de estratégia procurando transpô-lo com as necessárias adaptações para a actividade jurisdicional. Para esse efeito faz apelo às normas deontológicas, para além, das legais, para densificar o objectivo a alcançar, e analisa sumariamente algumas manobras processuais habitualmente utilizadas para obter a “vitória”. Conclui, porém que a verdadeira vitória é a pacificação do conflito e que por isso a existir batalha a principal arma do magistrado é a “arte da fuga”.

“está ao teu alcance ser invencível, desde que não te aventuretes em nenhum concurso cuja vitória não dependa de ti”

EPICTETO, A arte de viver

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O processo como estratégia; 3. O Objectivo; 4. Os limites a acção judicial derivadas das regras deontológicas; 5. O meio de alcançar o objectivo: as cinco observações e os três movimentos; 6. A arte da fuga e a paragem; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

CHARLES FRIED¹, antigo juiz e actual professor da universidade de Harvard começa o seu artigo dizendo que uma série de profissionais possuem códigos deontológicos, desde os médicos aos advogados, passando pelos cabeleiros, agentes funerários, terapeutas sexuais e agentes imobiliários. Contudo, segundo este autor o que caracteriza de forma evidente as regras aplicáveis aos juizes é o poder “*imenso*” que estes possuem de interferir de forma irremediável na vida e no status dos restantes indivíduos. Por isso, conclui, que as regras deontológicas do juiz devem, no fundo, promover o dever do juiz possuir um sólido conhecimento do direito e que este decida de forma plena e imparcial, apenas com base nessas regras do ordenamento jurídico.

Ou seja, o primordial dever deontológico e jurídico foi, é, e continuará a ser sempre a imparcialidade do juiz perante o objecto da causa, os seus litigantes e intervenientes e os efeitos sociais e económicos da sua decisão.

¹ In A Meditation on the First Principles of Judicial Ethics, Hofstra Law Review, 2004, 32, pág. 1227 e segs.

Podíamos assim resumir os deveres deontológicos do juiz actual reproduzindo aquela velha frase de Sócrates, segundo o qual “*o juiz deveria ouvir com atenção, falar com moderação e decidir com imparcialidade*”.

Contudo a sociedade alterou-se. Do certo (relações familiares, laborais, normativas e centros de poder) passamos para o incerto, liquido e fluído². O direito rígido e previsível transformou-se num ordenamento permeável, aberto, flexível e lacunar (“*o direito de mercúrio*”). O que se exige hoje ao juiz é muito mais do que anteriormente. O Juiz e o aparelho não podem continuar protegidos por um sistema monástico religioso³, no qual a vida social aparece de forma imperfeita retratada no papel.

Assim sendo a *terzietà* que se reduz, no fundo, ao desinteresse e neutralidade do juiz perante a causa não pode hoje ser encarado como o mero distanciamento formal do juiz. Pelo contrário, cada vez mais os poderes processuais do juiz implicam que este deixe de assumir uma posição passiva e distanciada para ser um sujeito activo e processualmente interessado e motivado na tramitação da causa⁴. Existe hoje uma nova dimensão de julgar que implica outras formas de interacção, planeamento e relação com os outros intervenientes e poderes⁵.

2. O PROCESSO COMO ESTRATÉGIA

Tradicionalmente a estratégia era conotada com a direcção da guerra assumindo, até ao início do Século XX uma dimensão exclusivamente ligada à manutenção e utilização das forças armadas⁶.

Actualmente o seu campo de aplicação “*alargou-se a uma massa vasta de conhecimentos humanos, que obrigou a um esforço de sistematização capaz de permitir, em antecipação, a visualização intelectual do uso e finali-*

² ZYGMUNT Bauman, *in* A vida Fragmentada Ensaios sobre a moral pós-moderna (relógio de água 2007, Modernidade e ambivalência, relógio de água 2007, Cornelius Castoriadis Uma sociedade à deriva, 2006, 90 graus editora e Que valores para este tempo? Gradiva, 2007, Actas de conferência na Fundação Gulbenkian.

³ Nesta matéria é sintomático o artigo publicado no n.º 4 da revista Julgar de Luis Eloy Azevedo, Perfil do Juiz: da modelação à crise de identidade.

⁴ Cfr., Por todos, o artigo de Igreja Matos, Revista Julgar, n.º 2.

⁵ Cfr., Por todos, Jean-Marie Carbasse (org.), La Conscience Du Juge Dans la Tradition Juridique Européene, PUF, Paris, 1999, e Paulo Rangel, Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos, Porto, 2001, pág. 161.

⁶ Baptista Comprido, Estratégia, Enciclopédia Pólis, volume II, pág. 1170, Carlos Pinto de Abreu, Estratégia Processual — de uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual, Ars et Iustitia, Lisboa, Lisboa, 2000, pág. 7 e segs. Walter F. Murphy Elements of Judicial Strategy University of Chicago Press, 1964; Lawrence Baum, What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior, by © 1994 University of Utah, <http://www.jstor.org/pss/448853>; Fernanda Duarte, O Supremo Tribunal Federal e o Processo como estratégia de poder, http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num19/artigos/artigo_6.pdf; Fernanda Duarte, Rafael M. Iorio Filho e Bárbara Lupetti, Jurisdição Constitucional, Poder E Processo: Uma Proposta De Metodologia De Análise Jurisprudencial http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/fernanda_duarte.pdf.

dade dos meios de acção e de garantir a sua convergência de forma eficaz e oportuna”^{7 8}.

O processo judicial e, em particular a intervenção do juiz no mesmo, pode também ser analisado sob o ponto de vista da estratégia, na medida em que o mesmo é um espaço de conflito, no qual os intervenientes visam obter determinados fins através de meios humanos, materiais e legais colocados ao seu dispor.

Nessa medida Edson Heines (presidente STJ Canadá), afirma claramente que “*Law is not justice and a trial is not a scientific inquiry into truth. A trial is the resolution of a social dispute*”⁹.

Paul Ricoeur sublinha essa concepção ao afirmar “*atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência*”¹⁰.

Por isso seria fácil concluir que se a política é a continuação da guerra por outros meios (Carl von Clausewitz¹¹), o julgamento é também a continuação do conflito social por outros meios.

E, assim a ciência do direito pode adaptar e integrar modelos conceptuais de outras disciplinas como a psicologia, economia, sociologia e humanidades, entre os quais a estratégia¹². Porque em qualquer processo judicial está sempre presente uma querela, antagonismo ou conflito, “*uma situação peculiar é certo, mas não muito longe, de uma verdadeira guerra*”¹³.

Nessa medida, a estratégia processual nas palavras de Carlos Pinto Abreu¹⁴, seria “*o fluxo racional, organizado e hierarquizado de intenções e*

⁷ BAPTISTA Comprido, *ob. cit.*, pág. 1171.

⁸ Refiram-se aqui, sinteticamente as Concepções de Estratégia na Sociologia das Organizações: Concepção Clássica (Chandler): estratégia é o processo racional de cálculo e análise tendo em vista maximizar as vantagens futuras; Evolucionista (Porter): a estratégia é toda a forma de acção que permite a sobrevivência através dos processos competitivos de selecção natural; Processual (Mintzberg): a estratégia é a forma escolhida para simplificação e coordenação da realidade complexa e caótica; Sistémica: (Whinttigon): os objectivos e práticas estratégicas dependem do sistema social específico onde são formuladas e aplicadas; Mintzberg (1987); define estratégia como artesanato face à realidade complexa o estratega precisa de ter proximidade, percepção e a adaptabilidade de um artesão, cfr. HIAVENATO, I. — Teoria Geral da Administração; S. Paulo, McGraw-Hill, 10.º edição, 2003; CUNHA, M.; REGO A.; CABRAL-COUTO; Tempos modernos — uma história das organizações e da gestão; Lisboa; Sílabo ed., 2005; Maria José Chambel e Luís Curral, Psicologia Organizacional, Da Estrutura à Cultura, Livros Horizonte, 2008, pág. 61 e segs.

⁹ The Judicial Process, Cambridge University press, 2005, pág. 56.

¹⁰ O justo ou a essência da justiça, Instituto Piaget, pág. 166. Por seu turno Montero Aroca, Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 108 sublinha o direito das partes a poder “lutar” pelo que crêem que é seu e a fazê-lo com todas as armas que o ordenamento jurídico lhes conferir.

¹¹ Da Natureza da Guerra, edição 2006, coisa de ler, Lisboa, pág. 7 e segs.

¹² Veja-se Paulo Duarte Teixeira que exemplifica a aplicação de alguns dos instrumentos da Ciência do Management das organizações empresariais ao trabalho judicial in Instrumentos de Racionalização do Trabalho dos Juizes, in Conselho Superior da Magistratura, Reforma da Organização judiciária, da Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 99 a 162.

¹³ Carlos Pinto de Abreu, *ob. cit.*, pág. 20.

¹⁴ *Ob. cit.*, 2000, pág. 32.

acções, consubstanciadas por atitudes ou comportamentos, actos ou omissões processuais, direccionados, consistentes, coerentes e articulados com vista a atingir as legítimas pretensões manifestadas e perseguidas pelas partes ou sujeitos processuais”.

Note-se a semelhança entre a actividade processual de qualquer interveniente nos seus articulados, requerimentos e decisões, nos quais os assuntos, temas e objectivos podem ser semelhantes, mas em que existe sempre algo de único e singular que impede a mera reprodução dos utilizados noutras situações.

Por isso a noção de estratégia de Mintzberg, que a define como algo análogo artesanato, *“face à realidade complexa o estrategia precisa de ter proximidade, percepção e a adaptabilidade de um artesão”* parece ser a mais adequada à actividade processual¹⁵.

3. O OBJECTIVO

Mas antes de coordenarmos os meios, tendo em conta a obtenção de um fim é necessário definir o objectivo a alcançar.

Nas palavras de Michel Foucault¹⁶ a palavra estratégia é normalmente utilizada em três sentidos: o primeiro para designar a escolha dos meios utilizados para se chegar a um fim; trata-se da racionalidade utilizada para se atingir um objectivo. Em segundo lugar pode ser utilizada para designar a maneira como alguém actua; como age em função daquilo que pensa dever ser a acção dos outros e daquilo que ele acredita que os outros pensarão ser a sua acção; em suma a maneira pela qual tentamos obter uma vantagem sobre os outros. Em terceiro lugar o conjunto de procedimentos utilizados num confronto para privar o adversário dos seus meios de combate e levá-lo a renunciar a lutar. Concluindo *que “essas três significações reúnem-se nas situações de confronto onde o objectivo é agir sobre um adversário de tal modo que a luta lhe seja impossível; A estratégia é então a escolha da opção vencedora”*.

Nessa medida o objectivo da estratégia processual será, na óptica do magistrado a decisão da causa, com total respeito pelas normas legais aplicáveis¹⁷, e principios estruturantes do sistema judicial de onde avulta a imparcialidade^{18 19}.

¹⁵ In O Que é Estratégia, Thomson, 2001.

¹⁶ O Sujeito e o Poder, tradução brasileira, Forense universitária, Rio de Janeiro, 1995, pág. 247.

¹⁷ Note-se nessa medida a necessidade do integral respeito pelo formalismo processual, pois que este tem uma dupla função, por um lado controla os eventuais excessos de uma parte em relação à outra, ou do tribunal face a ambas. Deste modo o formalismo processual constituiu um factor de igualdade (pelo menos formal) entre os contendores entre si, e por outro lado, constituiu a existência pré-estabelecida de um conjunto de regras visando a obtenção da justa composição daquele concreto conflito social. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, El derecho como sistema de garantías. In: Derechos y garantías: la ley del más débil, 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

Mas os limites da lei e da constituição podem não ser suficientes quanto se trata de definir o objectivo concreto de uma actuação jurisdicional.

Todos nós sabemos que com a aplicação do mesmo código e respeito pelas regras processuais um juízo pode adiar sistematicamente várias diligências e outro realizá-las. São também essas mesmas leis que permitem abissais diferenças de produtividade, em processos idênticos, com funcionários e mandatários semelhantes e regras processuais iguais.

Na verdade os objectivos de qualquer actuação podem ser distintos e opostos, mesmo que formalmente cumpram os ritos processuais²⁰. E, nem isso basta porque por vezes a simples existência de uma baixa pendência processual pode ser apenas o sintoma do simples abuso de determinadas possibilidades legais e não o reflexo de uma efectiva qualidade das decisões judiciais. Bastará nesta matéria atentar a três expedientes simples: No âmbito civil a declaração de incompetência processual gera uma baixa processual, que mesmo que ilegítimamente efectuada e suprida através de uma decisão superior só implicará a remessa dos autos para esse tribunal meses depois.²¹ Por outro lado os indeferimentos liminares, nomeadamente em processos instaurados com base em injunções, são aptos também a gerar inúmeras baixas processuais (em especial em tribunais de litigância de massas), não obstante tais casos, com alguma maneabilidade sejam passíveis de convite à correcção e assim ser impedida a entrada de uma nova acção para o tribunal mas não já para aquele juízo concreto²². Por fim, os fundamentos para adiamento de audiências de discussão e julgamento mereciam um estudo separado: desde a ocupação de salas; à mudança de gabinetes; à admissão *ad eternum* de pedidos de suspensão da instância; à falta de um dos três peritos para os esclarecimentos dos mesmos; à falta de correcção já determinada de dois quesitos após reclamação à base instrutória; e à constante (e por isso estranha) sobreposição de processos urgentes, a marcações dilatadas pela curiosa expressão conclusiva “excesso de serviço” de muito pode legitimar ou não a realização do julgamento.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 30; GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo, in <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

¹⁸ AFONSO, Orlando Viegas Martins, “Poder Judicial — Independência in Dependência, Almedina, 2004, pág. 71.

¹⁹ John Raws tem um exemplo claro de aplicação da justiça: “aquele que divide o bolo não pode ser o mesmo a distribuir as fatias”. Esta mesma ideia tem orientado os estudos e os rumos do Direito sobre os limites que devem ser colocados à actividade processual do juiz.

²⁰ Cfr. I. Boucobza, La fonction juridictionnelle Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie Dalloz — Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 3/2005.

²¹ E, note-se que de acordo com o art. 111.º, n.º 2, da anterior versão do CPC essa decisão mesmo que aplicando o *forum rei sitae* a uma acção de dívida transitória imediatamente e, como o processo tinha sido remetido para outro tribunal nem sequer poderia vir a ser objecto de inspecção ao serviço judicial. Pelo que esta estratégia é especialmente apetecível em períodos anteriores a qualquer inspecção.

²² Art. 508.º, n.º 3, do CPC e por todos Ac. do Supremo Tribunal de Justiça 06B2772 de 21-09-2006, disponível em dgsi.pt.

Ora, tudo isso são estratégias e estratégias largamente vencedoras na medida em que numa lógica utilitária afastam de forma definitiva ou temporária o trabalho judicial daquele concreto titular.

Por isso a definição do objectivo a alcançar não pode ficar apenas na obediência às normas substanciais e processuais, porque como escreveu JEAN CARBONNIER²³, “ o Direito é mais amplo do que o conjunto das fontes formais do Direito”. E a cultura organizacional dos intervenientes (*Local Legal Culture*) é precisamente definida como o conjunto de factores subjectivos que afectam, condicionam e limitam os níveis de produtividade, qualidade e eficácia dos intervenientes processuais²⁴.

4. DOS LIMITES À ACÇÃO JUDICIAL DERIVADOS DAS REGRAS DEONTOLÓGICAS

Por isso a necessidade de fazermos aqui apelo às regras deontológicas.

As regras deontológicas são normas de conduta profissional que visam regulamentar uma específica actividade com relevância social²⁵. Do ponto de vista histórico a regulamentação profissional definia e condicionava o acesso a uma determinada actividade lucrativa. As corporações medievais limitavam o seu acesso a determinados indivíduos munidos de um determinado saber fazer, não apenas para defender o interesse público, mas, em primeira linha para assegurar, a natureza lucrativa da sua actividade²⁶. Esse objectivo era alcançado através: da exigência de um padrão de qualidade mínima dos produtos; da fixação dos ritos de aprendizagem, da prática concertada de fixação de preços; e da limitação do nível da concorrência²⁷.

²³ Sociologie juridique, Paris, Armand Colin, 1972, págs. 112-113.

²⁴ Cfr., por todos, Brian Ostrom, et all, *Trial Courts as Organizations*, Templeton Press, 2007, que define essa cultura judiciária em aparente (formal, oficial e escrita) e profunda.

²⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira *Constituição República Portuguesa Anotada*, 3.^a edição, pág. 898, definem as regras deontológicas qualificando-as como conjunto de regras de natureza sem carácter jurídico vinculante editadas pelos poderes públicos ou, mais geralmente por organizações privadas que se destinam a reger o exercício de uma profissão ou uma actividade económica determinada. João Pacheco Amorim, *A Liberdade de Profissão*, Estudos em Comemoração dos 5 anos da F.D.U.P., Coimbra Editora, 2001, pág. 755 e segs., numa ampla análise da regulamentação portuguesa das ordens profissionais; Buffelan, *Étude de déontologie comparée dans les professions organisées en ordres*, in JCP, 1962, I, n.º 1695; Alessandra Bellelli, *Il Codice Deontologico medico e il suo valore giuridico*, in *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, a cura di Mauro Barni, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 16 e segs.

²⁶ Max Weber, *Economia y sociedade*, pág. 244, define os profissionais como uma classe lucrativa formada por um círculo de agentes privilegiados que monopolizam o fornecimento de bens imateriais, sociais e económicos e gozam de apreço social.

²⁷ Michael Moran e Bruce Wood, *States, Regulation and The Medical Profession*, 1993, Open University Press, Buckingham, pág. 19 e segs., salientam do ponto de vista sociológico que a regulamentação profissional da actividade médica, como de outras actividades profissionais tem quatro fins: regulamentar o acesso à profissão definindo a selecção e treino dos profissionais; em segundo lugar, impor um limite à concorrência entre os que acederam a esse mer-

No âmbito da medicina por exemplo, essa auto-regulamentação profissional consistia na aceitação pelos seus profissionais de um padrão de competência e de conduta determinado.

Nesta matéria é útil referir que se as regras deontológicas assumem a natureza de regras autónomas de cariz ético, de natureza interna, e por isso sem qualquer validade jurídica, salvo expressa previsão legislativa²⁸, que indirectamente as legitime. Todavia, essas normas deontológicas possuem relevância externa indirecta, já que ao regularem uma actividade socialmente relevante constituem parâmetros de avaliação das condutas profissionais.

Ou seja, as normas deontológicas aprovadas, por exemplo no COMPROMISSO ÉTICO DOS JUÍZES PORTUGUESES²⁹ constituem juridicamente meros usos profissionais que nos termos do art. 3.º, n.º 1, do CC são fontes mediatas ou indirectas de direito, na medida em “*que não forem contrários aos princípios de boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine*”³⁰.

Como salienta REIS FIGUEIRA³¹ “*a deontologia define modelos de perfeição (...) a disciplina é o comportamento que se exige (...) a deontologia é o comportamento a que se aspira*”.

Ora, as regras deontológicas desse compromisso ético parecem ter sido influenciadas pelos novos modelos de administração pública, e da actividade jurisdicional, na medida em que o 5.º principio sob a epígrafe DILIGÊNCIA, dispõe “*o mérito da função judicial assenta necessariamente na competência e diligência dos juízes*”, esclarecendo que:

“1. Os juízes empenham-se, ao longo da vida profissional, em adquirir os conhecimentos, competências e qualidades pessoais necessárias para exercer a sua função com mérito.

2. No exercício da sua função, os juízes consagram a sua actividade ao bom funcionamento do tribunal e ao tratamento célere dos pro-

cado (publicidade, incompatibilidades, etc.); em terceiro lugar, definir as regras de conduta dos profissionais com os seus clientes; e por fim, regulamentar as formas e quantum de pagamento dessa actividade.

²⁸ V. BELLELLI, Codice di Deontologia Medica e Tutela del Paziente, *in* Rev. Dir. Civil, II, pág. 581, Enrico Quadri, Il Codice Deontologico Medico ed i Rapporti tra Etica e Diritto, *in* Resp. civ. Prev., 2002, Ottobre, pág. 926 e segs.; Luigi Montuschi, Deontologia e Rapporto di lavoro giornalistico: a chi spetta il potere disciplinare, *in* Argomenti di Dirittodel Lavoro, n.º 3, 2001, pág. 1055 e segs. Alessandra Bellelli, Códice di deontologia e Tutela del Paziente, *in* Riv. Dir. Civ., 1995, fasc. 6, t. 2, págs. 577 a 587.

²⁹ [//www.asjp.eu/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=68](http://www.asjp.eu/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=68)

³⁰ Como salientam JÚLIO VIEIRA GOMES e ANTÓNIO FRADA SOUSA (in Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos, *in* Estudos de Homenagem a Mário Júlio de Almeida Costa, UCP, 2000, págs. 861 a 932), os deveres de cortesia constituem deveres sociais que a vida de relação impõe num determinado momento histórico-cultural e que aparecem associadas a certas intenções ou atitudes subjectivas que em regra, não são deveres jurídicos. No caso das regras deontológicas estas assumem valor injuntivo, apenas, para o círculo restrito de profissionais a que se destinam e.

³¹ Ser, Dever ser e Parecer — Notas Sobre a Deontologia dos Juízes: Da Disciplina ao Aparhecimento de Códigos de Conduta, *in* Revista Forense, vol. 385, pág. 36.

cessos, para que os casos submetidos à sua apreciação sejam decididos com o máximo de qualidade e prontidão.

3. Os juízes têm consciência de que o bom funcionamento do tribunal depende também da adopção de critérios de gestão organizativa e processual, com vista à simplificação dos procedimentos formais, à planificação, monitorização e avaliação do serviço e à utilização das novas tecnologias de informação e de informatização”.

Deste modo parece-nos claro que o objectivo está encontrado e densificado.

No âmbito da actividade pública é evidente a existência de um movimento global, caracterizado pela colocação do utente no fulcro da actividade da administração, que por sua vez parece enquadrada num novo paradigma *New Public Management*, nos termos do qual existe uma política de rigor na utilização dos recursos, com um efectivo combate ao desperdício, visando promover ganhos de eficiência sem por em causa a actividade fundamental.

Como qualquer actividade pública a actividade do juiz não pode deixar de consagrar também exigência de qualidade. Qualidade essa que actualmente não se reduz apenas à boa aplicação das regras processuais e substantivas.

No caso do aparelho judiciário a produtividade mais não é do que a capacidade de fornecer o acesso ao bem justiça. Contudo essa produtividade não pode ser equiparada, de forma formal e absurda, a uma simples soma quantitativa do número de despachos e sentenças elaborados, sem curar de analisar o seu conteúdo intrínseco e a sua aptidão para a solucionar de forma efectiva, ajustada, adequada e socialmente fundada o litígio concreto. O “novo” paradigma de eficácia judicial não pretende, pois, por em causa uma efectiva busca de rigor e qualidade na decisão, porque a rapidez ou o número não são o único valor a alcançar.

Pelo contrário, a busca da eficácia terá sempre que integrar uma dimensão qualitativa de adequação às normas do sistema e às especificidades do caso concreto.

A ponderação e o decurso do tempo são necessários à reflexão, análise e decisões judiciais.

Nestes termos, os critérios de qualidade e eficácia do trabalho judicial estão necessariamente ligados à obtenção do resultado ao menor custo possível sem lesar direitos fundamentais das partes.

Note-se que a recente alteração ao canon 2 do código ABA acentuou essa dimensão ao consagrar o seguinte comentário “*Canon 2: Judicial Duties: A Judge Shall Perform the Duties of Judicial Office Impartially, Competently, and Diligently (sublinhado nosso)*”³².

³² Código Modelo de Conduta Judicial da Associação Americana de Advogados (ABA) — EUA (2007). O novo comentário tem o seguinte teor: “To ensure impartiality and fairness to all parties, a judge must be objective and open-minded”.

4.1. A consagração das regras de boa governação e “*procedural fairness*”

Mas essa busca da qualidade pressupõe a delimitação de um modelo de boa governação.

Essa boa governação pressupõe a consagração de mecanismos de responsabilização efectiva quanto à transparência, procedimentalização e fundamentação das decisões dos tribunais³³.

Nesta matéria salienta RONAN KENNEDY³⁴ “ *What I do want to point out is that the modern approach, with its focus on appearance of impropriety, overlooks the most frequent and important ethical issues judges face. Many of these issues are dull, so get ready to be bored. Nonetheless, they represent the bread and butter of judicial life*”

Do mesmo modo a rule 2.3. (das regras ABA) dispõe: “*A judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct manifest bias or prejudice, or engage in harassment, including but not limited to bias, prejudice, or harassment based upon race, sex, gender, religion, national origin, ethnicity, disability, age, sexual orientation, marital status, socioeconomic status, or political affiliation*”.

Ou seja, o velho aforismo sobre a mulher de César é hoje aplicável ao dever de isenção e imparcialidade através das regras de *procedural fairness*³⁵, que consistem basicamente na consagração material e total dos princípios do contraditório e da imparcialidade.

Note-se por exemplo que o Centro Americano de Estudo dos Tribunais³⁶ definiu os parâmetros de qualidade da actividade.

E, o Acórdão do Conselho Permanente do Conselho Superior da Magistratura de 09/11/04³⁷, decidiu que: “*O modelo do juiz do século XXI passa necessariamente, por ser corajoso e não medroso (...) importando salientar que o CSM não pretende, de forma alguma, juízes amorfos, uniformizados, funcionarizados, cinzentos (...) mas do cinzento, à intensidade cromática do verde eléctrico fluorescente, vai uma diferença enorme*”. (...) “*Um juiz alterado pela emoção, ou pela irritação, um juiz deselegante, incorrecto, descontrolado, disparatado, agressivo, corresponde a uma imagem fatal na imagem que se pretende que a sociedade tenha da justiça e dos seus juízes: o caminho não pode ser nunca esse, pois, a seguir-se, mais cedo ou mais tarde, acaba por fazer-nos naufragar a todos*”.

³³ Cfr. RUI NUNES Regulação da Saúde, Vida Económica, 242 (a propósito do sistema de saúde, mas que pode ser facilmente transposto para o jurídico).

³⁴ Extra-Judicial Comment by Judges, *in* Judicial Studies Institute Journal, 2005, pág. 199 e segs.

³⁵ Cfr. LÍVIA MARKÓCZY, Roots of procedural Fairness, 2004, in www.goldmark.org/livia/papers/proc-fair/

³⁶ Defining Optimal Court performance: The Trial Court Performance Standards, Pamela Casey *in* Court Review Winter 1998, págs. 28 a 33, as áreas são: Access To Justice; Expedition And Timeliness; Equality, Fairness And Integrity; Independence And Accountability; Public Trust And Confidence.

³⁷ In Sub Júdice 32, págs. 127-156 (relator Edgar Lopes).

Podemos por isso concluir que o objectivo a alcançar será a obtenção, de uma decisão adequada à realidade processual adquirida, através do cumprimento das normas substantivas e processuais, de forma expedita e célere, evitando o máximo de conflito, de forma socialmente valorável como equidistante.

Ou, seja utilizando as velhas palavras de Sun Tzu no célebre clássico *A Arte da Guerra*³⁸: “Os que ganham todas as batalhas não são realmente profissionais; os que conseguem que se rendam impotentes os exércitos alheios sem lutar, são os melhores mestres do Arte da Guerra”.

5. O MEIO DE ALCANÇAR O OBJECTIVO: AS CINCO OBSERVAÇÕES E OS TRÊS MOVIMENTOS

SUN Tzu, define a arte da guerra nos seguintes termos:

“A arte da guerra é a arte da (...) preparação e da utilização sábia de recursos:

1. *Conhecer o opositor mas ser desconhecido*
2. *Ter conhecimentos superiores mas parecer ignorante*
3. *Estar plenamente preparado sem o demonstrar*
4. *Esperar o inesperado*
5. *Parecer previsível mas manter o elemento da surpresa*

Em que medida esta tese pode ser transposta para o trabalho³⁹ dos magistrados?

Se atentarmos bem essas regras bélicas podem ser transpostas para a actividade jurisdicional através da sua condensação em três actividades ou movimentos:

- I. *Preparação e observação (conhecer adversário; ter conhecimentos, estar preparado mas não o demonstrar).*
- II. *Actuação e adequação (esperar o inesperado)*
- III. *Manobra e Surpresa (não ser conhecido; parecer ignorante, manter o elemento da surpresa).*

5.1. Preparação e observação

a) Dos interesses das partes em conflito

Sendo o tribunal um espaço de conflito em que os interesses discutidos são, por vezes, ponderosos, é evidente que os riscos de tensão são fre-

³⁸ Utilizamos aqui a edição da *Arte da Guerra* da Editora Frenesi, Lisboa, 2003, de cuja edição serão todas as citações seguintes sem expressa menção.

³⁹ Note-se, mais uma vez que este artigo pretende analisar apenas e só a estratégia nessa dimensão deixando e fora as estratégias dilatórias (*supra*), e dos outros intervenientes.

quentes. Por isso, algo que a experiência judiciária nos permite fazer é deste logo observar, memorizar e catalogar a fim de prevenir conflitos e tensões.

Note-se por exemplo que, a primeira dificuldade é desde logo avaliar o verdadeiro interesse das partes na causa. Pode tratar-se de algo aparentemente simples mas que afinal seja, apenas o reflexo de um conflito material, familiar ou humano mais denso, mais acessível e perigoso que impõe por isso maiores cautelas.

Os exemplos paradigmáticos e mais frequentes são por exemplo as acções de arredamento, comodato ou mútuo surgidas após a ruptura de relações amorosas, nas quais é conveniente adequar a actuação aos eventuais problemas que possam surgir. Note-se por exemplo que é também por causa disso que o tribunal deve adoptar uma postura distinta em situações em que o conflito e confronto entre as partes, até por razões meramente físicas, seja mais facilitado, como serão os casos das inspecções judiciais ou análogas diligências de prova.

Por outro lado é a correcta determinação desse interesse que permitirá ao juiz ser ou não um efectivo conciliador das partes propondo o interesse que resolva o efectivo interesse em conflito e não apenas o aparente⁴⁰.

Neste campo é importante determinar se as relações negociais das partes podem ou não ser retomadas (facto que tornará mais flexível a obtenção, por exemplo de uma transacção), ou se as mesmas se encontram em ruptura total ou absoluta.

b) Conhecimento da personalidade e capacidade técnica dos intervenientes

A personalidade dos intervenientes é condição fundamental da actividade jurisdicional. É uma verdade insofismável do foro que os usos da comarca ou a personalidade forense de certos intervenientes condicionam de forma segura a tramitação processual. Daí que seja simples formular e responder, se possível acertadamente, às seguintes questões:

O advogado tem uma ligação pessoal à parte ou à causa?

Porque, neste caso será natural que a sua objectividade e distanciamento sejam menores, que por isso seja afectado pessoalmente por certas afirmações em articulados ou interrogatórios (geradores de res-

⁴⁰ Dois exemplos, um positivo e outro negativo: numa simples acção de dívida entre herdeiros com escasso valor monetário o juiz ausenta-se da sala, após proposta de um acordo, ignorando a acesa inimizade entre as partes e a própria pendência desse inventário. Na sua ausência as partes insultam-se e agriem-se só parando com a nova entrada na sala do juiz. Numa simples acção de dívida devido à preparação de um veículo para uma prova desportiva, o real litígio das partes era ter esse veículo circulado apenas 50 metros na linha da meta envergonhando o réu, que por isso sabia dever, mas não queria pagar. Uma transacção foi celebrada em que metade da quantia foi entregue a uma instituição de caridade e a outra à oficina autora.

postas, contra-instâncias ou réplicas), e que apresente uma atitude mais “belicosa”.

Qual o grau de experiência, aptidão técnica e conduta social do advogado?

Actualmente mesmo em comarcas pequenas é quase impossível trabalhar habitualmente apenas com os mesmos mandatários. Sendo que era essa frequência que garantia indirectamente, a inexistência de conflitos processuais, na medida em que os intervenientes iriam encontrar-se de novo brevemente. Por outro lado o aumento exponencial do número de advogados e, nalguma medida juizes⁴¹, veio tornar ainda mais impessoais as relações entre intervenientes processuais o que invalida não apenas o conhecimento prévio das personalidade de cada um, como fundamentalmente o evitar certos conflitos pessoais.

Daí que seja cada vez mais essencial rápida e acertadamente determinar e caracterizar os intervenientes, na medida em que será essa observação que permitirá adequar a conduta processual ao grau de aptidão técnica dos mesmos. Por exemplo, em determinadas situações comunica-se juridicamente e recebem-se respostas meramente emocionais, por vezes baseadas em conceitos de sendo comum. Nessa medida a porta para o conflito estará ainda mais aberta, salvo se existir uma actuação em conformidade com, por exemplo, com despachos mais extensos, citando as próprias disposições legais e não apenas o n.º das normas, ou com esclarecimentos verbais das condutas processuais⁴². Nos casos opostos estas actuações serão não apenas inúteis, como indelicadas. Note-se aqui, para um caso paralelo a sábia observação de Piero Calamandrei⁴³ “*se os juízes ouvem com grande atenção o discurso de um advogado, tal não significa (...) que sejam favoráveis à tese que sustenta, mas, pelo contrário, significa que estando já dispostos a não lhe dar razão, têm, no entanto, a curiosidade de saber o que mais será capaz de imaginar para sustentar a sua tese*”. (...) *quando o juiz ao fundamentar a sua sentença, dirige à defesa os epítetos de hábil ou douda, fá-lo para adotar o que diz a seguir, isto é que não adere a tal doutrina*”.

c) Comportamento das testemunhas

O conhecimento prévio das técnicas de interrogatório é fundamental. E, as mesmas implicam uma directa e atenta observação do comportamento

⁴¹ Segundo a recente base de dados <http://www.pordata.pt/> entre 1960 e 2008 o n.º de advogados nacionais por cada 100 mil habitantes passou de 22,1 para 259,9 e o n.º de juizes de 2,8 para 16,1.

⁴² Será o caso por exemplo de certos documentos juntos em processo crime ou comunicações de alterações não substanciais de factos (art. 358.º do CPP), que em certos casos, apesar de simples, podem gerar não apenas um inútil adiamento de diligências, como confusões processuais, facilmente mitigadas a prévia observação dos intervenientes.

⁴³ In *Eles os Juizes, vistos por nós Advogados*, Clássica Editora, págs. 157 a 160.

das testemunhas. Não é este o local próprio⁴⁴, para esta análise, mas as regras da psicologia demonstram que o nervosismo e falta de salivação podem decorrer de um nervosismo da pessoa que se encontra a depor, ou pelo contrário de uma activa actividade cerebral. Nessa medida é fundamental observar o estado da testemunha, apurando se esta se encontra sob stress, o seu nível cultural que permite não apenas adequar o interrogatório, mas também a valoração da prova à linguagem utilizada; a violência do facto relatado que justifica ou não um interrogatório mais demorado⁴⁵, tendo em conta que na valoração dos sentidos da percepção a visão tem preponderância sobre olfato e audição.

d) Comportamento do público

A repercussão pública das intervenções sociais é, actualmente, uma consequência normal e corrente que impõe por isso uma efectiva preparação e adequação.

Como salienta Paquete de Oliveira,⁴⁶ “Durante décadas a justiça administrou-se dentro dos muros dos tribunais sem que a visibilidade expositiva da mediação colocasse essa questão transcendental em qualquer sociedade no centro da discussão pública. Foi principalmente a partir dos anos setenta que os tribunais, com relevo específico para os actores sociais administrantes da justiça, os juízes, os magistrados do Ministério Público, as polícias de investigação criminal, começaram a ter um crescente protagonismo, em todos os media e, em especial, na televisão, esse olho mágico ou janela aberta, que fez do mundo uma aldeia”.

e) Conhecimento dos instrumentos legais (meios), das questões de facto (terreno), e da componente organizacional (logística)

Já referimos que tradicionalmente a arte da guerra dizia respeito ao acervo de conhecimentos necessários para que o comandante em chefe (estratega) levasse a cabo a actividade militar.

Nesta matéria o celebre relato de Júlio César⁴⁷, demonstra a insofismável importância do conhecimento do terreno, das linhas de abastecimento e do número e motivação das tropas. Sendo que as suas principais vitórias nessa campanha se deveram fundamentalmente à conjugação desses elementos

⁴⁴ Cfr. Carlos Poiães Da Justiça à Psicologia: razões & trajectória, Sub Judice 22/23 — Psicologia e Justiça: razões e trajecto; Sobral, J., Arce, R. & Prieto, A., Manual de Psicología Jurídica, Barcelona: Ediciones PAIDOS.

⁴⁵ É o caso paradigmático dos crimes sexuais, a cuja natureza a própria lei é sensível ao atenuar o principio da publicidade da audiência.

⁴⁶ In A Comunicação Social e os Tribunais, *in* Sub Judice, n.ºs 15/16 (1999), pág. 23.

⁴⁷ A guerra das Gálias, Clássica Estampa, Lisboa.

com reforços inesperados, após, por exemplo, ataques gauleses no decurso do Inverno.

Ora, do ponto de vista judicial esses três elementos, fundamentais, também para a “vitória” de qualquer campanha são o melhor conhecimento possível dos meios logísticos (salas, tempo, equipamentos, etc.), do terreno (usos da comarca, realidade sociológica, questões de facto), e das normas jurídicas a aplicar.

O dever de preparação é evidente. Permitimo-nos apenas algumas observações breves, mas que poderão ser úteis.

Os meios logísticos implicam uma natural atitude de prudência inicial no exercício de funções. Mesmo que, por exemplo, se considere a agenda “herdada” mal organizada, será mais prudente tentar aguentá-la sob pena de prejudicar ainda mais os utentes dos serviços e a própria secção de processos, que ficaria onerada com um conjunto de actos/notificações e contactos inerentes a qualquer reagendamento. Todavia, porém, em casos excepcionais esse reagendamento poderia ser a única alternativa para evitar a manutenção de uma situação na qual é manifesta a impossibilidade de cumprimento cabal das diligências designadas⁴⁸.

Note-se também que uma organização, seja ela Secretaria, Hospital ou Centro de Saúde, é unidade social deliberadamente construída para atingir determinados objectivos.

Ela resulta de uma combinação de pessoas, recursos e tecnologia e por isso possui uma maneira pré-fixada de actuar, sendo que a actuação do magistrado titular é decisiva, mas deverá ser paulatina e prudente. Em certas situações os magistrados são o elo menos durável e permanente de uma organização que possui mecanismos próprios de lidar com súbitas alterações, o mais habitual dos quais é a própria inércia.

Ter-se-à, pois de ter em conta que em qualquer organização não deve ser valorada isoladamente, pois os seus agentes são interdependentes, com a área e pessoa onde actuam.

O reconhecimento de que as secções são sistemas interdependentes de complexidade crescente, e que a mudança de uma parte de uma organização afecta outras partes, é fundamental para um esforço de adequação em certos aspectos que afectam de forma decisiva a estratégia processual.

Nessa medida será inútil numa primeira fase pretender transformar os serviços sem compreender a causa da sua ineficácia⁴⁹.

⁴⁸ Um caso recente, com o qual nos deparamos foi a designação sistemática de 12, chegando por vezes a 18 acções ordinárias por semana, durante 4 meses, perfazendo o montante global de 92, em processos complexos com elevado número de testemunhas.

⁴⁹ Um caso paradigmática foi a contestação que num serviço o resultado das chamadas de julgamento eram comunicadas 30 a 40 minutos depois da hora e noutra apenas 10. A diferença, estava, além do mais, no facto de num tribunal a chamada ser feita num único local por todas as secções que têm de aguardar a sua vez para aceder ao microfone. Note-se, por exemplo, que uma solução simples e indolor foi a marcação, neste caso de novas diligências 10 minutos antes da data habitual das restantes, fazendo com que o elevado número de diligências marcadas para as 14 horas, passa-se a ser feita depois da diligência das 13.50m.

E, por outro lado compreender que na psicologia das organizações as rotinas não apenas tranquilizam como são hábitos adquiridos que só lenta e seguramente podem ser alterados⁵⁰.

Por isso, o célebre livro de César demonstra que o fundamental foi não o número de meios, mas a motivação (liderança) dos mesmos.

Por isso será útil, nesta sede seguir os conselhos da arte da Guerra:

“Com uma avaliação cuidadosa, podes vencer; sem ela, não podes. Menos oportunidades de vitória terá aquele que não realiza cálculos em absoluto.”

“Nunca se deve atacar por cólera e com pressa. é aconselhável tomar-se tempo na planificação e coordenação do plano.”

f) A Auto avaliação (psicologia)

Segundo Sun Tzu este elemento (tao) é o mais importante, já que o mesmo afirma:

“Se conheces os demais e te conheces a ti mesmo, nem em cem batalhas correrás perigo; se não conheces os demais, porém te conheces a ti mesmo, perderás uma batalha e ganharás outra; se não conheces a os demais nem te conheces a ti mesmo, correrás perigo em cada batalha.”

O que pode isto significar para o trabalho judicial?

Desde logo que o mito do juiz asceta, inodoro e formatado terá de ser posto em causa.

Cada ser humano vê o mundo através dos seus olhos, vivências, educação e emoção. Daí que seja útil, senão fundamental, ter um conhecimento prévio sobre as auto-concepções e mundividências antes de empreender a tarefa de lugar.

Note-se, por exemplo, que um juiz com uma educação e meio familiar pequeno burguês, cujo núcleo familiar subsiste como locador poderá ter uma posição distinta perante a rigidez das normas vinculísticas. Tal como um juiz nervoso e irascível, terá de compreender as circunstâncias que possibilitam tais atitudes por forma debelá-las, sob pena de cometer consecutivamente as mesmas atitudes.

⁵⁰ Note-se aqui, mais uma vez, a desadequação do modelo organizativo dos tribunais (que adoptam um modelo burocrático rígido), perante as novas formas de organização que, segundo W. Bennis, *Changing organizations*, McGraw-Hill, 1966, deveriam: permitir um equilíbrio entre as necessidades do indivíduo e da organização; o poder estar distribuído com participação de todos os indivíduos independentemente do seu nível; a liderança ser atribuída de acordo com a competência; permitir uma adaptação dinâmica ao contexto em mudança; efectuar uma análise das condições em mutação no contexto que condiciona a organização.

Do mesmo modo quem trabalhe melhor de manhã, deverá naturalmente ter consciência desse facto e implementar uma estratégia em que as tarefas intelectualmente mais exigentes sejam realizadas nesse período e não ao fim do dia. Tal facto, mais não é do que o auto-conhecimento fisiológico, que permite por exemplo a alguns elaborarem decisões pela noite dentro impulsionadas a café e outros a simplesmente cabecear com sono.

Acresce que como salientava há quase 100 anos Benjamim Cardozo⁵¹ deve ser repudiada a concepção do Direito *“como uma entidade real que vive distante e solitária e que é articulada pelas vozes de (...) sacerdotes, que estes não escolhem”*⁵². Em seguida, afirma também ser de evitar⁵³ a concepção de que primeiro se determina sensitivamente o resultado (quem tem razão), e depois se encontra o princípio de justificação (porque tem razão) Cardozo afirma que o seu dever de juiz *“é materializar na lei não as suas convicções pessoais, mas as aspirações, convicções e filosofias dos homens e mulheres do seu tempo. (...)”*⁵⁴. Mas reconhece que *“nenhum esforço ou revolução da mente destronará, completa e definitivamente, a verdade que está dentro de nós (...) a lealdade às nossas crenças e opiniões (...) (porque) somos constante enganados pela nossa faculdade de racionalizar — ou seja de inventar argumentos plausíveis para aceitar o que nos impõem as tradições do grupo a que pertencemos”*⁵⁵.

Conclui, por fim que a formação do juiz, se associada ao “temperamento judicial” ajudará a ampliar o grupo das suas lealdades subconscientes, sendo que, também por isso é fundamental o processo de decisão colectivo, no qual *“as excentricidades (e vivências pessoais) dos juizes se equilibram”*⁵⁶. Porque *“do atrito entre diversas mentes cria-se algo que tem uma constância, uma uniformidade e um valor médio maiores do que os seus componentes (...) que senão torna o produto final isento de erro (...) pode permitir que este seja mais visível (...) e por isso passível de ser corrigido”*⁵⁷.

Ora, este é, pelo menos, uma das partes do Tao/psicologia da arte da guerra aplicada ao processo judicial.

g) Actuação e adequação

Nesta revista está publicado um artigo de Mouraz Lopes (Tópicos para a qualidade da decisão judicial) onde se analisam os requisitos da linguagem judicial visando uma qualidade tripartida (ética, judicial e social).

⁵¹ In A natureza do processo judicial, pág. 111 e segs.

⁵² *Ibidem*, pág. 125.

⁵³ Apesar de admitir que em certos casos é utilizada (pág. 126).

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 128.

⁵⁵ *Ibidem*, págs. 129 a 130.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 131.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 131.

É inegável que o grosso da actuação do magistrado faz-se com palavras. Por caso disso é que a retórica, persuasão e adequação da linguagem⁵⁸. a a utilizar é fundamental no sentido de evitar conflitos ou agravar os já existentes.

Nesta medida A arte da guerra também é útil quando alerta que:

“A grande sabedoria não é algo óbvio, o mérito grande não se anuncia. Quando és capaz de ver o subtil, é fácil ganhar; que tem isto que ver com a inteligência ou a bravura? Quando se resolvem os problemas antes de que surjam, quem chama isto inteligência? Quando há vitória sem batalha, quem fala de bravura?”

Ora, são exemplos práticos dessa “arte” que ganha a guerra antes da batalha, os despachos que não satisfazendo o peticionado impulsionam o processo para o caminho pretendido.

Será o caso por exemplo de utilizar a expressão “nada a ordenar por ora” ou “oportunamente será apreciado” ao invés de “indefere-se”. Neste caso a batalha não se trava é adiada e a tramitação processual pode vir a demonstrar como é expectável que a diligência requerida já não é necessária (é o caso paradigmático das inspecções judiciais; pedidos de informação sobre existência de bens, etc)⁵⁹.

É também a observância rigorosa entre o dito e o ditado, utilizando por isso prudentes expressões quando se afirma algo antes de o escrever (salvo melhor estudo).

E, será, por fim, na medida do possível a atenção eloquente. Esta passa por pequenos nadas que por vezes dizem tudo e que todos nós nos momentos mais normais ou felizes somos capazes de ter. Desde a conversa que se arrasta a propósito de nada com mandatários após um simples adiamento, ao facto de mandar sentar e deixar desabafar uma testemunha ou interveniente; passando pela tarefa paciente de ouvir, reflectir e pensar.

Por último é essa actuação que deve estar conforme com a observação adequando a tramitação normal às especificidades da situação em análise, de molde a, no fundo aplicar o princípio da proporcionalidade no seu sentido estrito a todas as formas de actividade judicial (diligências, despachos e decisões).

⁵⁸ Cfr. No âmbito da vasta literatura sobre a teoria da argumentação: Robert Alexy, Teoria de la Argumentación Jurídica. La teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁵⁹ Sobre a influência da linguagem no directo cfr. Carlos L. Bernal Un análisis de las decisiones judiciales con base en la teoría de los actos de habla, *in* EJLS, 2005, 1, n.º 2 <http://www.ejls.eu/2/34ES.htm> e Virgílio Correia, Conceção Discursiva do Poder, Edições Colibrí, 2007.

h) A Surpresa

Saliente-se desde já que o elemento surpresa, tão importante nos assuntos militares e mesmo na actividade dos mandatários⁶⁰, não poderá, quanto a nós, ter essa relevância ou utilidade na actividade jurisdicional⁶¹.

Desde logo, porque os comandos legais assim o impõem (art. 3.º, n.º 3, do CPC e 266.º, n.º 1, do CPC). Depois, porque a isso obrigam as normas deontológicas já que o princípio 2.º do CDJP sob a epígrafe Imparcialidade dispõe “No exercício da função judicial, os juízes são imparciais, accionando os mecanismos de escusa nas situações que possam gerar dúvidas sobre a sua imparcialidade, observando as regras do processo que garantem a igualdade e o contraditório e repudiando todas as formas de discriminação”. Por fim, porque estamos em crer que a correcta comunicação com os mandatários que demonstre os efectivos conhecimentos do magistrado sob os problemas da causa é um dos factores fundamentais para possibilitar a obtenção de uma transacção; para imprimir maior celeridade à tramitação processual (na medida em que, por exemplo, as alegações e interrogatórios serão mais breves se o juiz demonstrar que conhece profundamente o processo e as questões jurídicas a decidir), e para, no fundo demonstrar e convencer sobre a efectiva diligência do magistrado.

Mas mesmo de forma residual a surpresa é uma estratégia, em regra, infalível, quer do ponto de vista militar quer processual.

Militarmente basta dizer que segundo Michaelson⁶² uma análise das 300 batalhas mais importantes da humanidade, 294 foram vencidas com ataques não frontais.

Por isso é que Sun Tzu afirma “*para tomar infalivelmente o que atacas, ataca donde não há defesa. Para manter uma defesa infalivelmente segura, defende onde não há ataque*”.

Como aplicar isto nos processos judiciais respeitando os princípios legais referidos?

Muitas vezes limitando-nos a “dar razão” a bagatelas processuais que são objecto de querela.

Por exemplo no caso de dedução de um incidente de falsidade (visando apenas dilatar o processo), admitir de imediato a correcção irrelevante processualmente nos termos do art. 159.º, n.º 3, do CPC. No caso das reclamações à base instrutória deferir as mesmas, caso sejam também não fundamentais. No

⁶⁰ Porque será que certos documentos essenciais são juntos em audiência, quase no limite final da sua junção? Ou que certas testemunhas são aditadas?

⁶¹ Cfr. sobre a problemática do papel do juiz ao abrigo do poder de gestão processual no Regime Processual Civil Experimental, Luís Correia de Mendonça, Vírus Autoritário e processo civil, Mariana França Gouveia, Os poderes do juiz cível da acção declarativa — Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão, *in* Julgar, n.º 1 Janeiro-Abril 2007 págs. 67 e 47, respectivamente, José Igreja Matos, O juiz e o Processo Civil (contributo para um debate necessário), *in* Julgar, n.º 2, Maio-Agosto de 2007, pág. 87, bem como no âmbito probatório Nuno Lemos Jorge, Os poderes instrutórios do Juiz: alguns problemas, *in* Julgar, n.º 3 pág. 61.

⁶² The art of war for managers, pág. 8.

anterior regime de recursos (e no actual com base no princípio da economia processual art. 137.º, do CPC), proceder à reparação de agravos.

Todas essas actuações inesperadas esvaziam o conflito, “flanqueiam o agressor”, e permitem conquistar o objectivo (tramitar o processo sem nulidades até decisão de mérito e eventual fase de recurso).

Note-se por exemplo que esta estratégia é tanto mais útil quanto mais “formal”, for a actividade. Nessa medida, por exemplo, a leitura por vezes inútil, mas sempre demorada de, por exemplo declarações para memória futura em processo penal, evita a eventual e futura arguição de nulidades e anulações de julgamento.

Do mesmo modo a gestão da agenda, como factor decisivo de celeridade permite supreender estratégias dilatórias. Bastará para o efeito criar espaços na agenda a serem utilizados nas circunstâncias em que se pretenda impulsionar um julgamento, designando o mesmo a quinze dias e não a alguns meses e assim tornando inoperativa a tática da falta (655.º, n.º 1, do CPC) e/ou suspensão (art. 279.º, n.º 4, do CPC).

Por fim o estudo pleno dos processos será sempre uma (boa) surpresa para os intervenientes, na medida em que permite a realização rápida dos esclarecimentos periciais (note-se que em regra estes podem ser condensados em 4/5 questões essenciais e não em todos os quesitos); correcta e concisa formulação de perguntas; rápida amostragem de documentos; e maior rapidez na inquirição de testemunhas⁶³.

6. A ARTE DA FUGA E A PARAGEM

A fuga tem uma conotação socialmente negativa sendo considerada a pior derrota porque obtida sem honra.

Todavia, do ponto de vista estratégico a fuga de hoje poderá ser a vitória de amanhã na medida em que permite salvaguardar recursos preciosos, para mais tarde fazer frente ao inimigo.

Conforme salienta nesma matéria Clausewitz⁶⁴ “o primeiro, o supremo julgamento de mais amplas consequências que o estadista e o comandante têm de formular é determinar a espécie em que se então a envolver”.

Daí que a análise das situações de conflito seja fundamental, caso a preparação e a observação não tenham sido suficientes para as prevenir e evitar. Caso, o magistrato se depare com uma situação de conflito terá de actuar de acordo com a análise prévia efectuada determinando a natureza e grau desse conflito (é temporário — nesta questão; ou permanece ao longo do processo); (é grave — ultrapassa as dimensões de uma normal questão

⁶³ Nessa medida será útil demonstrar, na “fase de aquecimento” das diligências, em que os intervenientes se encontram ainda a observar e testar os intervenientes que se sabe pormenorizadamente as questões factuais e jurídicas em causa.

⁶⁴ *Ob. cit.*, pág. 48.

processual; ou limitado); (é essencial — diz respeito por exemplo à parcialidade do juiz — incidente de suspeição; ou lateral).

Definido o conflito, analisados os intervenientes e ponderados os elementos disponíveis (exemplo questão jurídica nova a carecer de estudo, ou mera junção de documentos em audiência), cabe ao magistrado decidir se empreende a batalha ou inicia uma manobra de fuga.

Nesta matéria afirma Sun Tzu *“Quando não queiras entrar em batalha, o adversário não pode combater contigo porque lhe dás uma falsa pista. Isto significa que quando os adversários chegam para atacar-te, não lutas com eles, senão que estabeleces um mudança estratégica para confundi-los e enchê-los de incertezas”*.

Ora, a arte da fuga e da paragem é quanto a nós o verdadeiro poder processual do magistrato que infelizmente raramente é usado nessas circunstâncias.

Repare-se que quando os ânimos se tornam mais acessos, pode-se rapidamente interromper um julgamento, efectuar uma pausa e retomar, mais tarde os trabalhos com outra perspectiva da realidade. A emoção por vezes pode ser inimiga da razão e existem mecanismos processuais simples, evidentes e eficazes nesta matéria.

Note-se por exemplo que o art. 510.º, n.º 4, do CPC permite o conhecimento das questões em momento posterior, podendo essa norma ser utilizada por analogia em situações semelhantes. O art. 283.º, n.º 3, do CPC permite também uma alteração da ordem das questões evitando-se assim longos e morosos combates. Por outro lado o poder de direcção da audiência, permite por exemplo alterar a ordem dos interrogatórios ou alegações, de acordo com os limites legais, evitando assim, que por vezes uma pergunta mal formulada (que seja esclarecida por outrém) dê origem a incidentes desagradáveis.

Do mesmo modo a própria alteração da ordem de inquirição pode esvaizar de sentido incidentes de acareação ou contradita.

Por outro lado a célebre frase de Shakespeare *“É mais fácil obter o que se deseja com um sorriso do que com a ponta da espada”*, pode ser considerada uma forma de cumprimento adequada do princípio da correcção ou educação (art. 266-B, do CPC).

Daí podemos concluir que a simples paragem ou arte da fuga é uma poderosa arte estratégica que impede conflitos, atenua os existentes e permite calma e sossegadamente “no silêncio objectivo do gabinete”, analisar a questão e ponderar e decidir com maior correcção.

Note-se que uma das tácticas mais frequentes dos restantes intervenientes é precisamente a apresentação de requerimentos surpresa, contando que por inércia estes sejam decididos após uma leitura atenta dos mesmos, mas com base num mero requerimento ditado no momento⁶⁵.

⁶⁵ Estratégia semelhante, diga-se ad latere é aquela que implica a processualização no decurso dos turnos de férias de requerimentos em processos complexos.

Ora, a paragem, a interrupção ainda que por breves momentos implica o esvaziar dessa estratégia, flanqueando pois esse “ataque surpresa”.

Por último cumpre salientar, nos casos de conflitos mais acesos as estóicas palavras de Epicteto⁶⁶, fáceis de reproduzir, mas difíceis de aplicar: “*sempre que algo te incomodar, fica sabendo que foi a tua própria opinião que te incomodou. Estabelece, por isso entre as tuas resoluções primeiras, não te deixares levar pela impressão externa. Pois, uma vez que ganhes tempo e uma pausa de reflexão, mais facilmente serás senhor de ti próprio*”.

7. CONCLUSÃO

No fundo tudo aquilo que aqui escrevemos é inútil porque nada original. Fomos atraídos para este tema, porque parece evidente que a Arte da Guerra é uma forma de reflexão dedutiva do real, com um raciocínio lógico semelhante e analógica à função de julgar.

O direito regula a vida social reduzindo a variedade a categorias abstractas. Os princípios da guerra pretendem sistematizar os factores necessários à obtenção de um objectivo. Os fins e os meios são inteiramente distintos numa e noutra actividade mas o método pode ser equiparado. Acresce que em ambas existe a preponderância de elementos humanos que implicam que estas não sejam apenas racionais e reflectivas, mas condicionadas pela subjectividade da vida e pelos elementos psicológicos (TAO).

Por causa disso é que as virtudes de um bom soldado podem ser as mesmas que as de qualquer bom juiz: “*O comando há de ter como qualidades: sabedoria, sinceridade, benevolência, coragem e disciplina*” (A Arte da Guerra).

Ou, como salienta Clausewitz⁶⁷ “*as qualidades de um bom comandante adquirem-se pelo exercício de um julgamento meticuloso na observação das coisas e dos homens (...) o conhecimento apenas será atingido pelo estudo, pela reflexão e pela observação (...) e pela experiência de vida*”.

Ora, nestes tempos em que a ineficácia (e por isso legitimidade) do sistema judicial é cada vez mais posta em causa, qualquer reflexão sob a utilização pragmática e racional de utilização de meios para atingir fins deontologicamente determinados pode ser útil, porque como salienta Armindo Ribeiro Mendes⁶⁸ “*é preciso abandonar a visão tradicional sobre o que se deve exigir tecnicamente a um juiz, em proveito de uma forma actualizada de ver como é possível tirar partido, mesmo em condições materialmente adversas, do espírito de simplificação e dos modos de racionalizar as tarefas burocráticas que afligem todos os juízes*”.

⁶⁶ In A Arte de Viver, Edições Sílabo, pág. 39.

⁶⁷ *Ob. cit.*, pág. 80.

⁶⁸ In Representações Sociais Da Justiça: A Expectativa Do Cidadão e a Resposta Do Sistema, in www.stj.pt.

Ora, segundo SUN TZU a arte da guerra é precisamente “a arte da (...) preparação e da utilização sábia de recursos”.

E, nessa tarefa a arte da guerra com a sua combinação de elementos táticos e estratégicos, que parte do conflito, procurando evitá-lo, pode ser uma forma de reflexão para a actividade do mero aplicador de direito que procura a verdade estrategicamente, camuflada na realidade, e visa atingir uma certeza (decisão) nesta era pós-moderna de incerteza.

Por isso é que a estratégia pode ser útil para aqueles que exercem essa profissão de magistrados, porque nas palavras com 17 anos de Laborinho Lúcio⁶⁹ dirigindo-se a futuros magistrados em formação: "Alguns, apenas alguns, estarão aqui em busca de um emprego. É legítimo. Mas é pouco. Outros, alguns outros apenas, estarão aqui em atitude de sacerdócio. É legítimo. Mas é muito".

⁶⁹ In a Justiça, as palavras e os actos, Lisboa, 1995, pág. 229 (discurso auditores de justiça do XII curso CEJ 1993).