

Que Rumo para a Justiça em Portugal? O papel da Justiça na construção do Portugal Democrático e na defesa dos direitos fundamentais

JOSÉ GOMES CORREIA *

Resumo: Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos atribuídos a todos os cidadãos em comum, de todas as sociedades espalhadas pelo globo terrestre, que têm como finalidade assinalar as condições mínimas com as quais cada ser humano deve dispor de modo a conduzir sua vida de modo pleno e sadio. A trajetória dos direitos considerados fundamentais na História da humanidade é longa e tem as suas origens mais ou menos localizadas na composição do Código de Hamurabi, um grande progresso para a época, pois, pela primeira vez na História o homem resolveu registrar uma série de disposições que regulariam a vida social da sua comunidade, nele se encontrando a defesa da vida e o direito à propriedade, além de contemplar a honra, dignidade, a unidade familiar, bem como o respeito das leis por todos os cidadãos, incluindo-se aí os governantes. Na Idade Média, encontraremos esboços das primeiras declarações de direitos nos "forais" e "cartas de franquia", pois esses documentos continham enumerações de direitos de interesse do indivíduo. A Revolução Francesa foi um marco maior no progresso da normatização e concepção dos direitos fundamentais, que terão cada vez mais prioridade na doutrina em que assenta a elaboração das constituições nacionais, o que traduz uma crescente preocupação pelo respeito da integridade e desenvolvimento huma-

JURISMAT, Portimão, 2016, n.º 8, pp. 17-38.

* Juiz Desembargador Presidente do Tribunal Central Administrativo Sul.

nos, alcançando a sua primeira e máxima expressão na legislação norteamericana, totalmente inovadora na sua época e que promoveu uma verdadeira revolução na concepção dos direitos fundamentais. Na busca de uma maior humanização dos sistemas legais, o ponto culminante da evolução da questão encontra-se na composição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi assinada em Paris a 10/12/1948, radicando a sua importância na tentativa inédita de estabelecer regras válidas universalmente para todo o ser humano, independente de sua origem, raça, religião ou cultura. As Nações Unidas aprovaram o seu conteúdo através da Resolução 217, uma conquista de todo ser humano, sendo hoje inadmissível considerar-se civilizada a sociedade que não respeite os princípios contidos em tal documento. Nesse documento estão consagrados quatro tipos de direitos fundamentais, a saber: (i) direitos pessoais (direito à vida, liberdade e segurança; (ii) direitos do indivíduo em face da colectividade (direito à nacionalidade, asilo, livre circulação e residência, tanto no interior como no exterior e direito à propriedade); (iii) liberdades e direitos públicos (liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação); (iv) direitos económicos e sociais (direito ao trabalho, sindicalização, repouso e educação). Cabe lembrar que a Constituição Portuguesa é fortemente influenciada pelas ideias contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem pois, nela, os direitos fundamentais, todos aqueles direitos são reconhecidos e positivados. Mas, como se demonstra no presente artigo, diferem dos direitos humanos - com os quais são frequentemente confundidos - na medida em que os direitos humanos aspiram à validade universal, ou seja, são inerentes a todo ser humano como tal e a todos os povos em todos os tempos, sendo reconhecidos pelo Direito Internacional por meio de tratados e tendo, portanto, validade independentemente de sua positivação em uma determinada ordem constitucional (carácter supranacional). Em regra, não existe hierarquia entre as diversas normas constitucionais, pelo que não existe conflito entre as normas constitucionais no plano normativo, designadamente, não há conflito entre as normas que garantem o direito à liberdade de imprensa e o direito à intimidade. O que ocorre cada vez mais frequentemente é que a incidência delas sobre uma dada situação gere uma colisão entre os direitos fundamentais. Na esteira de Gomes Canotilho, J.J. in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Almedina, 1999, p. 1191. "considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular." Tendo em conta o objecto do presente artigo, devemos assentar em que não existem direitos fundamentais absolutos, como o melhor modo (senão o único) para resolver uma eventual colisão entre direitos fundamentais: é, como se sustenta no presente trabalho, a compatibilização entre os mesmos, através da aplicação do princípio da proporcionalidade e da concordância prática, no sentido de que pode ocorrer o exercício conjugado dos direitos fun-

damentais com a redução do âmbito de aplicação de ambos (colisão com redução bilateral) ou, caso não seja possível a aplicação da primeira técnica, o também exercício conjugado destes através da relativização de apenas um deles (colisão com redução unilateral). Pode acontecer ainda que a realização concomitante dos direitos em colisão se torne impossível, pois o exercício de um deles exclui o de outro, ocorrendo então a colisão excludente. Por outro lado e como também emerge deste trabalho, os direitos fundamentais são à partida direitos subjectivos perante o Estado e, como tal, têm efeitos directos apenas na relação particular-Estado, enquanto nas relações entre particulares teriam efeitos apenas indirectos. A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (em alemão: *Drittwirkung*) propugna a incidência destes nas relações entre particulares também de maneira directa. Portanto, a palavra eficácia é empregada no sentido de “âmbito”, “extensão”, “alcance”. Apesar da controvérsia dessa solução, como também se sustenta e demonstra no presente artigo, em Portugal, o STJ já chegou a reconhecer o efeito directo dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ora, é o papel da justiça na construção do Estado social e de direito democrático assente e tendo como referencial os direitos fundamentais (e universais) e a sua intransigente defesa, tendo como guias os princípios infra constitucionais da separação de poderes, independência, juiz natural e tutela judicial efectiva (cfr. artº 20 da CRP), eivados de uma concepção assumidamente jusnaturalista, e, como tela de fundo a situação de crise e de ruptura dos valores da justiça, igualdade, liberdade e solidariedade fraterna em vista da evolução para uma sociedade mais evoluída sob o ponto de vista humano, que nos propomos tratar numa visão, apesar de tudo, optimizada “redenção” do Estado democrático social e humanista que está perto do estertor.

Evocando Fernando Pessoa, o valor das coisas não está no tempo em que elas duram, mas na intensidade com que acontecem, por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis; por isso, também, e num Tempo em que a todos domina um grande “Desassossego” mas que também é (tem de ser!) de grandes esperanças, temos de intervir em todos os fóruns centrados na salvaguarda dos direitos fundamentais e do Estado Social e Democrático, na construção do qual a Justiça teve e continuará a ter um papel crucial.

O sentido de “**Justiça**” aqui glosado reconduz-se ao sistema de composição de litígios, à “*Justiça Pública*”, a qual funciona deste modo: dá-se aos particulares que queiram fazer valer as suas pretensões o direito de recorrer à autoridade judicial formulando os correspondentes pedidos. A este direito chama-se o *direito de acção judicial*, *acção judicial*, ou simplesmente *acção*. Este tipo de justiça confia o venci-

mento da resistência a uma força ou autoridade estranha à das partes em conflito, à de ambas, portanto imparcial e capaz de impor a aceitação da hierarquização de interesses quando tal aceitação não seja voluntária.

Neste plano, chamam-se a terreiro o direito a um processo equitativo (insito no direito de acesso aos tribunais, proclamado pelo artigo 20º, nº 1, da Constituição), de que é elemento incindível o princípio da igualdade de armas, manifestação do princípio mais geral da igualdade das partes. Princípio não expressamente formulado na Constituição para o processo civil, mas que não pode deixar de ser exigência constitucional, pois tal decorre da própria ideia de Estado de Direito.

Assim, nos litígios sobre interesses sejam entre particulares, sejam entre estes e os entes públicos, a igualdade de armas implica a obrigação de oferecer a cada parte a possibilidade de apresentar a sua causa, incluindo as suas provas, em condições que a não coloquem em situação de nítida desvantagem em relação ao seu adversário" (Ireneu Cabral Barreto, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem", Aequitas, 1995, p. 95).

Segundo José Lebre de Freitas ("Introdução ao Processo Civil" – Conceito e Princípios Gerais à luz do Código Revisto", 1996, pp. 105-106), o princípio da igualdade de armas impõe o equilíbrio entre as partes ao longo de todo o processo, na perspectiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respectivas teses: não implicando uma identidade formal absoluta de todos os meios, que a diversidade das posições das partes impossibilita, exige, porém, a identidade de faculdades e meios de defesa processuais das partes e a sua sujeição a ónus e cominações idênticas, sendo que a sua posição perante o processo é equiparável a um jogo de compensações gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições processuais leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra.

Mas, nem sempre é viável assegurar a igualdade substancial entre as partes, não sendo possível, nuns casos, ultrapassar certas diferenças substanciais na posição processual das partes, e noutras hipóteses afastar certas igualdades formais impostas pela lei – assim, a igualdade das partes, não pode postergar os vários regimes imperativos definidos na lei, que originam desigualdades substanciais ou que se bastam com igualdades formais.

Revertendo ao plano constitucional, a questão resume-se em saber se existe na actuação da Justiça um modo injustificado, intolerável, irrazoável e arbitrário, um regime discriminatório para uma das partes da acção, de molde a tornar a posição processual de uma desvantajosa em relação à outra no tocante ao gozo dos meios adjectivos postos à sua disposição.

Enfim, o princípio da igualdade das partes consagrado nos artigos 13º e 20º da CRP, consiste em estas serem postas no processo em perfeita paridade de condições, desfrutando, portanto, idênticas probabilidades de obter a justiça que lhes seja devida.

O outro pilar fundamental da realização da Justiça hodierna, é o princípio do juiz natural que se analisa na proibição da designação arbitrária de um juiz ou tribunal para decidir um caso submetido a juízo, em ordem a assegurar uma decisão imparcial e isenta.

O legislador, no respeito pelos direitos das partes consagrou como princípio fundamental o princípio do juiz natural, que pressupõe que intervirá na causa o juiz que o deva ser segundo as regras da competência legalmente estabelecidas para o efeito.

Mas a possibilidade de ocorrência, em concreto, de efeitos perversos desse princípio levou à necessidade de os acautelar através de mecanismos que garantam a imparcialidade e isenção do juiz também garantidos constitucionalmente (artigos 203º e 216º da CRP), quer como pressuposto subjectivo necessário a uma decisão, mas também, como pressuposto objectivo na sua percepção externa pela comunidade, e que compreendem os impedimentos, suspeições, recusas e escusas.

O juiz natural é aquele que está previamente encarregado do julgamento de causas abstractamente previstas, sendo a respectiva competência para o julgamento dessas causas antecipadamente atribuída. Este princípio decorre da exigência de um julgamento imparcial e independente, que assegure a isenção do julgador, impondo-se que a sua designação seja previamente prevista de forma desvinculada de qualquer acontecimento concreto ocorrido ou a ocorrer.

Ora, perante e a situação histórica que abaixo retrataremos, pode afirmar-se desde já, e com a necessária segurança, que o aludido princípio constitucional não pode ser violado na aplicação do direito ao caso concreto, seja no âmbito de uma relação juscivil, seja por referência a uma relação jurídico-pública.

Na verdade, o princípio contido no artº31º, nº 9 da CRP tem ínsita a ideia de que o direito a um julgamento justo e equitativo pressupõe que não haja possibilidade de "escolher " ou "afastar " o juiz a quem coube ou "calhou " julgar a causa.

Ora, os dois pilares em que assenta o nosso sistema de justiça e cuja estruturação acabamos de dissecar, constituem direitos fundamentais cuja protecção é crucial para alcançar a justiça material na presente realidade política, social e económica e tornam a missão do Juiz, bem como as dos demais colaboradores da administração da Justiça (advogados e MP), complexa mas decisiva para a manutenção do Estado de Direito Democrático e os direitos sociais, económicos e políticos dos cidadãos, numa palavra, os direitos fundamentais destes.

É que existem indagações que se colocam ao Julgador susceptíveis de esclarecerem quem são e o que fazem aqui e agora como peritos operadores da Ciência Jurídica.

Pense-se, por exemplo, na sentença. Procuremos agora saber se ela deve ser tal como se apresenta à luz do valor que por ela se realiza: - a sentença diz respeito a uma conduta que, do ponto de vista ontológico, corresponde a um valor, sendo a Justiça o valor máximo que mais lhe importa.

Como quer que seja, essa questão não tem significado especial para o Jurista vulgar. Como cientista, ele interroga sempre por aquilo que é e não vai além disso, na medida em que aquilo que deverá ser não faz parte da esfera do seu conhecimento.

Quem deseje ser um mero perito operador será assim que terá de se conduzir.

Ao juiz de rosto humano e a todos os que com ele colaboram na administração da justiça, tem de interessar o que deverá ser e ainda não é; com efeito, ao contrário do homem comum e mesmo do Jurista, que procuram viver a justiça, ao julgador impõe-se, hoje mais do que nunca, conhecê-la também como mero espectador e não como simples actor do drama judiciário.

Acerca da sentença pode ainda indagar-se, que é ela, enquanto tem um ser?

Esta outra pergunta não ilude sobre a sua natureza metafísica que, como tal, tem pretensões totalitárias, anseia abranger tanto o que é como o que deverá ser. Não é difícil acreditar também que esta pergunta não vai ocupar muito o jurista /operador – este preocupa-se com os fenómenos e a questão do ser não é fenómeno.

Ao julgador de rosto humano, já importa a resposta à questão formulada.

Podem até referir-se várias respostas que historicamente foram dadas a esta indagação metafísica e que, ainda hoje, de forma mais ou menos consciente, são seguidas pelos “operadores”:

Assim, a Escolástica deu resposta concebendo o Direito como Inteligência ou Vontade de Deus, como réplica aos sistemas metafísicos da natureza que precederam Kant. Nela, não se vislumbra nenhuma referência ao direito positivo. Mas é clara a referência ao direito natural.

Com o iluminismo surge uma nova resposta ao problema metafísico, considerando-se como Direito a vontade geral.

No decurso do século XIX, a ciência jurídica volta-se para os fenómenos e defende que o único Direito real e efectivo é o positivo.

Tal formulação teve grande influência nas respostas dadas posteriormente e o direito natural que hoje ressurgiu, tornou-se até imanente ao direito positivo, o ideal deste o que, como veremos adiante, a presente realidade histórica parece infirmar.

Em consequência disso, Savigny vai considerá-lo um produto do espírito do Povo; Hegel, um momento dialéctico do espírito objectivo; o marxismo, super estrutura da organização da produção económica e o positivismo, condição de existência e evolução da sociedade.

Note-se, que as respostas que admitimos como possíveis da parte do “perito operador” se baseiam no concreto e nos dados empíricos que dele obtém.

Porém, diferente será a reacção do julgador de rosto humano se, colocado perante uma dada experiência concreta, procura interrogar-se sobre alguma estrutura que condiciona aquela. Concretizando: o julgador de rosto humano tende a perguntar quem é o sujeito de direito em vez de quem é o sujeito de direito. Certo que para saber quem é o sujeito de direito, é necessário saber antes disso quem é o sujeito de direito.

Nisto consiste a indagação epistemológica, que se liga à necessidade de conceptualização das estruturas que condicionam a experiência jurídica.

Conceptualização e não intuição – esta pode conduzir-nos a erros absurdos mas possíveis, quando nos diz ser sujeito de direito aquele a quem não é aplicável esse conceito, como quando se afirmou que o cavalo de Calígula era senador do império.

O que se disse é demonstração bastante da natureza científica ou filosófica da actividade do jurista, e esclarecimento suficiente sobre as relações da ciência do Direito com a Filosofia do Direito. Isso para sustentar que, hoje mais do que nunca e pelas razões infra aduzidas, o Juiz e os demais colaboradores da administração da Justiça, devem ser filósofos, questionar a realidade, sair da caverna, deixarem de ser autómatos, acreditar em e sustentar valores que a inteligência artificial, que hegemoniza a vida humana, tende inapelavelmente a esmagar qual cibernauta que, em fenómeno edipiano, aniquila o criador cumprindo a antevisão do 2001, Odisseia no Espaço, rumo ao computador Hal, uma máquina hiperinteligente que tomava decisões sozinha e dialogava sobre qualquer tema...

Sejamos claros: - o cientismo é um vício grave que constitui autêntico erro metodológico e conduz ao dogma da plenitude hermética da ordem Jurídica; por ele, muitos persistem em conceber as normas Jurídicas como dados que não podem ser transcendidos.

Todavia e racionalmente, não podemos deixar de reconhecer que a modernidade é tributária da comunicação linguística para cujo desenvolvimento a inteligência artificial serviu de alavanca.

Foi Claude Lévy-Strauss que começou por deduzir a hipótese de que a sociedade pode ser considerada como um sistema de comunicações e por isso abordável segundo os métodos da comunicação linguística.

Este método exclui radicalmente as explicações dos fenómenos sociais pelo recurso à história, à causalidade, a um inconsciente colectivo à maneira de Jung, a um Volkgeist ou a uma qualquer ideologia. Os fenómenos sociais presentes e observáveis no presente são os únicos dados de que temos de analisar no sistema de relações.

Todos os sistemas assim obtidos deixam transparecer uma estrutura formal não consciente (o que significa que a história e os lugares estão completamente cheios de conteúdos variáveis) que dá um sentido a esses conteúdos, que quando são tomados como termos absolutos levam o investigador a cair em erro.

Por isso Lévy-Strauss conclui que "... A estrutura dos factos históricos, dos factos sociológicos e dos conteúdos actuais da consciência individual permanecem desconhecidos da testemunha ou do sujeito que os vive até à chegada de uma ciência desses dados, conhecimento que descobre a subjectividade essencial desses conteúdos e desprende para lá deles as estruturas ao mesmo tempo objectivas e inconscientes que os modelam constantemente." (Antropologia Cultural).

Como escreveu Bataille "há na natureza e subsiste nos homens um movimento que sempre excede os limites", pretendendo afirmar que a natureza é excessiva e irracional. Ora, a vida social implica a existência de um conjunto de interdições com as suas normas e as suas hierarquizações que marcam os pontos de ruptura entre o homem e o animal. Neste contexto, é a transgressão que define o homem, não no sentido do seu regresso à natureza mas no da manutenção das interdições transgredidas, ideia que se traduz na afirmação da existência de "uma cumplicidade profunda da lei e da sua violação". Portanto, Ser e Transgressão unem-se, sendo aquele o próprio fim absoluto da transgressão.

Na verdade, o que mais define o homem é a sua capacidade para transgredir, pelo que a transgressão anda ligada à subversão duma ordem. Nesse sentido, existem várias formas de existência inautêntica que, em última análise, são aquelas que se reconduzem à alienação nas suas múltiplas manifestações e são fruto da anunciada "morte de Deus", do niilismo, da total ausência de espiritualidade. Duma maneira geral, a existência inautêntica é susceptível de subordinação à lei, mas existe tam-

bém uma transgressão ilimitada que anula de vez todas as leis e é característica da ideologia libertária, maxime, da anarquia e da aniquilação total.

Mas onde residirá a existência autêntica?

Ela está na pulsão, na transgressão aliada à interdição, pois como que a lei existe para ser violada, ideia que Sade exprimia afirmando que o verdadeiro modo de alargar e multiplicar os nossos desejos consiste em impor-lhes limites.

Mas, como salienta Philippe Sollers, haverá que distinguir entre a transgressão autêntica e a pseudo-transgressão a que a civilização nos acostumou, pois uma tal libertação é apenas a máscara de uma repressão redobrada. Ou seja, também as transgressões são codificadas sendo esse código determinado pelas próprias instituições que a elas se opõem.

Neste ponto e para descrever a realidade actual que é, nada mais, nada menos, aquela donde emergem os litígios que cumpre à Justiça dirimir, evoca-se a caracterização da mesma a partir da clarividência de *José Gil* revelada no texto **“O roubo do presente”**:

Há pelo menos uma década e meia está a ser planeada e experimentada quer a nível do nosso país, quer na Europa e no mundo uma nova ditadura – não tem armas, não tem aparência de assalto, não tem bombas, mas tem terror e opressão e domesticação social e se deixarmos andar, é também um golpe de estado e terá um só partido e um só governo – ditadura psicológica.

Nunca uma situação se desenhou assim para o povo português: não ter futuro, não ter perspectivas de vida social, cultural, económica, e não ter passado porque nem as competências nem a experiência adquiridas contam já para construir uma vida. Se perdemos o tempo da formação e o da esperança foi porque fomos desapossados do nosso presente. Temos apenas, em nós e diante de nós, um buraco negro. O «empobrecimento» significa não ter aonde construir um fio de vida, porque se nos tirou o solo do presente que sustenta a existência. O passado de nada serve e o futuro entupiu. O poder destrói o presente individual e coletivo de duas maneiras: sobrecarregando o sujeito de trabalho, de tarefas inadiáveis, preenchendo totalmente o tempo diário com obrigações laborais; ou retirando-lhe todo o trabalho, a capacidade de iniciativa, a possibilidade de investir, empreender, criar. Esmagando-o com horários de trabalho sobre-humanos ou reduzindo a zero o seu trabalho. O Governo utiliza as duas maneiras com a sua política de austeridade obsessiva: por exemplo, mata os

professores com horas suplementares, imperativos burocráticos excessivos e incessantes: stress, depressões, patologias, border-line, enchem os gabinetes dos psiquiatras que os acolhem. É o massacre dos professores. Em exemplo contrário, com os aumentos de impostos, do desemprego, das falências, a política do Governo rouba o presente de trabalho (e de vida) aos portugueses (sobretudo jovens). O presente não é uma dimensão abstracta do tempo, mas o que permite a consistência do movimento no fluir da vida. O que permite o encontro e a intensificação das forças vivas do passado e do futuro – para que possam irradiar no presente em múltiplas direcções. Tiraram-nos os meios desse encontro, desapossaram-nos do que torna possível a afirmação da nossa presença no presente do espaço público. Actualmente, as pessoas escondem-se, exilam-se, desaparecem enquanto seres sociais. O empobrecimento sistemático da sociedade está a produzir uma estranha atomização da população: não é já o «cada um por si», porque nada existe no horizonte do «por si». A sociabilidade esboroa-se aceleradamente, as famílias dispersam-se, fecham-se em si, e para o português o «outro» deixou de povoar os seus sonhos - porque a textura de que são feitos os sonhos está a esfarrapar-se. Não há tempo (real e mental) para o convívio. A solidariedade efectiva não chega para retecer o laço social perdido. O Governo não só está a desmantelar o Estado social, como está a destruir a sociedade civil. Um fenómeno, propriamente terrível, está a formar-se: enquanto o buraco negro do presente engole vidas e se quebram os laços que nos ligam às coisas e aos seres, estes continuam lá, os prédios, os carros, as instituições, a sociedade. Apenas as correntes de vida que a eles nos uniam se romperam. Não pertencem já a esse mundo que permanece, mas sem uma parte de mim. O português foi expulso do seu próprio espaço continuando, paradoxalmente, a ocupá-lo. Como um zombie: deixei de ter substância, vida, estou no limite das minhas forças - em vias de me transformar num ser spectral. Sou dois: o que cumpre as ordens automaticamente e o que busca ainda uma réstia de vida para os seus, para os filhos, para si. Sem presente, os portugueses estão a tornar-se os fantasmas de si mesmos, à procura de reaver a pura vida biológica ameaçada, de que se ausentou toda a dimensão espiritual. É a maior humilhação, a fantomatização em massa do povo português. Este Governo transforma-nos em espantalhos, humilha-nos, paralisa-nos, desapropria-nos do nosso poder de acção. É este que devemos, antes de tudo, recuperar, se queremos conquistar a nossa potência própria e o nosso país."

É neste cenário criado e deixado pelo “resgate” que cabe determinar qual o **papel da Justiça na construção do Portugal Democrático e na defesa dos direitos fundamentais.**

A vida social está globalmente institucionalizada pelo que podemos dizer que, regulando o Direito a vida social, no plano teleológico ele se dirige a um comportamento e a uma acção humana, de modo a conseguir um objectivo idealizado através dos meios adequados.

É na administração da justiça e na execução das decisões judiciais que mais se revela a institucionalização da ordem jurídica. Na verdade, o estabelecimento da jurisdição como complexo de funções sociais distintas da administração no aspecto institucional, dá origem não só à formação de um genuíno processo, como também a uma execução fundada em regras (funcionalismo judicial com uma ética e uma técnica profissional específica).

Assim, a jurisdição exerce um monopólio de reacção que é, ao mesmo tempo, um monopólio de imposição (significa que não é legalmente permitida uma reacção jurídica se não houver uma sentença) e um monopólio de execução (se a reacção jurídica determinada pela sentença for uma questão da exclusividade da instância de jurisdição).

É ainda a jurisdição que deve determinar a sanção quando a norma não estabelece a extensão ou a espécie de castigo ou de indemnização de danos.

A importância da institucionalização do poder judicial operante sobre o “cenário” post-troika, deriva da necessidade de existir uma justiça independente das intervenções arbitrárias dos governantes, como garantia de que a vida social e o seu processo estão juridicamente regulados, aspiração a que corresponde a instituição de tribunais especiais (ou a uma jurisdição separada) destinados a controlar todos os órgãos do Estado na medida em que o exercício do poder político deve estar abrangido pela esfera do Direito.

Por assim ser, o Tribunal Constitucional e os Tribunais Administrativos, são o grande baluarte dos direitos fundamentais transgredidos em geral e pelo regime de excepção criado pelo “resgate”, em especial, sendo ingente a necessidade de existirem julgadores de rosto humano que cumpram de forma zelosa e dedicada a função legalmente vinculada que, no plano do relacionamento institucional, traça a linha divisória em relação a outros poderes cujo exercício não escapa à interdição/transgressão e podem, por vezes, tentar subverter os soberanos princípios da separação e independência com compressão intolerável, senão mesmo postergação, dos direitos fundamentais dos cidadãos, guiados pelos quais aqueles Tribunais constituirão o último reduto da justiça democrática e a maior reserva moral da Nação.

Não obstante, esmagados pelas avalanchas de processos, os Juízes e os demais colaboradores da administração da Justiça, confrontam-se com múltiplas restrições de tempo e de apetrechamento e actualização de recursos, que os impedem de aceder a novas experiências, situação agravada, muitas vezes, pelo que alguns denominam de “princípio de Peter”.

Por banda da “Justiça”, sucede muitas vezes, que as experiências, i. é, as soluções jurídicas encontradas para o caso concreto, são fruto da aplicação maquinal de uma das possíveis, ficando sem se saber as consequências de acções diferentes por falta de tempo ou de abertura para sobre elas reflectir e/ou para investigar novos e desconhecidos rumos.

É que, a nosso ver, o sistema capitalista que domina o mundo, guindou-se ao ciclo que eu apodo de “diabólico”, no sentido de que a política (não esquecer que esta é, segundo a concepção de Clausewitz e que, na perfeição, está a ser cumprida agora, a continuação da guerra por outros meios) tende para a destruição do estado social, impondo o empobrecimento de alguns países para a felicidade de um punhado doutros, sem que se saiba quem define e impõe as regras... transformando os cidadãos em servos e escravos enquanto o velho império decai. Há um poder invisível que nos tenta convencer de que são os nossos salvadores mas que, na realidade, nos obrigam a pedir para, através da usura, nos tornarem mendigos, para, pedindo, nos darem uma esmola quando, é certo e sabido, as crises do capitalismo são sempre de super-produção, não faltando bens para satisfazer as necessidades de todos os seres humanos a níveis dignos, mas a que há que imolar para satisfação do sacralizado mercado...Este, é um truque sofisticado: tal como o do diabo, o poder invisível que domina o mundo e a humanidade presentes, convence-nos que não existe!

E é esse poder que a Justiça tem hoje de enfrentar. Mas com que armas?!

As ideias em si não são boas ou más, tudo depende da utilidade que lhes dermos; só as acções podem causar muito mal ou muito bem!

Isso porque urge perspectivar os grandes desafios que se colocam para centrar a Justiça no seu papel essencial e nuclear num Estado de direito democrático, atento, sobremodo, o paradigma de “contencioso pleno” que se introduziu no sistema, em que a subordinação da Administração à lei passa pelo controle judicial, ao nível do caso individual e concreto pelos Tribunais Administrativos os quais, em caso de não serem cumpridos os ditames legais da actuação dos vários poderes político-administrativos ou de esta ser contrária à lei, se atribui à Justiça Administrativa o poder de condenação na prática do acto que legalmente seja devido, cabendo à Justiça Constitucional, o papel de subordinar o Estado quando este tenta crescentemente e sem desistências, pôr em causa a *Lex Fundamentalis*.

Contudo, evocando aqui o poeta vate Luís Vaz:

*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades
Muda-se o ser, muda-se a confiança
Todo o mundo é composto de mudança
Tomando, cada dia, novas qualidades.*

É neste conspecto que cabe deixar cair uma palavra especialmente para a chamada “jovem magistratura” que começa também a “empobrecer” e a “funcionalizar-se” perigosamente o que é produto de um novo sistema de formação que pode recrutar os juizes do amanhã com base não no mérito profissional, mas na “dependência” não ao princípio da legalidade, mas ao da conveniência.

Quando eu era “jovem magistrado”, produto da formação de um dos primeiros cursos do CEJ, intervim no 2º Congresso dos Juizes Portugueses com uma alocução intitulada “Entropia da Jovem Magistratura” e, a propósito, repristino o que afirmei sobre as profecias da desgraça que a “velha magistratura” lançava sobre a nova.

Discreteava então:

Só a crença redutora em princípios superiores que de cima se impunham à existência humana, e se resolviam, na antítese natureza-normas, fosse fundamentada a partir do direito divino/direito humano ou do direito positivo/razão individual, explicavam que a administração da justiça antes do estado de direito afirmado com a Constituição de 1976 fosse produto do labor da "elite".

É em relação a este estado de coisas que acreditamos que o novo sistema de formação produziu uma verdadeira entropia. Esta, na acepção considerada, reconduz-se à crença optimista da evolução epistemológica do sistema impulsionada pelo desenvolvimento interdisciplinar das ciências sociais e das tensões doutrinárias que erigem a filosofia, agora associada aos avanços da sociologia jurídica, num genuíno "prius" da actividade judicial.

Ora, com a chegada dos representantes da “nova vaga” de juizes, espera-se o surgimento de uma nova síntese que contribua para valorizar a jurisprudência que aqui se elabora, vivificando-a. E este é o maior desafio da Justiça de hoje.

Como dizia HECK: “O juiz só pode cumprir as altas tarefas a ele confiadas, se conhece o direito, a vida e a conexão que existe entre o

direito e a vida...um meio auxiliar indispensável são os exemplos e as decisões da jurisprudência...só ela torna vivo o direito.

Para tal, tem de ser regulado o “relógio” da Justiça porque, embora funcione, atrasa-se não em muitas horas, mas em anos intoleravelmente excessivos, o que requer não só mais meios humanos, mas, também, a fiscalização pelos órgãos de gestão e disciplina e a responsabilização dos operadores judiciários pelos atrasos injustificados na administração da Justiça reclamada pelos cidadãos.

É que, em cada processo, seja de que natureza for, está em causa a vida das pessoas que é sobremodo atormentada num penoso calvário. Dá até vontade de rogar pragas aos julgadores para que sejam partes em processo idêntico, para sentirem o sofrimento dos destinatários das decisões proferidas, às vezes, uma a duas décadas depois sobre a ablação dos direitos e a introdução do feito em juízo.

Alguns cidadãos ainda vociferam junto dos Conselhos Superiores pedindo a aceleração processual, mas estes pouco ou nada podem ante as montanhas de processos que o juiz responsável tem a seu cargo...embora, verdade seja dita, muitos processos disciplinares sejam instaurados aos prevaricadores, alguns sendo mesmo réus de acções indemnizatórias!

A questão da justiça lenta já remonta a Voltaire, que vulgarizou o aforismo romano da Justiça “rápida”: *“sentença pronta, raro é justa”!*

E, contrariando a ideia da *“Justiça que tarda”*, como preconizava D. Pedro I, “o Cruel”: *“aqueles que tarde vencem ficam vencidos”*.

Muitos cidadãos desesperam, como aquele que peticionou a condenação de um Município e do Ministério do Ambiente pelo atentado ambiental decorrente da instalação de lagoas com dejectos de 4000 suínos a cerca de 30 metros da sua habitação.

Decorridos 9 anos após a introdução do feito em juízo, depois de várias vicissitudes, com recursos pelo meio, lá obteve uma sentença condenatória transitada.

Não obstante, clama agora para que o Município condenado cumpra a decisão judicial e recomeça novo calvário, com novo processo, este, executivo.

E lança um lamento lancinante ao órgão de disciplina e ao Presidente do Tribunal: Enquanto *“a roda da Justiça não avança”*, o Autor vai *respirando* cheiros nauseabundos, *convivendo* todos os dias com moscas, pulgas, 4000 porcos, detritos e céu aberto num “paraíso” que faz inveja a lixeiras mais “perfumadas”... Em dias de

calor/humidade asfixiante, que são frequentes, o Autor questiona o estado do processo e nada sabe, a não ser que tem de esperar...

Mas, aqui chegados, há que enfatizar a questão dos perigos que, a par da funcionalização do juiz, acarreta a *desmaterialização* do processo, muito adorada por alguns operadores judiciários.

Sendo certo que “*sem alma e coração*” os homens não passarão de máquinas, certo também que o “*admirável mundo novo*” orwelliano está aí, pondo em causa a pessoa humana e colocando no seu lugar outro tipo de inteligência.

Há dias fiquei petrificado ao ler um artigo sobre Ciência publicado no jornal Expresso e que tinha como título de caixa alta “**Revolução.** *Aproxima-se um momento histórico na ciência, em que as regras morais vão ser introduzidas na programação dos computadores. Mas há cientistas que falam numa ameaça ao nosso modo de vida.*”

Aí se refere que as regras praticadas pelas máquinas poderão servir para “*Compreender melhor os seres humanos*” pois “*Reproduzir comportamentos em máquinas vai ter a vantagem de nos ajudar a entender melhor como nós próprios funcionamos*”.

No entanto, Manuel Curado, Especialista nas questões éticas da tecnologia e professor de Lógica do Departamento de Filosofia da Universidade do Minho perguntado sobre se considerava que o mundo da comutação vai ser capaz de simular todas as valências da mente humana, respondeu: “Estou convencido de que vai, no cálculo matemático, na percepção visual, na atenção visual na decisão moral. Estamos a assistir ao momento da história da ciência em que isso vai acontecer.” E, questionado sobre se estava “preocupado com esta evolução da ciência”, afirmou peremptoriamente: “Estou ao mesmo tempo fascinado e preocupado, como académico. Estou fascinado porque há hoje arquiteturas computacionais que imitam o que pensávamos impossível, como a cooperação e o altruísmo, por exemplo. Tudo se joga na capacidade de a investigação computacional conseguir simular o cérebro humano e tudo indica que este tem uma estrutura computacional. Mas estou preocupado com as consequências, para a sociedade, da introdução da componente moral na computação. Imagine uma máquina com livre arbítrio, com capacidade de decisão diferente da nossa, com valores e prioridades diferentes dos nossos.”

Isto para dizer que a desmaterialização do processo obtida por sistemas como o CITIUS, o SITAF e – nome curioso! – o HABILLUS, sendo uma ferramenta essencial para aperfeiçoar racionalmente a administração da Justiça, não pode ser a antecâmara do Juiz robot, à semelhança do computador Hal que atirou o homem para o vazio cósmico por dele se ter tornado inimigo... a premonição kubrickiana não pode

cumprir-se nunca na administração da Justiça já que, nesta, primeiro, estão as pessoas e só as pessoas humanas a devem administrar com humanidade!

Do que vem dito, deveremos com toda a pertinência tirar a seguinte conclusão:

Perante a sociedade ou, mais restritamente, o meio social, o magistrado, como homem, é parcial, pois cada um é parte do todo, porque deste participa.

Claro que com esta afirmação não se põe em causa uma outra imparcialidade do juiz, que, como vimos, se resolve na equidistância das partes. Não.

Como escreveu o já clássico e ecuménico Carnelluti

Basta reflectir que ser imparcial significa não ser parte; mas o juiz, pois não é mais de que um homem, não pode deixar de ser parte. E isto quer dizer, em termos menos abstractos que ele é alguém com as suas simpatias e antipatias, as suas relações, os seus interesses, e com aquele modo misterioso de ser que se constitui das predilecções. Pretender a imparcialidade do juiz é, portanto, qualquer coisa como buscar a quadratura do círculo. Seria necessário fazê-lo viver dentro de uma campânula de vidro; e talvez, afinal, tal não bastasse porque isso fá-lo-ia perder a humanidade, logo, a compreensão, a qual lhe vem de saber viver a vida dos outros.

E o novo rumo da Justiça, em vista da realização dos direitos fundamentais no cenário criado e deixado pelo “resgate”, passa ainda e necessariamente pela imputação às entidades e seus agentes, com funções administrativas, dos danos gerados em virtude da prática de faltas a qual deriva não só de imperativo constitucional (artigo 22º da CRP), mas também é imposta pelos princípios do Estado de Direito, da dignidade da pessoa humana, da protecção dos direitos fundamentais pessoais, sociais e patrimoniais.

Cabe neste âmbito referir que embora o artigo 9º nº 1 do RRCEE, não inclua a referência a disposições de Direito Comunitário, isso não inibe a Administração de atender ao conteúdo regulatório de regulamentos comunitários em vigor incidentes sobre os direitos fundamentais, seja promovendo a necessária concretização através da emissão dos necessários regulamentos de execução, seja retirando do seu conteúdo a norma de conformação de direitos dos particulares.

Na verdade, o Direito Comunitário tem uma vocação de aplicação uniforme em todos os Estados-membros, por força do princípio da solidariedade (artigo 10º do TCE), a que Portugal está adstrito (cfr. os artigos 7º nº 6 e 8º nº 3 e 4 da CRP e 249, §2º do TCE).

Para o caso que nos ocupa importam as normas portadoras de características de lei - medida ou leis *self executing*, podendo ter gerado prejuízos relevantes aos cidadãos, mais concretamente, as normas do direito comunitário com aquela natureza, impondo-se, acima de tudo, saber se as normas comunitárias em causa revestem essa natureza.

Na verdade, os chamados regulamentos previstos no art. 189º do tratado da CEE constituem direito *self executing*, o que significa que são direito imediatamente aplicável, sem necessidade de qualquer acto interno (lei, decreto) de transformação.

À questão da responsabilidade, assim enquadrada, liga-se umbilicalmente a emergência e ética financeira.

Portugal é como um adolescente que tem um golpe de sorte e entra numa volúpia gastadora sem saber exactamente porquê. Gasta só pelo gozo de fazer pelo menos uma vez na vida aquilo que nunca fez.

Esta é uma asserção vertida por Rentes de Carvalho no seu livro, recentemente editado, considerado o livro maldito do 25 de Abril e que dá pelo título: “*Portugal, a Flor e a Foice*” por isso, tendencialmente premonitório da situação a que chegámos.

A ética é criada, construída socialmente no colectivo e o problema ético deriva da dificuldade em definir-se bem e mal da vida em grupo. Ilustrando: um exemplar do *homo sapiens* que tivesse todo o planeta à sua disposição por ser o único da sua espécie a habitá-lo, a questão ética seria facilmente resolvida; tudo o que esse indivíduo considerasse bom para si, seria bom e, logo, ético. Ora, é a existência de outros membros da mesma espécie compartilhando o mesmo espaço que explica e legitima a existência de uma ética a ser seguida e aplicável a toda a sociedade ou apenas a um determinado grupo dentro de dada sociedade.

Nesse pendor, a ética representa antes de tudo uma restrição à liberdade individual e, ao mesmo tempo, garante um nível mínimo de liberdade, externando-se essa ética nas normas sociais em geral e sendo as leis que neste contexto determinam o padrão ético mínimo esperado.

O certo é que não existem garantias absolutas de que certas leis não sejam discriminatórias, injustas ou sirvam os interesses de uns poucos membros da sociedade sem embargo de, numa sociedade democrática de facto e de direito como é a nossa, ser de esperar que as leis representem a média daquilo que a sociedade considera mínimo para uma convivência pacífica.

Porém, a ética vai muito além da norma jurídica pelo que, se o comportamento ético além do que a lei estabelece não é obrigatório e representa, em última análise, uma restrição à liberdade, como explicar que determinados indivíduos ou grupos de indivíduos estabeleçam padrões acima daqueles que a lei determina?

A revolução da informática, concomitante com a queda do sistema de Bretton Woods (1973), no último quartil do século passado, veio corroborar um nível de integração inesperado e deu azo ao que ficou conhecido como capital errante; dinheiro especulativo (e extremamente volátil) que circula pelo mundo em busca das melhores oportunidades de ganho.

Visto que o capital deixou de ter pátria, o risco de uma quebra do sistema financeiro global tornou-se inevitável sobretudo porque a velocidade com que a informação circula através desses mercados é surpreendente e pode ser melhor expressa através de exemplos recentes como a crise desencadeada nos mercados asiáticos e, anteriormente, a crise mexicana (efeito tequila), que tiveram consequências sobre diversos países numa velocidade sem precedentes.

Tendo como pano de fundo o estado em que o “resgate” deixou o nosso país, o cenário traçado pelo clarividente José Gil, dir-se-á que a Constituição só admite a redução dos direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente nela previstos (art. 18.º, n.º 2) e a emergência financeira, que legitimadora daquele cenário, não é um deles. Aliás, de acordo com o art. 19.º, n.º 1, da Constituição, “os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição”. Enquanto nenhuma dessas declarações ocorrer, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos portugueses estão plenamente vigentes e não podem ser afectados.

Não obstante, o Tribunal Constitucional tem vindo a considerar relevante um pretenso “estado de emergência financeira” não declarado pela forma constitucional. Tal já aconteceu no Acórdão 399/2010, onde o Tribunal Constitucional fez tábua rasa da proibição constitucional da retroactividade fiscal com fundamento em que aquelas leis fiscais retroactivas “têm carácter urgente e premente no contexto de anúncio das medidas conjuntas de combate ao défice e à dívida pública acumulada”. Ora ressalvado o respeito devido, este tipo de retórica constitui uma verdadeira suspensão de vigência das normas constitucionais, decretada pelo Tribunal Constitucional durante o estado de crise financeira, sem que um estado de emergência seja declarado pela forma constitucional. Esta forma de suspender a vigência da Constituição tem muitos precedentes históricos. O que não é normal é que venha de um Tribunal Constitucional.

Diga-se, no entanto e em abono da verdade, que, no decurso do resgate, o Tribunal Constitucional tem imposto barreiras de protecção dos direitos sociais que, não obstante, o discurso e a acção políticos, não têm pejo em violentar.

Com efeito, a jurisprudência constitucional produzida a propósito dos pedidos de fiscalização dos orçamentos do Estado relativos aos anos em que tem vigorado a emergência financeira e incidentes sobre esse tipo de direitos, vem afirmando que os direitos sociais valem tanto como os tradicionais apodados de “liberdade” na medida em que a Constituição portuguesa estabelece uma relação recíproca de direitos sociais e económicos que reforçam a estrutura da liberdade e se sobrepõem ou, no mínimo, constituem limites impostos pelos princípios gerais da igualdade, da proporcionalidade ou da protecção da confiança, às medidas redutoras por condicionamentos financeiros ou opções decorrentes de orientação política.

Por outro lado, tem que se questionar até que ponto o exercício da justiça administrativa, ainda que involuntariamente, tem contribuído para a impunidade que nos vai corroendo, sem que valha a velha desculpabilidade de que há que alterar a lei para ser melhor aplicada, num lavar de mãos em que o aplicador é o mal menor e o legislador é o maior culpado. É tudo relativo mas nunca será um bom aplicador aquele que esconde ou distorce normas da lei e as razões das leis para proferir uma sentença. No que à responsabilidade civil e à emergência e ética financeira diz respeito, normalmente as infracções em que os nossos administradores constantemente incorrem, em regra não são considerados ilícitos de perigo sem necessidade de provar o resultado traduzido no erro cometido com violação dolosa das leis administrativas.

Mas a globalização económica e a vigorante emergência financeira torna exigível que o sistema financeiro seja perspectivado como um bem público comum, o que implica que, moral e eticamente, se institua e accione a responsabilização das instituições não só nacionais, mas, porque não, as internacionais, mormente as que têm como objecto o assessoramento dos Estados de forma a garantir-lhes financiamento em situação de emergência ou de crise.

Dito de outro modo: poderão ser responsabilizadas tais instituições pelos danos causados aos Estados e às populações pois, na nossa lei, concretamente no artigo 485º, nº 2, do Código Civil, existe a consagração de um princípio geral de direito que pode e deve ser aplicado neste tipo de situações, ao estabelecer a responsabilidade nos casos em que havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar.

É manifesto que existe uma tendência para restringir o campo da imunidade, se não mesmo da impunidade mas, quando se chega a admitir o erro que justifica tal responsabilização tornam-se questionáveis as razões da não chamada à responsabili-

dade seja das instituições nacionais pelos danos de diferente natureza causados ao bem público comum, seja mesmo das instituições internacionais, como o FMI, quanto aos desastrosos resultados da aplicação do memorando da Troika. É que, não obstante os estatutos do FMI consagrarem uma cláusula de imunidade, o certo é que o nosso Supremo Tribunal de Justiça vem perfilhando uma interpretação restritiva da imunidade soberana dos Estados e organizações internacionais, circunscrita aos actos de gestão pública, sendo essa a doutrina dominante no nosso sistema judicial.

Porque será que nunca ninguém se lembrou desta possibilidade e de accionar os mecanismos legais de uma tal responsabilização? A resposta só pode ser esta: perdemos, de forma indelével, a nossa soberania e permitimos a compressão (ou esmagamento?) dos direitos fundamentais e a destruição do Estado democrático e social que difícil ou impossivelmente reconstruiremos...apesar de gritos “ipirangentos” que muitos soltaram quando viram a troika pelas costas (será que ela saiu mesmo?).

Todavia, face ao estado da nação e dos resultados eleitorais das últimas eleições europeias, que apontam claramente para o ressurgimento dos nacionalismos, cabe então equacionar até que ponto estão em causa na sociedade democrática ocidental, que é aquela em que vivemos, os valores que legitimam o sistema dos direitos, liberdades e garantias.

Na apregoada crise, que motivou as medidas do resgate, é unicamente e sempre a questão material que está em causa, estando o poder imaterial e/ou os valores, a concepção de legitimidade ou a noção de bem, arredada da discussão, quando é certo que se sente a forte pulsão cultural que alimenta e faz crescer a visão do mundo nacionalista e reaccionária, visando pôr em causa o sistema democrático das liberdades e dos direitos e destruir a visão da democracia como um fim e não como um meio, por muitos considerado o sistema menos imperfeito de todos para alcançar a felicidade e o progresso humanos.

O recrudescimento dos nacionalismos só se justifica como forma de preencher o vazio, o desencanto gerado pela crise do sistema democrático dos partidos e da tendência destes para, mediante a destruição do estado social, dos direitos adquiridos, seguindo um putativa linha liberal, imporem uma forma de pensar anti-iluminista e anti-direito natural aproveitada pelos nacionalistas xenófobos e chauvinistas, criticistas do que dizem ser o vazio espiritual do ocidente materialista.

A trave-mestra dos inimigos do sistema democrático e dos direitos fundamentais radica na afirmação de que estes direitos não podem ser universais pois o indivíduo só ganha sentido como parte de um todo orgânico – a nação que é defendida pelo Estado que é o único valor absoluto (nada contra o Estado, tudo pelo Estado, tudo dentro do Estado). Não por acaso, esta concepção dos direitos humanos está mais próxima do Islão do que do Ocidente pois ambos rejeitam o individualismo e mate-

rialismo extremados que vêm dominando as sociedades ocidentais; rejeitam a emancipação da mulher, da liberdade... mas também é certo que algumas razões de queixa são consistentes, como seja a hostilidade, o desrespeito pelos mais velhos, a desconfiança, confrontação, comportamentos predatórios próprios de uma competição desenfreada e egocêntrica.

Do que vem dito, decorre que os nacionalistas emergentes, tal como os islamitas, são inimigos dos conceitos ocidentais de sociedade civil, liberdade, direitos humanos, sendo a dignidade do Estado (ou da religião) mais importante do que a liberdade individual, radicando a sua base jurídica e moral não no indivíduo, mas na nação, a qual é a verdadeira detentora de personalidade jurídica e a do indivíduo mais não é do que uma parte desse todo, que é o colectivo nacional.

Dito de outro modo: contrariamente ao que acontece na tradição ocidental agora perigosamente posta em causa, o indivíduo não é portador daqueles direitos inalienáveis que são independentes do direito positivo do Estado, sabido que no ocidente, o Estado só tem de reconhecer os direitos naturais que são anteriores à própria criação do Estado – este não cria direitos, só protege direitos preexistentes; já para os nacionalismos emergentes (e, se não erramos, para aqueles que nos pretendem resgatar e a outros países que escolheram para esse efeito, em completa e paradoxal negação do que se diz seguirem, que é uma visão liberal), é o Estado que cria os direitos dos indivíduos, o que vale por dizer que o direito positivo derroga o direito natural. Enfim, é o contraponto entre o Estado de Direito para os cidadãos e um Estado autoritário para súbditos, é a diferença entre comunidade (*gemeinschaft*) e sociedade (*Gesellschaft*).

Veja-se, por exemplo, que a Igreja Ortodoxa russa organizou em 2006 a reunião que promulgou a *Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Dignidade*, como antítese da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ali se consagrando o relativismo cultural do nacionalismo contra o universalismo do direito natural. Em última análise, pretende-se pôr em causa a democracia constitucional tal como foi construída no ocidente ao ponto de se afirmar que existe uma *democracia oriental* em que não cabem a separação de poderes e as liberdades e garantias, ou seja, o direito natural, deslocando a noção de Bem centrada no indivíduo e no direito natural, para o Estado construído a partir de laços culturais, raciais e linguísticos, a comunidade de irmãos unidos em redor de hinos, marchas e bandeiras, a comunidade que mergulha sempre na barbárie do *jus sanguinis* e odeia ferozmente a sociedade de cidadãos (que não de irmãos) ocidental e que se implanta no *jus soli*.

Ora, tudo isto, a nosso ver, atenta contra as bases fundamentais do nosso sistema democrático erigido nos direitos fundamentais e universais, o que pode gerar um verdadeiro terramoto semelhante ao que vitimou a Atlântida, cujos abanões têm vindo a acentuar-se com as políticas de austeridade e de empobrecimento, justifica-

das, sobretudo, pelo declínio económico da Europa derivado da ascensão da China, Índia e Brasil.

Tal como no mito de Sísifo relatado por Albert Camus na obra com o mesmo nome, parece que continuamos a ser dominados pelo mito do eterno retorno: o gigante Sísifo carrega o mundo até um pouco mais acima na encosta do Atlas, mas a fatalidade obrigá-lo-á sempre a deixar rolá-lo, de novo e sempre, até ao sopé, onde retornará para iniciar nova viagem!

Em sinopse geral e conclusiva: cumpre à Justiça de hoje, como último reduto da sociedade democrática, fazer cumprir, de forma inabalável, independente, imparcial e corajosa os direitos fundamentais dos cidadãos, combatendo o Grande Ditador que se oculta, forjando uma possessão jamais vista, com as vestes modernas de Satã!

Esse é um bom combate que tem de ser vencido para acabar com a fatalidade sísifiana, resistência que está na linha dos valores da liberdade, igualdade e fraternidade de que quem os perfilha terá de ser guerreiro, podendo e devendo proclamar-se que:

- o que é, é;
- o que não é, não pode ser e,
- o que pode ser, será.