

# JURISMAT

---

Revista Jurídica

Número 19

2024

# **JURISMAT**

**Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**

**N.º 19 – PORTIMÃO – MAIO 2024**

## **Ficha Técnica**

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 19  
Director: Alberto de Sá e Mello  
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)  
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes  
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A  
8500-656 Portimão  
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>  
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241  
Correspondência: [info@ismat.pt](mailto:info@ismat.pt)  
Capa: Eduarda de Sousa  
Data: Maio 2024  
Impressão: ACD Print  
Tiragem: 100 exemplares  
ISSN: 2182-6900

## ÍNDICE

<b>PALAVRAS DE ABERTURA</b> .....	7
<b>ARTIGOS</b> .....	11
PAULO FERREIRA DA CUNHA Justiça & Política(s) – Reflexões Imanentes e Prospetivas .....	13
RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS Guerra Junqueiro em Coimbra – O Estudante de Direito e o Poeta .....	39
DIEGO SIQUEIRA REBELO VALE & SANDRO ALEX SOUZA SIMÕES O formalismo jurídico alemão no século XIX e o problema da interpretação .....	57
MIGUEL SANTOS NEVES Gaza, o conflito Israel-Palestina e Lawfare: limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados .....	87
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Decisão sobre a admissão do recurso; em especial, da revista excepcional .....	141
J. P. REMÉDIO MARQUES Reivindicação <i>versus</i> demarcação – violação de caso julgado (“contrário contraditório”).....	155
JORGE GODINHO O crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar (art. 108.º da lei do jogo)....	197
DORA LOPES FONSECA A prática do crime de violência doméstica em casos de alienação parental: breves notas reflexivas.....	251
CARLOS FERREIRA DA SILVA O ilícito de mera ordenação social como ramo do direito sancionatório e a sua convivência com o princípio da culpa.....	263
LUÍS MANUEL PICA & MÁRIO FILIPE BORRALHO Da tributação da renúncia ao direito às tornas no contrato de partilha de herança: a fragmentação entre os conceitos de “onerosidade” e de “gratuidade” e a (in)compreensão do regime dualista .....	287
MAROUANE CHACHOUI La force majeure et la théorie de l'imprévision à l'ère de la pandémie covid-19 .....	303
HUGO CUNHA LANÇA Os Princípios Gerais do Direito das Sociedades Comerciais: um excurso.....	321

---

ROBA IHSANE	
Le transfert temporaire de la propriété des actions.....	343
SAÏD AZZI	
Les pratiques anticoncurrentielles : risques et sanctions sous la lumière de la loi 104-12 .....	361
ANTÔNIO CARLOS MORATO	
A criação de brinquedos e sua proteção no Brasil.....	375
<b>ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT .....</b>	<b>401</b>
GONÇALO AMARO CAMACHO	
O uso de sistemas de geolocalização pelo empregador na lei e na jurisprudência .....	403
PATRÍCIA FILIPA NUNES TEIXEIRA	
Confronto entre o direito à habitação e o direito de propriedade privada: algumas notas sobre a (in)constitucionalidade do arrendamento coercivo .....	423

# Justiça & Política(s) Reflexões Imanentes e Prospetivas<sup>1</sup>

PAULO FERREIRA DA CUNHA \*

**Resumo:** A relação entre Justiça e Política e Políticas é sempre complexa; e se em teoria se presta a grandes querelas, na prática é ainda mais fraturante. No presente artigo, baseado numa nossa conferência proferida em 2018, procuram-se, antes de mais, algumas aproximações à Justiça, que só se consegue alcançar numa Cidade justa e com Pessoas justas. E depois elencam-se alguns elementos ameaçadores para a Justiça no Estado constitucional em que vivemos, a par de alguns vetores de esperança, designadamente integradores de um novo paradigma jurídico, a que se poderá chamar Direito Fraternal Humanista. Um deles é a proposta (hoje de muito difícil concretização a curto prazo, dada a situação internacional) da criação de um Tribunal Constitucional Internacional. Mas se Roma arde, como dizia Chesterton, é preciso ir estudando hidráulica. Para agora e para o futuro.

**Palavras-Passe:** Justiça, Política, Políticas, Eutopia, Distopia, Direito Fraternal Humanista, Tribunal Constitucional Internacional, Constituição.

---

**JURISMAT**, Portimão, n.º 19, 2024, pp. 13-38.

\* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Catedrático da Universidade do Porto (funções suspensas para exercício da magistratura).

<sup>1</sup> Este texto tem como pano de fundo a conferência que proferimos (no âmbito do colóquio *Problemas, Conjeturas e Teorias para um Mundo Melhor*, em que também foram oradores os Professores Doutores Carlos Fiolhais, Fernando Catroga, Fernando Rosas, Manuel Loff e Norberto Cunha) no Centro Cultural de Paredes de Coura, em 20 de outubro de 2018, a convite da respetiva Câmara Municipal, na pessoa de cujo Presidente agradecemos. Teve uma primeira publicação no Brasil, na revista “Convenit Internacional”, dirigida pelo Prof. Doutor Jean Lauand, a quem agradecemos igualmente.

**Sumário:** I. Da Venda da Justiça. II. Que Justiça? Que Valores Superiores Constitucionais? III. Justiça Geral e Pessoas Justas. IV. Propostas Distópicas para a Justiça. V. Manobras de diversão e alienação. VI. Do Papel dos Juristas. VII. Vetores Eutópicos. VIII. Sexto Vetor: O Novo Paradigma Jurídico e o Tribunal Constitucional Internacional, seu exemplo.

## I Da Venda da Justiça

O tema que nos foi proposto é, antes de mais, sobre a Justiça. Essa Justiça que nos habituamos a ver como uma senhora, ou uma deusa, naturalmente muito respeitável, com uma venda nos olhos, e às vezes com uma espada, uma balança e coisas do estilo<sup>2</sup>...

O primeiro aspeto que gostaríamos de salientar é que hoje parece encontrar-se absolutamente provado, cientificamente (quer dizer, no caso, historicamente, ou histórico-semióticamente), que a venda é, antes de mais, uma paródia.

Da mesma maneira que uma venda foi colocada, por exemplo, em ilustração daquele livro clássico, *A Nave dos Loucos*, de Sebastião Brandt,<sup>3</sup> em que o Imperador também era vendado. Por que o Imperador era vendado? Ele era vendado para se significar – coitado do imperador – que ele não via nada, não via um palmo à frente do nariz. E a Justiça, e por extensão os juristas também: igualmente estavam vendados, porque não viam a realidade. Viviam num mundo de ilusões, viviam num mundo de alienação. Luis Alberto Warat tem passagens, muito significativas e interpelantes sobre as ilusões e autoilusões dos juristas.<sup>4</sup> Nós é que em geral temos tanto que fazer que não prestamos grande atenção às reflexões autogónicas.

O problema é que os juristas são pessoas tal como a sua deusa (ou deusas) muito respeitáveis (e devem sê-lo: Deus nos livre quando o não sejam, pontualissi-

<sup>2</sup> Cf., por todos, os nossos artigos *La Balance, le Glaive et le Bandeau. Essai de Symbologie Juridique*, in "Archives de Philosophie du Droit", Paris, Sirey, 1995, separata, 1996 ; Idem — *Die Symbole des Rechts. Versuch einer Synthese*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", vol. 80 - 1994 1. Quartal. Heft 1, Stuttgart, Franz Steiner, 1994.

<sup>3</sup> BRANT, Sebastian — *Das Narrenschiff*, adaptação fr. de Madeleine Horst, *La Nef des Fous*, Estrasburgo, La Nuée Bleue, 1977.

<sup>4</sup> Especialmente, v.g., WARAT, Luis Alberto — *Do Paradigma Normativista ao Paradigma da Razão sensível*, in *Temas Emergentes no Direito*, coord. de Marcelino Meleu / Mauro Gaglietti / Thaise Nara Graziottin Costa, Passo Fundo, IMED, 2009, p. 13 ss.

mamente, e os maus resultados que isso dá, em geral) e assim não conseguiram resistir a uma crítica destas. Porque as piores críticas mesmo são as críticas da ironia, de sarcasmo, etc.

Então, os juristas fizeram uma coisa que hoje não anda muito na moda (pelo menos na sua deteção e batismo, embora se continue a ir fazendo...), mas de que alguns, mais experientes e vividos, certamente se lembram. É uma atitude subtil, a que se chama “recuperação”.

O que é uma recuperação, neste contexto? Recuperação é uma forma subtil, insistimos, de lidar com alguma coisa que nos é adversa, e cuja conceção, ou dimensão, ou implicações procuramos minimizar ou descaracterizar, interpretando-a numa versão *pro domo*. O procedimento é em geral o seguinte: nós (os recuperadores, neste caso os mistificadores) fazemos das fraquezas forças, e passamos, por exemplo, a utilizar *pro domo* o conceito, a realidade, a interpretação em causa. Não raro se atua pressupondo o que mais tarde se chamou “síndrome do limão doce”.

“ – Sim é limão – concordamos –. Mas faz-se com ele uma belíssima limonada. E ademais tem qualquer coisa de doce”, etc.

Então, podemos dizer que a venda, nesse contexto de recuperação, é como o ocorrido na síndrome do limão doce: é venda, sim, não se vai negá-lo; mas afinal serviria para ver melhor... Precisamente o contrário do que imediatamente se interpretaria.

Temos de concordar, porém, que nem tudo é mistificação nesta “recuperação”. Há aspetos com alguma plausibilidade... A venda acabaria por ser uma bela oportunidade para simbolizar publicamente e internamente às corporações de juristas uma dimensão importantíssima da Justiça: a sua independência, a sua imparcialidade, etc.

A venda tem-se, assim, revelado um adereço importantíssimo da representação da Justiça. Porque simbolizaria a atividade jurídica ao ponto de o jurista não ver o que ela implicaria de fraqueza e não de força, mas, pelo contrário, reforçaria a força dos juristas: a sua imparcialidade. Ao ser “cega” (como se passou a dizer) não faria, assim, a aceção de pessoas (que é, de resto, um pecado de que trata São Tomás de Aquino, na sua *Summa Theologiae*,<sup>5</sup> aliás de uma maneira muito subtil). E, então, a aceção de pessoas, o que é?

---

<sup>5</sup> THOMAS D'AQUIN — *Summa Theologiae*, trad. fr., *Somme Théologique*, Paris, Cerf, 1984-86, 4 vols.

É, efetivamente, o privilegiar as “caras nossas”, os nossos amigos, os nossos parentes, aqueles que por algum motivo queremos beneficiar, e, em contrapartida, é o esquecer, o pôr de parte, o prejudicar aqueles que, pelo contrário, nos não são simpáticos nem consanguíneos.

E então, para não fazer aceção de pessoas, para não se ver se a pessoa é rica ou pobre, se a pessoa é bonita ou feia, se a pessoa está nesta posição social (ou política, ou o que seja...) ou naquela, então nós pomos a venda, e assim, tapando os olhos do corpo, abriríamos os ouvidos da alma. Escutando apenas as boas razões destes e daqueles, destas e daquelas...

Nessa intenção rigorosamente independente, o jurista ouve as partes (*audi et alteram partem*), sendo o ouvido um sentido particularmente intelectual.

Aliás, há uma história a nosso ver divertidíssima, que é a peripécia de como Walt Disney selecionou a cantora que foi dar voz à Branca de Neve, ou à Bela Adormecida, já não nos recordamos. Ora Walt Disney, para se não deixar persuadir pelos encantos físicos das candidatas, colocou-se por trás de uma cortina, e ouvia apenas a voz das diferentes pretendentes ao lugar. Assim, selecionou apenas com base nas vozes, até porque não interessava nada se quem cantava era bonita ou feia, porque era um boneco de desenhos animados que ia aparecer no filme, não a cantora.

Ele foi, portanto, o “Super jurista”. *Walt Disney, o Super jurista*, aquele que realmente levou a sério a história da venda. E a colocou em prática.

Mas não prossigamos mais com estas imagens. O assunto está esclarecido.

## II

### **Que Justiça? Que Valores Superiores Constitucionais?**

Então, resumamos. Qual é o tipo de Justiça que se pretende? Adaptando o que se diz no Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa para a sociedade que aí se almeja, diríamos, antes de mais: A ideia é virmos a ter uma Justiça mais livre, mais justa e mais fraterna. Mais. Não que agora ela não tenha já esses traços, na nossa sociedade democrática. Precisam é de ir sendo desenvolvidos, nesse sentido, em consonância constitucional.

A nossa Constituição de 1976, em vigor, realmente aponta um grande objetivo, uma grande meta, a construção de uma sociedade “mais livre, mais justa e mais fraterna” – logo no seu Preâmbulo, que não é um simples “prólogo no céu”.

Dois anos depois, em 1978, a Constituição espanhola vai poder fazer uma síntese ainda mais elaborada. Tem também dois anos para trabalhar nisso, e assim, no primeiro artigo da Constituição espanhola vai fazer-se algo que nunca tinha sido feito: classificar concretamente quais são os valores políticos superiores, os quais, ademais, não são só próprios da sociedade espanhola, mas que são, em geral, de todas as sociedades democráticas modernas. Poderíamos dizer, valores afinal próprios das sociedades em que está vigente o Direito democrático. E assim, seguindo uma síntese atualista de Yadh Ben Achour,<sup>6</sup> poderíamos afirmar que essas são as novas “nações civilizadas” para que remete o artigo 38.º, n.º 1, al. c) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Só é nação civilizada a nação em que vigora o Direito democrático, ou, dito de outro modo, em que há democracia. No séc. XVIII, falava-se das nações “polidas ou policiadas e ilustradas”. Agora devemos falar em sociedades democráticas.

Mas voltemos à Constituição espanhola de 1978, atualmente em vigor ainda, evidentemente. Vai dizer a Constituição espanhola que os valores políticos superiores são a Liberdade, a Igualdade, e depois, como cremos que os espanhóis não podiam imitar os franceses (não podendo por isso escolher, para valor final, a Fraternidade), então escolheram um terceiro elemento que não era o tradicional francês. Ficaram então a Liberdade, a Igualdade e a Justiça.

Claro que, entretanto, como sabemos, em Espanha se diz que não há bruxas, não é? Algo como *No creo en brujas, pero que las hay...* Então, como elas não existem, mas afinal as há, houve alguém (e até nem sabemos se não terá aí havido a mão do bom escritor que foi Camilo José Cela, na altura constituinte) talvez insatisfeito com o laconismo da tríade, que desejou ir mais longe. Talvez tenha pensado que quicá desse uma ajuda suplementar à democracia colocar também como valor superior o pluralismo político. Não afiançamos, porém, a paternidade da ideia. Meramente avançamos uma hipótese, com todo o respeito, naturalmente, pelo autor referido. Aliás, a intenção, estamos certo, era excelente: reforçar a democracia, com mais um elemento, além dos três referidos.

Infelizmente, o resultado ficou menos bem do ponto de vista estritamente filosófico. Pois temos a Liberdade, a Igualdade e a Justiça, que são efetivamente estrelas (entidades com brilho próprio) no firmamento axiológico, não há dúvidas. Mas acabámos por ter também um quarto elemento (como nos *Três Mosqueteiros* há um quarto Mosqueteiro, mal comparando): o pluralismo político, que é uma realidade política ótima, mas que realmente não tem brilho próprio. Por isso não é um valor.

---

<sup>6</sup> BEN ACHOUR, Yadh / FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, em colaboração com Yadh Ben Achour, Oeiras, A Causa das Regras, 2017.

Se formos, por exemplo, aplicar a teoria dos valores de um autor como Johannes Hessen<sup>7</sup> (mas poderia ser a de muitos outros autores), realmente custa acreditar que o pluralismo político tenha a mesma intensidade vibratória no plano axiológico que os outros três.

Mas compreende-se: é uma distorção para realmente tentar prevenir e evitar coisas como a tentativa de golpe de Estado de Antonio Tejero e outros (23 de fevereiro de 1981) e demais atividades antidemocráticas do estilo. Só que este tipo de *démarches* meramente juristas na verdade não adiantam quase nada. É essa crença na virtualidade desse quarto elemento uma demonstração cabal de que existe um fetichismo legalista, que acha que, se nós fizermos uma Constituição muito perfeita, tudo estará bem. Só que isso está longe de chegar. Constituição formal utópica-quimérica de nada adianta se a Constituição real (em conexão com a material) não espelhar uma vivência concreta. É muito curioso (porque o constitucionalismo tem uma raiz racionalista), mas há uma certa magia do texto constitucional.

### III

#### Justiça Geral e Pessoas Justas

Voltemos à questão da Justiça. Qual seja o grande problema desta questão da Justiça é assunto que se pode encarar por muitos prismas diferentes.

Gostaríamos de o abordar a partir daquela velha questão, que lateja logo na *República* de Platão<sup>8</sup>, que é o problema do justo individual, a pessoa justa, em dialética (e eventual alternativa ou complementaridade) com a sociedade justa.

É realmente um grande problema.

Pois a certa altura, como sabemos, na *Politeia*, Livro II, 369, ficamos a compreender que talvez exista uma Justiça numa dimensão mais ampla e mais fácil de apreender, e por isso é que depois, a partir daqui, o diálogo se vai infletir no sentido de procurar a sociedade justa.

Então nós temos, ao longo do tempo e ao longo das teorias, um vai e vem entre procurar pessoas justas ou demandar sociedades justas.

---

<sup>7</sup> HESSEN, Johannes — *Filosofia dos Valores*, tradução portuguesa de Luís Cabral de Moncada, nova ed., Coimbra, Almedina, 2001.

<sup>8</sup> PLATÃO — *A República*, 3.ª ed., introd., trad. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Eis-nos, pois, chegados à conclusão, aliás óbvia, que, se realmente há autores, como Santo Agostinho, que também acham que a cidade dos homens e a cidade de Deus já são uma espécie de círculos concêntricos, uma pode viver dentro da outra, vive necessariamente dentro da outra,<sup>9</sup> e se há ainda autores que acham que não há, não pode haver, sociedade justa sem homens justos, a verdade é ainda que é muito difícil haver homens justos com uma atividade prática triunfante – reis justos, reis filósofos justos...

Sabemos das desilusões dos filósofos gregos que procuraram os tiranos bons, e dos *philosophes* (desde Descartes a Voltaire) que procuraram imperadores ilustrados, séculos mais tarde. Pode haver sempre justos na oposição, pode haver sempre justos na cadeia, etc., mas é difícil ser-se justo no poder, assim como numa ordem injusta. Portanto, há aqui realmente uma situação verdadeiramente complexa, em que as situações e as condicionantes se mesclam, em círculos nem sempre muito virtuosos.

E é interessante também que a própria expressão “justo”, ser “justo”, também tem tido uma história interessantíssima.

Em Roma, o homem justo era um *Bonus pater familias*, era aquele que cumpria as suas obrigações e escrupulosamente pagava as suas dívidas: não era um *gentleman*, pois o *gentleman* dá um bocadinho mais do que recebe.

Homem justo é aquele que, rigorosamente, não irá, decerto, à repartição de Finanças com um sorriso nos lábios, pagar os seus impostos, mas, mesmo contrariado, paga, sim paga e com boas contas, assim como vai pagando nos prazos legais.

Pois na Idade Média, pelo menos nos seus primeiros séculos, o paradigma do justo encarna noutra personagem. Justo é então aquela vítima de uma aposta entre Deus e o diabo, que é Job. Como se recordará do livro bíblico, Deus disse ao diabo algo como isto (reconstituímos de cor, sem pretensões de literalidade escriturística): “Olha e vê o meu servo Jó, que é uma pessoa reta, justa, tão excelente”... Mas o diabo replicou: “ah, pois pudera, ele é rico, é rico, é saudável, tem uma bela família, etc., etc., imagina se lhe acontecia uma qualquer desgraça. Já não te louvaria tanto”...

Então, Deus diz ao diabo algo de surpreendente a nossos olhos. Volve-lhe algo como: “Então, faz dele o que quiseres”. O diabo, esfregando as mãos de conten-

---

<sup>9</sup> AGOSTINHO, Santo — *Civitas Dei*, trad. ingl. de Henry Bettenson, *City of God*, reimp., Harmondsworth, Penguin, 1984.

te, lança-o na pior miséria e na mais agonizante doença, mas Job persevera... Porque é um justo.

Assim, Job, durante a Idade Média, sobretudo até ao século XIII, em que São Tomás de Aquino vai (mas isso é certamente tudo muito mais teórico do que prático) recuperar um pouco as ideias aristotélicas sobre a Justiça, acaba por concentrar a simbolização da Justiça.

E então, o ser justo ou não ser justo, é muito complicado se formos atentar ainda, por exemplo, naquele diálogo (é muito interessante ver estes diálogos que aparecem na Bíblia) entre Abraão e Deus sobre Sodoma e Gomorra (onde morava o seu sobrinho Lot, sua esposa e descendência).

Ora diz o patriarca Abraão algo como:

“– Meu Deus, se houver 50 justos em Sodoma e Gomorra, tu poupas as cidades?”

“– Poupo” – responde Ele.

“– E se houver só 45?”

“– Também poupo.”

E assim vai descendo, até chegar a 10. Mas, desgraçadamente, não há 10 justos em Sodoma e Gomorra. Claro que o conceito de Justiça em Sodoma e Gomorra provavelmente também era uma coisa bem diferente do que se está realmente a pensar.

Tudo isto para nos dizer que há, de facto, uma coisa que nós já sabemos, é que as ideias sobre a Justiça, sobre o que é Justiça, são ideias profundamente diferentes umas das outras. Esta pluralidade de sentidos, aliás, acontece igualmente com uma série de coisas, como Liberdade, como Igualdade, com tantos outros conceitos, ideias, noções. Uma vez tivemos um debate político com um especialista em Farmacologia, e a certa altura dizíamos, depois de uma boa hora de discussão, que o grande problema ali era que nós não tínhamos um simpósio terapêutico, nem uma tabela de elementos químicos. Realmente, não existe acordo de terminologia nas ciências sociais e humanas. Os cientistas de bata branca, de ciências ditas “duras”, têm a vida muito facilitada, nesse domínio dos conceitos, dos nomes e das coisas.<sup>10</sup>

Por exemplo, a Parafenilenodiamina, que tem como abreviatura (nós não temos culpa disso) PPD, quando nós, em qualquer parte do mundo, escrevemos PPD, toda a gente sabe que é Parafenilenodiamina, toda a gente sabe o que é, tem tanto disto, tanto daquilo, tanto daqueloutro... Agora se dissermos assim, utili-

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel — *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

zando uma expressão de Adriano Moreira, se falarmos em “neoliberalismo repressivo”,<sup>11</sup> que composição ideológica é que terá?

Qual é a percentagem de liberalismo puro, como elemento “químico”, no “neoliberalismo repressivo”? Pode fazer-se a experiência teórica noutras modalidades, noutras ideologias, que são sempre mais ou menos compostas... Ao ponto de se poderem comparar, quantitativa e qualitativamente...

É muito complicado, porque não há acordo. Pairam impressões, muito subjetivas. Portanto, era preciso haver um simpósio terapêutico, uma tabela periódica, todo esse tipo de sínteses e confluências da comunidade científica, para nós sabermos bem o que significam os conceitos, sem conflitos. A maior parte dos problemas que nós temos nestas áreas (políticas, jurídicas, sociais), são problemas de palavras.

#### IV

#### Propostas Distópicas para a Justiça

Agora, gostaríamos que fizessem um pequeno exercício connosco. É que quereíamos transmitir-vos notícia (que já podem aliás ter...) de uma meia dúzia de propostas perigosas (no mínimo), supostamente de justiça e de reforma da Justiça. Umhas que andam para aí e outras com certeza virão. O exercício consiste num jogo de identificação. Ou seja, cada um perguntar-se-á a si próprio: “Onde é que eu já ouvi ou li isto?”. Ou então: “já me passou pelos olhos e ouvidos algo como isto”. Será de identificar onde, quando, graças a quem... E a quem aproveitariam essas mudanças (*cui prodest?*).

São todas propostas de utopia negativa, perversa, ou distopia.

*Primeira proposta de distopia*: revogação da Constituição e substituição por um texto miniatura, coisa de uma folha, uma folha ou duas folhas, sem nenhuns direitos efetivos, ou até sem direitos *tout court*. Apenas com regras técnicas sobre o poder, e mesmo assim vagas, e para serem preenchidas por legislação ordinária (como numa conhecida Constituição “em branco” da Indonésia). A qual, por exemplo, facilmente acabaria com o regime parlamentar moderado e inteligente que temos, substituindo-o por um presidencialismo monocrático, e exilaria a separação dos poderes, por exemplo. É algo que seduz já imensas

---

<sup>11</sup> MOREIRA, Adriano — *Apud* "Jornal i", 13 de julho de 2014: <http://www.ionline.pt/artigos/portugal-25-abril/adriano-moreira-portugal-esta-governado-neoliberalismo-repressivo>. (consultado em 16 de agosto de 2014).

gentes, é uma bandeira, já esteve aí na moda e pode voltar. Estará certamente prestes a voltar.

*Segunda proposta de distopia:* reintrodução da pena de morte, da prisão perpétua, sua extensão (ou comutação), a criação de uma enormidade de crimes, criminalização de muita coisa que não o é, e já agora, quanto a penas (que seriam exacerbadas: desde logo, com o fim do limite máximo legal de 25 anos de cadeia), poderíamos recolher aquela sugestão de um ministeriável brasileiro, que considerou que as coisas só iriam ao sítio (resta saber qual), se houvesse “a pena de morte perpétua”.

Não se riam, não se riam, porque Slavoj Žižek – parece que se diz Žižek (“tchichik”) – nos remeteu já para algo de semelhante, estruturalmente semelhante, não no pormenor, evidentemente.

Uma vez, numa conferência a que assistimos pessoalmente numa Universidade de Londres (Birkbeck College), o conhecido filósofo iconoclasta começou a conferência mais ou menos assim: “Acabo de saber que a China proibiu a reencarnação do Dalai Lama fora do território nacional chinês.”.

*Terceira proposta de distopia:* A agilização cega do processo judicial, a rapidez pela rapidez, mas escondendo a ablação de direitos e garantias. E obviamente atacando liberdades. A retórica das demoras da justiça é tão grande que a simples celeridade pela celeridade converterá muitos (dos que não têm processo, porque os que têm sentirão, se refletirem, que a sua justiça pode ficar muito cerceada).

Com corte drástico de garantias, e processos sumaríssimos se avançaria. No limite, com a própria inversão do ónus da prova. O que já acontece em grande medida hoje, no *trial by newspaper*: um individuo é culpado, é linchado na praça pública, primeiro, simbolicamente, e às vezes pode acontecer que mesmo fisicamente, até conseguir provar (mas provar de uma persuasão profunda; não será apenas provar juridicamente), ao público, ao auditório universal, que está inocente. Até ele provar a sua inocência, é tido por culpado.

A proposta pode não o dizer explicitamente, mas com tanta falta de garantias que haveria, seria esse inevitavelmente o resultado. Já hoje, com todas as garantias que temos, é tão difícil a um inocente “limpar o nome” enlameado pelo sensacionalismo ávido de sangue e escândalo...

Para o populismo judicial contribuiriam certamente julgamentos com presença muito frequente de júris, supostamente espelhando a justiça popular. Supostamente.

No âmbito do Estado policial, naturalmente se pensará na admissão de mais agentes e na sua desresponsabilização criminal, como se esboçou já no Brasil. Também poderá pensar-se na mobilização de militares, para policiamento e tarefas afins. Agudizando a sensação (não a realidade) de que a criminalidade cresce muito e se está em guerra generalizada contra o crime. Manipulação ou eventualmente proibição de estatísticas nestes âmbitos.

*Quarta proposta de distopia: Estado de polícia e de milícias.* Patrulhamento intenso, com armamento aparatoso, multiplicação das operações *stop*, e outras coisas do género. Eventualmente legalização de brigadas ou milícias de pretensa autodefesa. Eventualmente com ligações ideológico-partidárias.

Não é, contudo, impossível que a criminalidade venha até a aumentar em tempos que se adivinham difíceis (de crise económico-social, à partida) e que estas propostas se tornem até razoáveis aos olhos do cidadão acossado e que siga muito os órgãos de comunicação alarmistas, que se vão contagiando uns aos outros.

“Eu vou policiar o meu bairro!” – acaba por ser um efeito perverso de uma pretensa cidadania. Haverá concomitantemente vídeo vigilância permanente e omnipresente, e, como cereja no topo do bolo, a já referida exclusão sistemática e legal da culpa em quaisquer homicídios, torturas, ou qualquer tipo de ofensas corporais, praticadas por agentes da dita autoridade. Ou até pelos membros das milícias, que bem poderão aproveitar ter armas para ajustar contas privadas.

*Quinta proposta de distopia: Reversão de conquistas.* E pode haver também, é muito natural, uma agenda de reversão de conquistas civilizacionais, por exemplo relativamente a direitos das mulheres em geral. Tem-se dito, e bem, que elas (e outras “minorias”) são os primeiros grupos a verem o seu estatuto jurídico atacado em situações de revanchismo.

Pode-se começar a pensar como poderão vir a ser privadas ou cerceadas no direito a estudar, a trabalhar, a viajar, até a herdar, pelo facto, simplesmente, de serem mulheres. O mesmo se pode dizer para outros membros de minorias tradicionalmente excluídas, marginalizadas.

Referimo-nos a minorias, de todo tipo de minorias, e também dos trabalhadores em geral. No Brasil, falou-se no fim dos salários mínimos, do 13.º mês, subsídios de férias, subsídios de desemprego, limites de idade de trabalho, direito a reformas dignas, etc...

Em Portugal, há quem diga já abertamente que pretende pagar o mínimo possível em salários, e outros afirmam que os pensionistas têm de ver as suas pensões diminuídas, como que por um dogma de *direito natural*, coisa mais que óbvia. Este tipo de subentendidos entre pessoas ideologicamente em sintonia é muito grave, porque dá precisamente um ar de naturalidade a propostas e pressupostos que obviamente não são nada consensuais. Mas criam-se até inibições, porque se agiganta uma vaga de fundo em que quem for dissente parece ser um E.T. É aliás um procedimento muito comum de certa ideologia abrangente: apostar na naturalidade e na inevitabilidade do que não é nem uma coisa nem outra.<sup>12</sup> Relembre-se o *slogan* erróneo, mas muito persuasivo na época TINA – “there is no alternative”. Na verdade, pelo contrário, há-a sempre.

*Sexta proposta de distopia: desmantelamento ou depauperação dos sistemas sociais vitais.* No nosso caso português, por exemplo, uma das grandes propostas é o simples desmantelamento do Serviço Nacional de Saúde (de forma explícita ou implícita), o agudizar da crise da educação também por descaso e desinvestimento, etc. Pode ser feito tudo isso com uma “canetada” revogadora; mas, mais inteligente e plausivelmente, pela lenta asfixia (desde logo em pessoal, meios e financiamento) e pelo cerco concorrencial.

## V

### Manobras de diversão e alienação

No fundo, em todo um projeto como este, não sabemos se sentiram o hálito do passado, mas os ares revelam um espetro do passado a voltar. A rondar-nos.

Ao narrar estas ideias, sentimos um arrepio metafísico. E, portanto, é evidente que tudo isto pode vir acompanhado de manobras de diversão. Às vezes há coisas dessas, há grupos e ideias que podem ser objetivamente aliados deste tipo de propostas, por exemplo, distraíndo-nos com outros tipos de causas e coisas. O que importa é que os cidadãos não estejam alerta contra estas mudanças constitucionais e do seu *modus vivendi* democrático, podendo estar empenhadíssimos em causas de *lana caprina*, que os alienam.

<sup>12</sup> Muito interessante seria explorar, a este propósito, em leitura comparada, alguns textos iluminadores: FISKE, John — *Introduction to Communication Studies*, trad. port. de Maria Gabriel Rocha Alves, *Teoria da Comunicação*, 5.ª ed., Porto, Asa, 1999; BARTHES, Roland — *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, ed. port. com trad. e prefácio de José Augusto Seabra, *Mitologias*, Lisboa, Edições 70, 1978; CALVO GONZÁLEZ, José — *En torno al paradigma conservador. Modelos mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges)*, “Anuário de Filosofía del Derecho”, nueva época, Madrid, Ministerio de Justicia, tomo X, 1993, p. 409 – 422.

Há uns anos, um jornalista muito conhecido, dizia sobre algo que, confesso-vos, é um espetáculo, uma prática, um ritual, que não me diz nada, e pelo contrário, considero até... cruel: escrevia ele sobre a tourada.

Falava sobre a tourada no contexto das causas de hoje. Ora, com desassombro que já então me impressionou, dizia o que não há muita coragem para dizer, sobre muitas causas. Se bem me recordo, dizia que há pessoas que estão contra as touradas porque querem ter uma causa e não são capazes de abraçar as grandes causas. Insistimos: pessoalmente, não nos agrada nada a tourada. Mas pode ser que esse jornalista tenha razão, cremos que em muitos casos a deverá ter. O mesmo se diga de dezenas de outras bandeiras, que *são faits divers...*

Confesso, enfim, que às vezes começo a pensar que, digamos, essa preocupação com o pé da Luisinha Carneiro, de Eça de Queiroz, nas *Cartas familiares e Bilhetes de Paris*<sup>13</sup> é realmente a grande tentação das pessoas que não se querem preocupar com os grandes descarrilamentos dos comboios, com os terremotos, etc. E, mais ainda, com a miséria, a pobreza, a doença, a fome...

Do ponto de vista mais marcadamente político existe exatamente a mesma coisa.

Há pezinhos de Luisinhas Carneiro pelos quais as pessoas muito se condoem, quando, de facto, entretanto, há grandes causas a que falta voz. Pessoalmente, gostava de ver real empenhamento nalgumas delas.

Embora seja uma proposta claramente retrógrada, creio que nos vamos rir daqui a uns anos quando, depois de se requerer um conjunto vasto de papelada para uma mãe ou um pai (talvez então já se lhes chame, como certos pretendem já, apenas “parente 1” e “parente 2” ou “progenitor 1” e “progenitor 2”) tentarem levar uma criança ao museu, depois de terem que assinar muitas declarações, etc., qual vai ser a reação da criancinha. Iremos rir quando uma criancinha perguntar: “Mamã, papá, aquele fantasma ali quem é?”

Porque, obviamente, as estátuas (pelo menos muitas delas, desde logo os nus, ainda que só parciais) vão acabar por ser cobertas com grandes lençóis brancos. O escândalo vai ser tão grande que não vão resistir muitas estátuas... Deveremos rir ou chorar?

---

<sup>13</sup> QUEIROZ, Eça de — *Cartas Familiares e Bilhetes de Paris* (1893-1896), Porto, Livraria Chardron de Lello & Irmão, 1907.

Não desesperemos: vemos também que há em alguns um certo entusiasmo, e mesmo muito boas ideias e muita lucidez em muita gente. Mas nós vivemos num mundo a várias velocidades. São quase universos paralelos. Há um peso enorme de inércia e alienação. O padre Teilhard de Chardin, no seu livro *O Fenómeno Humano*<sup>14</sup>, fez um diagnóstico sociológico que é absolutamente caracterizador do nosso tempo: “Há muitos nossos contemporâneos que ainda não são modernos”. Nem sequer modernos! – note-se. A Modernidade (que já não é, em rigor, coisa de hoje) não chegou àquelas cabeças. É natural que nós vivamos um diálogo absolutamente de surdos, quando não estamos a discutir com robôs no *Facebook* ou até em chamadas telefônicas ou atendimento de empresas e serviços na *Internet*.

## VI

### Do Papel dos Juristas

Em contrapartida, os juristas, no meio disto tudo, tinham a obrigação de fazer o seu papel. Já não dizemos de cavaleiros (andantes) da Justiça (como cremos dizia Ferreira Deusdado<sup>15</sup>), não se pede tanto, mas eles tinham a obrigação de um certo apurmo e ao menos do cumprimento de alguma legalidade. É o grau zero da sua função social.

Vê-se infelizmente que às vezes nem isso acontece (embora haja sempre quem não deixe morrer a flama sagrada). O que é grave. É claro que há uma figura muito sugestiva e simbólica, no Brasil, que nós aqui não conhecemos muito, um advogado que ousou defender algumas figuras que estavam sob grandes ameaças injustas durante o Estado Novo brasileiro, foi Sobral Pinto. Independentemente de discordar de alguns, este advogado defendeu-os denodadamente.

Sobral Pinto disse algo que devia ser um lema para todo o jurista, não só dos advogados, mas de todos os juristas: disse ele que a advocacia não é para cobardes. Não é só a advocacia, é qualquer profissão jurídica que não pode ser para cobardes. Porque, no limite, está nas mãos dos juristas a defesa da liberdade, da honra, da fazenda, da vida até, de um conjunto de pessoas. De seus constituintes e dos que aproveitam da luta deles. São os juristas, mesmo em situação de ditadura (até quando uma ditadura se cobre de um manto de pseudo legalidade) que podem, no fundo, mostrar as contradições profundas de algum mínimo e aparente respeito por uma legalidade formal e o desrespeito profundo, não só pela legalidade, como por todos os princípios de justiça que é o pão-nosso-de-

<sup>14</sup> TEILHARD DE CHARDIN, Pierre — *Le Phénomène humain*, Paris, Seuil, 1955.

<sup>15</sup> DEUSDADO, Ferreira — *A Paixão inimiga da Justiça*, Lisboa, João de Araújo Morais, dist., 1952, p. 8: “Os cavaleiros do Direito nunca cessaram de formar a arrojada vanguarda da verdadeira liberdade”.

cada-dia da vida sob as tiranias de todo o género. Os juristas conseguem, muitas vezes, encontrar as malhas por onde se encontra o caminho para a Liberdade, a Honra, a Vida de muitos, os quais, sem eles, acabariam por perecer às mãos de uma ordem injusta, ou seja, uma desordem instituída.

O cidadão normal tem obrigação de cobrar dos juristas a sua obrigação. Cobrar que ele faça o seu papel.

Agora, nós realmente vivemos num mundo de tal maneira estruturado em vários patamares e em várias realidades paralelas que, curiosamente ao mesmo tempo que nós vivemos ameaças muito sérias àquele mínimo denominador comum que nos faz viver pacificamente, que nos faz ter a segurança de sairmos aquela porta ou estarmos aqui e não sermos perseguidos pelas nossas ideias, pela nossa simples presença aqui, etc., ao mesmo tempo que estamos seguros da nossa liberdade, começa a pairar, a insinuar-se, a agigantar-se aquela coisa terrível de que se servem todos os ditadores e todos os candidatos a ditadores, que é o Medo.

É certo que nós temos apreensões, mas ainda não temos Medo. Quando dizemos, por vezes, que temos o Medo, o que nós temos é apreensão. Temos apreensões. Mas ao mesmo tempo que isso acontece, abriam-se, não há muito tempo, a par das ameaças sérias e não fantasiosas, também se abriram algumas janelas no mundo (tão assolado por erros, guerras e catástrofes): esperanças que caminham para uma Justiça “mais livre, mais justa e mais fraterna”.

## VII

### Vetores Eutópicos

Da mesma maneira que fizemos uma pequena lista de alguns espectros que nos assolam, também referiríamos uma outra pequena lista de coisas que nós temos de tratar para ir estudando hidráulica enquanto Roma arde, como dizia o Chesterton. Chamemos-lhes, em simetria com os elementos distópicos, vetores eutópicos – de uma possível utopia positiva.

Roma está a arder, mas – tranquilizemo-nos um pouco – nós estamos a estudar hidráulica. E, portanto, vamos lá estudar um bocadinho da nossa hidráulica social e jurídica.

#### *Primeiro Vetor: Autocrítica da prática da nossa Democracia*

Primeiro, nós teríamos que acabar com algumas coisas que são culpadas pela situação a que chegamos. Teríamos, antes de tudo o mais, que fazer uma auto-crítica profunda das nossas sociedades, que vivem contentes de si, sentadas num barril de pólvora. Nós julgávamos que, com a instituição das democracias for-

mais, tudo viria a facilmente correr bem e que haveria democratas por assim dizer de geração espontânea. Isso não é verdade, desafortunadamente. Portanto, seria bom, desde logo (há sinais a dar) alterar a nossa Constituição. Não no sentido revanchista, mas no progressista. No fundo, fazendo-a tornar-se no que é, ser mais consequente.

Não é que isso vá resolver muito na prática, pois é uma *démarche* fundamentalmente simbólica. Teríamos que alterar a nossa Constituição, designadamente naquele artigo em que diz que o Estado não pode educar (perdoe-se-nos o eloquente plebeísmo) *assim, assado e cozido e frito...* É o artigo 43.º, n.º 2, que assim reza:

“2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.”

Não, não. O Estado de direito democrático estabelecido pela mesma Constituição tem obrigação de educar para a Democracia, para os Direitos Humanos, para a cidadania etc. Senão, não estaria a cumprir as suas obrigações, deveres, enquanto Estado com essa forma. Valerá a pena atentar no artigo 73.º da Constituição:

“Artigo 73.º

Educação, cultura e ciência

1. Todos têm direito à educação e à cultura.

2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.

4. A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respetiva liberdade e autonomia, o reforço da com-

petitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas.”

Mas acresce mais. Se o Estado se demitir, o espaço deixado vazio por uma política que não é desenvolvida (“educação republicana”, chamemos-lhe assim latamente), vai ser ocupado por outros, de sinal ideológico radicalmente oposto, antidemocrático desde logo. Vai ser ocupado por aqueles que querem derrubar esse mesmo Estado. Há, de facto, por assim dizer, uma atitude suicida que já vem de lá longe no tempo. Por alguns pruridos, alguns pruridos ideológicos, deixa-se essa vital incumbência do Estado de direito democrático completamente descurada. As muralhas da Cidade estão a descoberto. Nem sequer há quem faça a ronda.

*Segundo Vetor: Prioridade à Educação em geral e à formação dos juristas*

Por outro lado, não é só essa educação cívica que é importante desenvolver, e desde logo nas escolas. É também a educação *tout court*. Há um livro divertidíssimo, que alguns conhecerão, que se chama assim: *Se Você finge que ensina, eu finjo que aprendo*.<sup>16</sup> É essa relação pervertida de professor e aluno que nós também temos que erradicar.

Realmente, os professores estão na linha da frente, e há coisas que dominam profundamente o nosso trabalho. Ou seja, quase estaríamos na disposição de repetir um dito que foi colocado num outro contexto: “Deixem-nos trabalhar!”. Não? Aquilo que os professores têm de dizer é mesmo “Deixem-nos trabalhar!”. E ser persuasivos nessa afirmação, porque em muitos casos não lhes está a ser permitido trabalhar, mesmo. Nós sabemos bastante bem o que fazer, em geral. “Deixem-nos trabalhar!”.

Achamos que há aqui algo de muito importante: é que a Educação é absolutamente dispensada, rebaixada, esquecida; e contudo, se nós educarmos bem e se nós educarmos bem também os juristas (na especificidade da sua formação), então não teremos mais meros burocratas da coação, verbos de aluguer, etc. Teremos, em vez desses, Pessoas que têm compromisso com a Justiça. Não só com a Justiça formal, mas também com uma Justiça política e com a Justiça social.

---

<sup>16</sup> WERNECK, Hamilton — *Se Você finge que ensina, eu finjo que aprendo*, 26.<sup>a</sup> ed. port., Petrópolis, Vozes, 2009.

*Terceiro Vetor: A Constituição, mínimo denominador comum*

Portanto, é necessário de alguma maneira nós encontrarmos (isso é um desafio prático que fazemos) democratas de todas as tendências, e com todos estabelecer, com boa fé e espírito de defesa da Democracia, uma espécie de cânone democrático mínimo, pelo qual nós, de uma maneira até militante, deveríamos lutar.

Dir-me-ão: esse mínimo não é a Constituição? Sim senhor, é a Constituição.

Agora é preciso, como dizia um célebre autor, “contá-la às crianças e explicá-la ao Povo”, é preciso “contá-la às crianças e explicá-la ao Povo” porque ainda é uma questão muito esotérica para muitos, muito longínqua, e portanto, precisamos realmente dessa cidadania ativa para a conhecer e aplicar.

O marco fundamental é aquilo que Peter Häberle chamou “Estado Constitucional”,<sup>17</sup> que tem dimensões importantes como a jurídica, a democrática, a social, a ambiental, a de convivência e tolerância, etc. Cada uma destas expressões com que adjetivamos o Estado poderia ser abundantemente glosada, e demoraria o tempo de um curso – pelo menos.

Mas sempre diremos duas palavras: O Estado que está previsto, consagrado, juridificado na nossa Constituição é um Estado democrático de direito social, comprometido com aquilo a que se chamou (hoje é um mito, não será?) o “modelo social europeu”, pelo menos, ao menos, de cultura, ecológico, e ainda fundado nos valores da Liberdade, da Igualdade, da Fraternidade, e ainda da Justiça, da Solidariedade, da Humanidade... Enfim, como o queiram também chamar (dentro desta constelação de significantes).

Depois, será preciso fazer uma higiene teórica do Direito, que aliás vai ser, muito provavelmente, uma reivindicação dos que querem acabar com o próprio Direito. Mas num sentido diverso, evidentemente. Expliquemo-nos: muito estará perdido se a Democracia não fizer a higiene do Direito. E estamos a falar em higiene também no sentido de dieta, pois o Direito precisa de emagrecer, precisa de ser legível, mais claro, mas sem prescindir do que é importante e técnico, sem demagogias. Alguém quer um Direito confuso, obscuro? Porém, esta reivindicação também vai ser dos ativistas antijurídicos e antidemocracia; mas nós precisávamos efetivamente de começar nós, os democratas, os integrados na ordem jurídica da Constituição vigente, a fazer isso, porque o que se visa por

---

<sup>17</sup> HÄBERLE, Peter — *El Estado Constitucional*, estudo introdutório de Diego Valadés, trad. e índices de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

um lado ou por outro é substancialmente muito diverso. Vamos já ver uma linha de mudança essencial: a codificação. Não é nada de novo, mas tem de voltar a fazer-se, com entusiasmo, ponderação, e quiçá transversalmente a vários ramos.

#### *Quarto Vetor: Codificação e Punitivismo*

No Direito é preciso reconhecer a sua politicidade e a sua eticidade de base (o que já levaria a mudanças até de perspectiva muito importantes: não se trata apenas do *dura lex, sed lex*), mas é preciso muito rapidamente (obviamente com critério e ponderação), por exemplo, desenvolver um trabalho de codificação de tudo aquilo que seja suscetível de ser codificado. Pelo menos, desde logo, as normas que se encontram já mais consolidadas.

Isso é justamente deveras importante: isto de um indivíduo querer saber uma coisa e não a encontrar com facilidade é grande obstáculo. E esse indivíduo pode mesmo ser um jurista... Ora, hoje temos *Internet*; mas, mesmo assim, andar a navegar na *Internet* à procura disto e daquilo, não pode ser: nem é prático nem é rigoroso. Temos que conhecer a lei em que vivemos. Simbolicamente, nós podemos dizer: tal corresponde a *desvendar o direito*.<sup>18</sup> Que o Direito tire a sua venda, mas ao mesmo tempo, faça-se mais que isso (e isso já é muito): num tempo de punitivismo,<sup>19</sup> o conhecimento cabal do Direito e um seu conhecimento alargado por parte dos cidadãos em geral, não juristas, contribuiria para tirarmos de cima dos ombros o receio de sempre estarmos a infringir esta ou aquela lei, ou decreto, ou portaria, ou o que seja. Porque o punitivismo tem como resultado o medo, esse medo que não chega a assustar os verdadeiros delinquentes, mas que peia até as atividades de algumas pessoas honestas, que não empreendem porque receiam vir a ser incomodadas.

Sabemos, entretanto, que o punitivismo vem de vários quadrantes, que tudo (ou muito, se quisermos ser rigorosos) quer criminalizar e em que todo o pobre cidadão, o pobre cidadão comum, se sente, começa a sentir-se, acossado: não só o que vai às touradas; também o fumador, por exemplo. Só para dar duas ilustrações talvez mais evidentes num país felizmente ainda não devastado pelos ventos da correção política mais radical. Até quando?

Pessoalmente falando: também não sou fumador. Está feita a declaração de interesses. Mas o fumador certamente tende a considerar que não se pode fumar quase em lugar nenhum, e conheço alguns que se acabrunharam e levaram a peito a proibição tão alargada. Realmente há pequenas coisas de tentativa de

<sup>18</sup> Cf. o nosso livro *Desvendar o Direito. Iniciação ao Saber Jurídico*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

<sup>19</sup> Cf., por todos, o nosso *Crimes & Penas*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2024.

melhoramento da vida em sociedade, feitas com espírito filantrópico, idealista até, mas que redundam em imposições ou proibições não raro excessivas, porque com a marca do fundamentalismo. E quem o diz, para o caso do fumo, é um asmático.

Algumas das propostas serão sem dúvida muito interessantes; contudo, não podemos esquecer que, quem criou o *gangster* Al Capone como tal, foi a lei seca. A máxima exigência de virtude pode redundar no máximo excesso de zelo punitivista e acarretando uma espécie de legítima defesa social: a sociedade deve poder ter os seus escapes, nem sempre completamente virtuosos. Isso já os Antigos o sabiam muito bem.

É assim muito necessário ter cuidado com a confusão entre moralismo, higienismo, medicalismo e outros que tais, de um lado, e Direito, e especialmente Direito Penal, de outro lado.

O Direito serve para coisas comprovadamente graves, jamais para bagatelas. Já Michel Villey<sup>20</sup> dividia (apartava) a Lei, e portanto o Direito, da mera legislação, que está sob a alçada do Direito, mas tem uma dignidade axiológica muito baixa. Em alguns casos, há mesmo normas que poderiam ser outras: como as cores dos impressos, ou o sentido por que se conduz no trânsito (importa é que se decida um deles – pela direita ou pela esquerda).

Nós podemos condenar moralmente o indivíduo que se diverte com sangue na arena, que se regozija com a dor dos animais (sabemos que nem todos os aficionados assim são), podemos condená-lo a esse nível, sim. Mas condenar alguém juridicamente, mandar para cadeia alguém por gostar da “festa brava”, é capaz de ser demais, temos talvez outras fasquias para franquear. Outras metas a vencer.

Não dizemos que tal não possa vir a ocorrer num futuro de médio prazo (mas esperar-se-ia que as próprias medidas punitivas, nesse futuro, nem fossem o clássico encarceramento), mas, para aí chegar, será preciso mudar muito da mentalidade comum das pessoas. Quando a sociedade em geral se sentir profundamente consternada, totalmente chocada no seu íntimo (não por moda ou aparências) com tão repugnante desporto de sangue e dor, então poderá pensar-se nisso. Mas ao mesmo tempo seria de supor que já teria aprendido a lição de Agostinha da Silva sobre a prisão.

---

<sup>20</sup> VILLEY, Michel — *Philosophie du droit*. I. *Définitions et fins du droit*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1982.

Hoje, parece que ainda não. Aliás, não poucas pessoas de alta cultura e mesmo sensibilidade moral e estética são adeptos das touradas. Trata-se de questões culturais, em que é muito difícil obter consensos. E lembremo-nos que o Direito é um mínimo denominador comum... *Non omne quod licet honestum est.*

#### *Quinto Vetor: Mudança de Paradigma Jurídico*

Haveria no âmbito da mudança várias ideias a desenvolver, mas, *brevitatis causa*, a ideia fundamental é a de que há neste contexto uma transmutação do paradigma (para importar o conceito epistémico de Thomas Kuhn<sup>21</sup>). Já há mudanças ao nível teórico, embora mais tímidas na prática. Mas a mudança positiva já começou.

O Direito, até agora, dizia Teixeira Pascoais (que aliás foi jurista, foi advogado efemeramente e teve uma vez um caso terrível de infanticídio que o perturbou imenso) tem sido feito “do aço frio das espadas”.

Acertou completamente: é isso, nós temos que acabar com o Direito “do aço frio das espadas”. É claro, isto não significa, de modo nenhum (não confundamos as coisas), que vamos abdicar da autoridade democrática (aliás, cada vez mais é necessária autoridade democrática, e relembramos até que, no limite, a nossa Constituição não permite organizações belicistas, armadas, que perfilhem a ideologia fascista etc.). Na verdade, é muito necessário que haja autoridade democrática; mas, ao mesmo tempo, é estranho que um indivíduo possa de facto cair nas malhas da lei, cair nas teias da lei, e realmente nem deveras entender nada disso. E sentir um cidadão o desamparo nessa teia é o contrário do Estado de direito democrático. Não se pode consentir.

Há um romance muito interessante, de um autor injustamente muito esquecido, que foi Reinaldo de Carvalho: *Terras Pardas*.<sup>22</sup> Nesse romance, há um indivíduo, o Mão Larga, o qual, já não nos lembramos por que crime, mas cremos que era um crime real (não estaria, em termos objetivos, completamente inocente, longe disso), é apanhado pela Justiça. Mas, uma vez na sala de audiências, passa a ver o tribunal como um bando de corvos negros que arengam coisas incompreensíveis à sua volta. É um romance em tudo realista, até se diria neorealista, mas que salta para o surrealismo a partir do momento em que o protagonista entra na sala do tribunal.

<sup>21</sup> KUHN, Thomas S. — *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

<sup>22</sup> CARVALHO, Reinaldo de — *Terras Pardas*, Porto, Rés, 1978.

Não é original dizer-se (e Agostinho da Silva<sup>23</sup> foi um arauto dessas ideias, que vêm pelo menos já do séc. XIII) que o Direito precisa de cada vez mais deixar de se empenhar e colocar todas as suas complacências na ideia da prisão, que é em grande medida também escola de crime.

Haveria que investir em soluções alternativas (com dimensão social, psicológica, laboral), que já sabemos têm em muitos casos funcionado menos bem na prática (é que não se fazem milagres...) mas em que se deve, até por princípio, perseverar: como tudo o que se acolhe à palavra mágica *ressocialização*. Além disso, em contrapartida, há institutos que funcionam muito bem, como a mediação, a conciliação etc...

Um exemplo apenas: havia um litígio terrível entre dois irmãos, uma briga inconciliável. Até que alguém os convenceu a ir a uma sessão dessas de mediação. Isto não se passa em Portugal, mas num outro país, em que soubemos da questão numa conferência pública – essa a nossa fonte.

Então, descobriu-se que eles não dialogavam por uma razão simples, e quase de fazer rir: é que um deles estava surdo, surdo mesmo, fisicamente, não metaforicamente. E assim não ouvia as razões do outro, simplesmente porque o não escutava. Foi na sessão de conciliação extrajudicial que se descobriu o seu estado de saúde auditiva.

Mas se a surdez neste caso não era metafórica, estamos perante um caso real que também é, por seu turno, uma metáfora do que acontece com muitas das nossas querelas. Aliás, andamos hoje num mundo de quereladores. Quantas pessoas dizem aquela coisa que se vê nos filmes estadunidenses: *I'll see you in Court*, “vejo-te no tribunal”? Realmente há uma litigiosidade terrível, que é sinal de grave doença anômica das nossas sociedades. Uma quereladora dos *Plaideurs*, de Racine, dizia que não poderia haver contentamento sem se ter um processo.<sup>24</sup> Há personagens reais que parecem alimentar-se de processos, não sobreviver sem querelar, sempre.

---

<sup>23</sup> SILVA, Agostinho da — *Ir à Índia sem Abandonar Portugal*, Lisboa, Assírio & Alvim, 1994.

<sup>24</sup> RACINE, Jean — *Les Plaideurs*, in *Théâtre Complet*, estabelecimento do texto, prefácio e notas de Maurice Rat, Paris, Garnier, 1960, p. 179 ss..

## VIII

### Sexto Vetor: O Novo Paradigma Jurídico e o Tribunal Constitucional Internacional, seu exemplo

E vamos terminar... Nós, de facto, teríamos hoje, se não fossem estes acidentes de percurso, do ponto de vista teórico, até do ponto de vista dessa ciência que nos pagam para fazer, a nós, cientistas de Direito, a possibilidade de passar para um novo paradigma jurídico, depois do clássico direito objetivo romano e do direito subjetivo nominalista e da Modernidade.

Aliás, diz-se que o Direito é a *Medicina da Cultura*, e portanto nós, como “médicos da cultura”, precisaríamos, antes de mais, de nos curarmos a nós próprios. Nós, como “médicos da cultura”, chegamos a um ponto paradoxal. Que é o de estar já teoricamente concebido, pelo menos nas suas linhas básicas (de que decorreria tudo o resto, as suas implicações), um Direito mais amigo das pessoas, um Direito que ouve as pessoas, não um Direito que se coloca no seu pedestal e que muitas vezes só intervém para punir. E, apesar disso, em alguns casos estarmos a regredir ou a pensar-se em regredir para um Direito de que se poderá dizer encontrar-se deveras ultrapassado.

Entretanto, a imaginação jurídica<sup>25</sup> não para. E vai havendo novas ideias.

E a última proposta relevante nesta nova senda de um Direito Fraternalista<sup>26</sup> é mesmo globalizada: que não sejam apenas os estados nacionais a ter a última palavra em casos graves, constitucionais *lato sensu*.

Os sistemas jurídicos nacionais, com toda a sua proximidade das situações (e, em caso limite, de estrangulamento das instituições democráticas), podendo até haver situações de erros judiciais, ou de algum impasse na Justiça, conseguem múltiplas vezes resolver as situações, se neles vigora um direito democrático. Mas os que se encontram com *déficit* democrático já não conseguirão ultrapassar os constrangimentos, até de horizonte contextual, que os envolvem.

Assim, não nos contentamos com a solução que era preconizada curiosamente quer por Hume, quer por Locke. Perante uma situação de injustiça do sistema nacional, sugeriam eles um “apelo para o céu”. Ora apelar para o céu é fazer tardar o pleito. Por vezes muito. Diríamos antes que o céu pode esperar, *heaven*

<sup>25</sup> Cf., por todos, MARTINEZ GARCÍA, Jesús Ignacio — *La Imaginación Jurídica*, Madrid, Debate, 1992.

<sup>26</sup> Cf., por todos, o nosso livro *Direito Fraternalista. Novo Paradigma Jurídico*, Rio de Janeiro, G/Z, 2017, Prefácio de Germano Schwartz, Posfácio de Reynaldo Soares da Fonseca.

*can wait*. O céu pode esperar e a ideia agora é a criação (já foi proposto nas Nações Unidas) de um Tribunal Constitucional Internacional.

Agora, os tempos são os piores possíveis para isso (porque ganham força nacionalismos e até imperialismos cada vez mais aguerridos, e a guerra tem prevalência sobre a diplomacia, em tantos cantos do mundo); mas nós também (paradoxalmente) podemos esperar, desde que não fiquemos inativos. As boas ideias podem esperar, nem que demorem uns séculos a triunfar. Vão fazendo o seu caminho. É preciso é dar um passo a seguir ao outro, e não cruzar os braços.

Realmente, continua, apesar de todas as dificuldades, a estar viva a ideia da criação de um Tribunal Constitucional Internacional. Perante o qual se possam resolver vários tipos de situações:

- 1) demandar casos de violações de Direitos Humanos que os tribunais nacionais, e eventualmente os tribunais regionais respetivos, não consigam resolver;
- 2) em que se possa discutir a transparência, a limpeza, a segurança de eleições que podem estar sob suspeita de fraude;
- 3) e em que se possa até ajudar os governos a interpretar alguns julgados nacionais e internacionais;
- 4) podendo o Tribunal preventivamente emitir pareceres sobre questões de índole constitucional.

Esta é uma bandeira que vem do campo jurídico (embora a ideia nos tempos mais recentes tenha sido desenvolvida, quando ainda se encontrava exilado em França, pelo médico, depois Presidente da República da Tunísia, Dr. Moncef Marzouki), mas nada disto interessa se nós não tivermos os tais “Homens justos” de que falávamos no início.

Neste caso, diríamos que os Homens justos hoje são aqueles que trabalham pela Justiça, o Homem justo hoje é um operário da Justiça, é aquele que se lembra daquela canção, com base no poema de Sophia de Mello Breyner: *vemos, ouvimos e lemos não podemos ignorar*. Não podemos ignorar e é preciso ser conseqüente, e fazer qualquer coisa que o prove, e (usando o poema de Brecht) vá engrossando o caudal da Justiça, contra as opressoras margens da injustiça.

## Bibliografia

Referem-se apenas algumas obras que inspiraram imediatamente algumas passagens do texto, e estão presentes nas notas de rodapé.

- AGOSTINHO, Santo — *Civitas Dei*, trad. ingl. de Henry Bettenson, *City of God*, reimp., Harmondsworth, Penguin, 1984.
- BARTHES, Roland — *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, ed. port. com trad. e prefácio de José Augusto Seabra, *Mitologias*, Lisboa, Edições 70, 1978.
- BEN ACHOUR, Yadh / FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, em colaboração com Yadh Ben Achour, Oeiras, A Causa das Regras, 2017.
- BRANT, Sebastian — *Das Narrenschiff*, adaptação fr. de Madeleine Horst, *La Nef des Fous*, Estrasburgo, La Nuée Bleue, 1977.
- CALVO GONZÁLEZ, José — *En torno al paradigma conservador. Modelos mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges)*, “Anuário de Filosofia del Derecho”, nueva época, Madrid, Ministerio de Justicia, tomo X, 1993, p. 409 – 422.
- CARVALHO, Reinaldo de — *Terras Pardas*, Porto, Rés, 1978.
- DEUSDADO, Ferreira — *A Paixão inimiga da Justiça*, Lisboa, João de Araújo Morais, dist., 1952.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *La Balance, le Glaive et le Bandeau. Essai de Symbolologie Juridique*, in “Archives de Philosophie du Droit”, Paris, Sirey, 1995, separata, 1996.
- , *Crimes & Penas*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2024.
- , *Desvendar o Direito. Iniciação ao Saber Jurídico*, Lisboa, Quid Juris, 2014
- , *Die Symbole des Rechts. Versuch einer Synthese*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, vol. 80 - 1994 1. Quartal. Heft 1, Stuttgart, Franz Steiner, 1994.
- , *Direito Fraternalista. Novo Paradigma Jurídico*, Rio de Janeiro, G/Z, 2017, Prefácio de Germano Schwartz, Posfácio de Reynaldo Soares da Fonseca.
- FISKE, John — *Introduction to Communication Studies*, trad. port. de Maria Gabriel Rocha Alves, *Teoria da Comunicação*, 5.<sup>a</sup> ed., Porto, Asa, 1999.
- FOUCAULT, Michel — *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.
- HÄBERLE, Peter — *El Estado Constitucional*, estudo introdutório de Diego Valadéz, trad. e índices de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HESSEN, Johannes — *Filosofia dos Valores*, tradução portuguesa de Luís Cabral de Moncada, nova ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- KUHN, Thomas S. — *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

- MARTINEZ GARCÍA, Jesús Ignacio — *La Imaginación Jurídica*, Madrid, Debate, 1992.
- MOREIRA, Adriano — *Apud* "Jornal i", 13 de julho de 2014: <http://www.ionline.pt/artigos/portugal-25-abril/adriano-moreira-portugal-esta-governado-neoliberalismo-repressivo>. (consultado em 16 de agosto de 2014).
- PLATÃO — *A República*, 3.<sup>a</sup> ed., introd., trad. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- QUEIROZ, Eça de — *Cartas Familiares e Bilhetes de Paris* (1893-1896), Porto, Livraria Chardron de Lello & Irmão, 1907.
- RACINE, Jean — *Les Plaideurs*, in *Théâtre Complet*, estabeleciment do texto, prefácio e notas de Maurice Rat, Paris, Garnier, 1960, p. 179 ss..
- SILVA, Agostinho da — *Ir à Índia sem Abandonar Portugal*, Lisboa, Assírio & Alvim, 1994.
- TEILHARD DE CHARDIN, Pierre — *Le Phénomène humain*, Paris, Seuil, 1955.
- THOMAS D'AQUIN — *Summa Theologiae*, trad. fr., *Somme Théologique*, Paris, Cerf, 1984-86, 4 vols.
- VILLEY, Michel — *Philosophie du droit*. I. *Définitions et fins du droit*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1982.
- WARAT, Luis Alberto — *Do Paradigma Normativista ao Paradigma da Razão sensível*, in *Temas Emergentes no Direito*, coord. de Marcelino Meleu / Mauro Gaglietti / Thaise Nara Graziottin Costa, Passo Fundo, IMED, 2009, p. 13 ss.
- WERNECK, Hamilton — *Se Você finge que ensina, eu finjo que aprendo*, 26.<sup>a</sup> ed. port., Petrópolis, Vozes, 2009.



INSTITUTO SUPERIOR  
MANUEL TEIXEIRA GOMES

