

GULBENKIAN IDEAS

Conversa sobre o Futuro da Justiça

Susanne Baer

Coprodução:

 FUNDAÇÃO
CALOUSTE GULBENKIAN

 RTP 3

FUTURE FORUM

Conversa sobre o Futuro da Justiça

Susanne Baer

Na sua Gulbenkian Idea “Vamos falar sobre o futuro da justiça”, Susanne Baer destaca três tendências relevantes para o futuro do Direito, dos tribunais e do constitucionalismo: factos, confiança e direitos. Como as atuais controvérsias da COVID tão bem ilustram, somos cada vez mais confrontados com factos falsos, vemos a nossa confiança nas instituições destruída, e temos de lidar com noções de direitos limitados e radicalmente absolutistas ou abusivas. Para um futuro da justiça – que inclua os direitos fundamentais em democracia – Susanne argumenta que temos de defender os factos, justificar a confiança e utilizar os direitos para proteger a diversidade face às desigualdades mais importantes.

O futuro da justiça - há alguém que nos possa dar uma ideia, uma visão ou uma receita para a criar e moldar? Tenho a certeza de que uma só pessoa não é suficiente. Aqui, como em tantos outros lugares, precisamos de manter um diálogo, como nesta série da Fundação Gulbenkian. A verdade é que o futuro é complicado. Além disso, há muito tempo que a “justiça” move filósofos e ativistas, políticos e pensadores, juristas e pessoas com competências bem diferentes. Algumas ideias são conhecidas e outras foram até canonizadas, mas muitas delas estão ainda enterradas na ignorância. Estou certa de que existe trabalho feito por mulheres, do Sul Global, ou por outras pessoas “alienadas” e marginalizadas pelas correntes dominantes, por isso ainda temos alguns tesouros por encontrar. Nas minhas observações, centrar-me-ei no Direito, como um instrumento para salvaguardar e alcançar a justiça, e mais especificamente no Direito Constitucional e nos tribunais, uma vez que o constitucionalismo tem sobretudo a ver com os princípios mais básicos de como entendemos e organizamos a justiça nos nossos mundos. Ao longo da minha reflexão, vou referir-me às controvérsias da COVID para ilustrar os desafios em torno dos factos, da confiança e dos direitos.

Justiça?

O significado e os meios da “justiça” diferem, dependendo do contexto. Hoje em dia, as ideias de justiça estão no centro do debate em todo o mundo, relacionadas com temas que vão desde as condições prisionais aos acordos comerciais, passando pelos esquemas de pagamento, regras de relacionamentos, preocupações de identidade de indivíduos, grupos ou nações, e até a violência e o abuso. Não menos importante, a “justiça” está igualmente no centro das controvérsias da pandemia da COVID, especialmente no que diz respeito às medidas tomadas para a combater. Há um apelo à “justiça vacinal”; a “justiça nos hospitais” está centrada nas decisões de emergência de triagem para distribuir os escassos recursos; a “justiça online” é importante para qualquer pessoa, no escritório em casa e nas salas de conferências televisionadas; a “justiça educativa” é um enorme desafio, na medida em que muitas escolas foram fechadas, em detrimento das crianças, de forma marcadamente desigual. No entanto, além de tudo isto, e muitas vezes com um enorme ruído de fundo, há cada vez mais apelos à “justiça” na versão de “o meu direito fundamental” de objetar à vacinação, ao encerramento de lojas, restaurantes, teatros ou escolas, ou ao uso de máscara. Como explicarei, o que realmente importa é a versão que cada um de nós subscreve.

A noção individual de justiça é importante para o nosso futuro, porque a justiça já é e sempre foi sobretudo aspiracional. E a questão aqui é que este não é o problema quando a justiça funciona. Nesses momentos, a justiça acaba por contribuir para a felicidade, prosperidade e bem-estar, ou até mesmo para alguma versão de eficiência, embora seja – além do interesse académico – uma verdadeira “bela adormecida”. Isto muda rapidamente quando as coisas são consideradas injustas. A “justiça” é então trazida para a ordem do dia; uma vocação, uma necessidade, uma exigência. Até mesmo no cinema, a “Justiça” surge quando há um problema, com escritórios de advocacia em thrillers (“Justice”, série norte-americana de 2006), quando os juízes estão sob stress (“Justice”, série britânica de 2011) ou para uma “Liga da Justiça” (“Justice League”, banda desenhada de 1960 e filme de 2017), numa luta constante. A justiça torna-se um grito de alerta, um apelo. É sempre sobre o futuro. Não a que é que aspiramos? Qual é a versão de justiça que pretendemos?

Há pelo menos três tendências que são aqui extremamente relevantes, relacionadas com factos, confiança e direitos. Factos – porque existe uma “crise de conhecimento” que tem o potencial de minar o que o Direito pode fazer pela justiça. Confiança – porque existe uma crise de confiança que afeta as próprias instituições do constitucionalismo democrático, incluindo os tribunais de que precisamos para apoiar a justiça. E direitos – porque há algumas versões que destroem os próprios fundamentos da tentativa de viver pacificamente em sociedade, igualmente livres e no respeito mútuo. E estas três tendências – factos, verdade, direitos – estão quase sempre paradigmaticamente em jogo nas controvérsias da COVID.

Factos!?

A parte mais problemática é a realização de que os factos já não são factos. Por muitas razões, existe incerteza, volatilidade, manipulação, a par de uma cada vez maior quantidade, complexidade, aceleração e multiplicidade. A ciência, os dados, a perícia e o conhecimento não são apenas complexos; são também contestados de formas que acabam por quebrar o seu próprio estatuto e função. Os factos estão em perigo, tornaram-se precários. Não se trata, certamente, de um questionamento crítico dos conhecimentos das autoridades, aquilo que está por detrás de muitos destes escrutínios críticos. Apesar das tentativas de culpar a teoria pós-moderna, as intervenções feministas ou antirracistas, estas pretendem acima de tudo corrigir os factos, e não destruí-los. A tendência para corromper os factos não é um movimento para nos iluminar, em práticas de crítica que Kant ou Arendt e muitos mais têm conceptualizado, como compromissos construtivos. Também não é a “crise da verdade” que um Papa viu em 1982, queixando-se de ataques à “fé, moralidade e missão”. Em vez disso, a própria Igreja Católica rejeita, denuncia e ignora relatos de abusos. Mas muito além desta organização, existe uma pandemia de tentativas bastante deliberadas de rejeitar, denunciar e ignorar ou, mais perigosamente, substituir a ciência, os dados, a perícia e o conhecimento por atribuições de conspiração, com pura aura, com crença ou simplesmente com mentiras.

E há muitos casos em que isto é por demais evidente. Factos falsos, na sua essência informação manipulada, como por exemplo dados, palavras ou imagens – com o objetivo de visar públicos-alvo selecionados em bolhas – coerentes e plausíveis em si mesmos, são utilizados para criar, como Paul Kahn afirmou neste contexto, “raiva, ansiedade e medo”. Já não se trata aqui de argumentos; trata-se de raiva. Não se trata de “um debate” para persuadir, mas sim de propaganda. Além disso, e como Daniel Innerarity referiu, é uma prática simplista e muito tentadora, mas desastrosa a longo prazo.

Um caso bastante óbvio são as controvérsias da COVID. Antigamente, uma pandemia estimulava questões científicas e a busca de justiça distributiva, utilitária ou igualitária, processual ou substantiva, e a questão teria sido a adequação dos meios. Naturalmente que a complexidade do próprio problema é um desafio para qualquer medida estatal tomada. Mas para resolver os problemas de justiça, o Direito Constitucional e os tribunais têm instrumentos para lidar com essas questões. Os pormenores diferem nos sistemas jurídicos e entre eles, mas alguns elementos permitem aos tribunais lidar com os desafios colocados aos factos.

Um desses elementos é o direito de qualquer pessoa afetada que discorde do que o Estado pensa ser “verdadeiro” e “real” a aceder a um sistema judicial para apresentar a sua “verdade” e a sua “realidade”. Outro elemento é o requisito de ter de raciocinar, tanto ao apresentar um caso como ao decidi-lo, o que obriga os tribunais a ter em conta os argumentos, com base em audiências e investigações, e a permitir a crítica, para finalmente aprender e rever as suas próprias decisões. Além disso, os tribunais constitucionais têm em conta os argumentos dos peritos, convidando-os frequentemente a contribuir, e desenvolvem testes para verificar se a medida estatal se baseia em factos, como os graus de plausibilidade ou a obrigação de atualizar

dados e modificar medidas. Por fim, mas não de somenos importância, o conceito de separação de poderes vinculado pelo Direito localiza responsabilidades para avaliar os factos nas instituições que estão melhor equipadas para lidar com eles. Assim, a avaliação inicial dos factos pode ser iniciada por peritos governamentais, mas tem de ser ratificada pelo parlamento, baseada assim no debate público, numa diversidade de pontos de vista, ciência e investigação, e num consenso deliberado. Em seguida, os tribunais decidem se as objeções a esta avaliação são bem fundamentadas, e intensificam o controlo em relação aos interesses que estão em jogo. Quando os tribunais constitucionais decidem, não silenciam uma discussão, estabelecendo em vez disso o quadro para continuar o diálogo, e fazê-lo melhor.

Mas hoje em dia a realidade é muito diferente. Vemos críticas e ataques a medidas para combater uma pandemia, mas os esforços para rejeitar, denunciar, ignorar e simplesmente substituir a ciência, os dados, a perícia e o conhecimento por impressões vagas de outra “verdade” são muito maiores. Concentram-se sobretudo nas “mentiras”, e “a verdade real sobre o vírus”, para “acabar com a conspiração das grandes farmacêuticas, das grandes empresas tecnológicas e do governo”, e outras teorias semelhantes. Nos tribunais, são apresentados “factos alternativos”, com a forma de dados válidos que se fazem passar por “perícia”. Mas isto significa que uma audiência judicial já não é uma constatação de factos; em vez disso, os tribunais são chamados a “tomar partidos”, o que contradiz a noção de imparcialidade, e a optar por uma “verdade”, o que contraria a natureza razoável do próprio julgamento. E se um tribunal decidir manter as medidas, é descrito como fazendo automaticamente parte da “conspiração”, pertencente às “elites corruptas”, cheio de “inimigos do povo” e “completamente alheio da realidade”. Se esta versão vencer, os tribunais e o Direito perdem a sua função.

Confiança!?

Da mesma forma, a confiança está em risco; mais precisamente: existe uma preocupante falta de confiança nas instituições. Vemos cada vez mais alienação, polarização, desrespeito e destruição. Isto não é inteiramente novo, claro, e não afeta apenas o Direito ou os tribunais. De facto, instituições como “a igreja”, os sindicatos ou os clubes desportivos, e num sentido mais amplo, o “casamento” ou o “trabalho”, sofreram alterações substanciais, na medida em que as pessoas já não aderem, e também já não saem delas e não dão voz à sua relação com elas (Hirshman); simplesmente já não confiam em instituições, independentemente da sua filiação. O Secretário-Geral da ONU alertou recentemente para um “défice de confiança”, com base em dados que mostram um declínio da confiança nas instituições públicas nas últimas décadas. As pessoas não confiam “no governo” em muitos contextos, seja “o Presidente” ou a “política”, “a administração”, os “burocratas” ou, na Europa, “Bruxelas”. Em vez disso, e à semelhança da crise dos factos, as vozes mais ruidosas rejeitam, denunciam, ignoram e eventualmente substituem, entre outras, a própria democracia. E em alguns países isto já aconteceu. Na Europa, estas tendências destrutivas são mais notórias na Hungria e na Polónia, seguidas por outros países na região. Fingindo desempenhar o papel das instituições, praticam o “legalismo

autocrático” (Scheppelle), na sua versão de “constitucionalismo abusivo” (Dixon e Landau). Os tribunais são saneados e os seus membros expulsos e disciplinados, incluindo o Tribunal Constitucional, para poderem agora fazer o que consideram adequado para promover qualquer interesse ganancioso. Quando o povo “abandona” as instituições, e quando os autocratas as capturam, o constitucionalismo desaparece enquanto guardião da justiça que requer um controlo independente para garantir que “o Estado de Direito não é feito por qualquer lei” (Baer).

E uma vez mais, as controvérsias da COVID ilustram bem esta situação. O que quer que os governos façam, os parlamentos decidam e os tribunais implementem para combater a pandemia, os manifestantes não se limitam a criticar estas medidas, algo importante para que os intervenientes responsáveis aprendam e modifiquem as suas decisões em conformidade. Em vez disso, desde os camionistas em Ottawa até marchas em Paris, Roma ou Nikosia, passando por “passeios” bastante agressivos em cidades alemãs e tumultos violentos em Bruxelas, Bordéus, Haia, Viena ou Lisboa – e até um homem que disparou sobre um jovem caixa de supermercado que lhe pediu para colocar uma máscara, a par de ataques sistemáticos a jornalistas dos “meios comunicação social do sistema” – muitos rejeitam, denunciam, ignoram e também combatem agressivamente as instituições. Em grande parte, isto não é, uma vez mais, um debate, mas sim uma “luta” ou mesmo “guerra”; não se trata de persuasão, mas sim propaganda; não procura o consenso, mas sim a “resistência” e, no fim de contas, “heróis” para “invadir” o parlamento, como o Reichstag alemão ou o Capitólio dos EUA, com a missão de “assumir o poder”.

Por último, e certamente não menos importante, os tribunais e, por conseguinte, a instituição que deve aplicar a justiça, também foram afetados por este declínio da confiança. O Tribunal Constitucional polaco foi destruído, e depois remodelado para se tornar um assistente subserviente e dependente do governo, em vez de um controlador independente do poder com essa capacidade. A campanha do Brexit na Grã-Bretanha visou os tribunais europeus e britânicos, estes últimos como “inimigos do povo”, e propôs-se a reformar o sistema jurídico para garantir que a palavra final sobre a justiça não estivesse nas suas mãos. Nos EUA, a posição dos juízes já está claramente politizada, com o Supremo Tribunal a surgir como outra versão da política polarizada.

E uma vez mais, esta é também uma das tendências das controvérsias da COVID. O Tribunal Constitucional alemão, trabalhando arduamente para deliberar sobre centenas de queixas, tem manifestantes em frente do edifício todas as semanas. Estes manifestantes querem “relembrar-nos” do nosso trabalho de proteção dos direitos fundamentais. Quando os observei mais de perto, reparei que os manifestantes nos viram as costas para falarem para as suas câmaras e produzirem imagens em que são donos do tribunal, em que “tomaram conta do poder”. Alguns chegam mesmo a envergar túnicas de juízes. Outros enviam o livrete da constituição com uma cruz negra na capa, e dizem-me que o Direito está a morrer nas minhas mãos e que estão ali o salvar. A mensagem é clara: “Não confiamos em vocês.” É não só: “Vamos afastá-los a todos assim que tivermos oportunidade.”

De forma particularmente perversa, na Alemanha, os manifestantes contra as medidas COVID também colocaram rosas brancas nas escadas dos edifícios de tribunais, para reivindicar a história de resistência ao fascismo por parte dos estudantes de Munique, conhecida como a “Rosa Branca”, mas celebrando em vez disso a decisão de um juiz de primeira instância que – evidentemente excedendo os seus poderes, numa clara violação à lei – deliberou contra a obrigatoriedade de usar máscara na escola. Além disso, alguns manifestantes usam agora uma estrela amarela, o estigma imposto aos judeus pelos nazis alemães, para reivindicarem o estatuto de “vítimas” de um “sistema” em que já nenhuma instituição está do seu lado. São particularmente verbais a expressar a desconfiança nos tribunais. Mas também constroem legitimidade e angariam dinheiro, bem como poder dos meios de comunicação e armas, e organizam uma “resistência”, uma “luta”, com o objetivo último de “assumir o poder”. Sim, é verdade que estas não são maiorias. Mas ainda assim, a tendência é preocupante. Para o futuro da justiça, a confiança nas instituições, organizada e amplamente difundida – incluindo os tribunais – constitui um sério desafio.

Direitos!?

A terceira tendência relevante para o futuro da justiça é a definição de direitos. Na sua versão “clássica”, os direitos fundamentais são o alicerce do constitucionalismo posterior à II Guerra Mundial, aos antigos regimes coloniais e às ditaduras do passado, e um ingrediente primordial, na forma dos direitos humanos, resultante de revoluções tanto na política como nas ideias. Naturalmente que o Direito e os sistemas de salvaguarda da justiça também organizam poder, na forma de democracia. Mas isto baseia-se no direito político fundamental de ter uma voz num determinado contexto democrático.

Nesta linha, a história das constituições portuguesas é longa e impressionante, incluindo uma tentativa de constitucionalização de um regime inconstitucional, em 1933, as promessas socialistas de 1976 ou a reforma de 1982, que deu origem ao Tribunal Constitucional. Os direitos fundamentais figuram de forma proeminente na Parte 1 da Constituição Portuguesa. E pelo menos após a II Guerra Mundial, com a Declaração dos Direitos Humanos nas Nações Unidas, sociedades de todo o mundo criaram, ou revitalizaram, a sua versão destas salvaguardas da justiça, algumas mais liberais do que sociais, algumas mais estreitas, outras mais amplas, mas com uma aceitação crescente de um conjunto universal de valores, garantidos pela lei, contribuindo assim para a justiça.

Nas Nações Unidas, foram aprovadas e eventualmente ratificadas convenções sobre direitos políticos e civis, direitos sociais e culturais, direitos contra o racismo e direitos das mulheres, direitos das pessoas com deficiência e das crianças. As medidas também se dirigem aos apátridas, aos refugiados e a muitos outros. Sistemas regionais, como o Conselho da Europa, o Sistema Interamericano ou a União Africana, e recentemente a UE, seguiram também este caminho. No cenário da política internacional, e em diferentes graus, os Estados seguiram estes padrões particularmente relevantes para a cooperação económica. E mais recentemente, as empresas privadas passaram também a ser chamadas a respeitar os direitos humanos na produção e no comércio.

A história dos direitos humanos fundamentais é, portanto, uma história de sucesso e de aceitação sempre crescente. Na maioria dos países do mundo, e há já bastante tempo, estes direitos estão plenamente em vigor, pelo menos no que à lei diz respeito. Contestados, sim; desafiados, certamente; mobilizados para avançar no seu significado e geralmente não implementados completamente, ou sequer ao gosto de todos. No entanto, os direitos humanos fundamentais tornaram-se um critério aceite para a Humanidade.

Mas isto também mudou. Os factos estão minados por factos falsos e pela crise do conhecimento. As instituições estão minadas pela desconfiança, são atacadas e eventualmente destruídas, para voltarem à vida na forma de versões falsas do que eram. E os direitos fundamentais também estão sob pressão. É certo que existem debates críticos sobre o significado dos direitos fundamentais, uma necessidade do constitucionalismo para se manter vivo. Mas paralelamente a isto há ataques, e uma ênfase crescente em versões perigosamente limitadas de direitos, que acabam por destruir a própria base, ou seja, o constitucionalismo.

Do lado da crítica necessária, uma tendência recente visa o antropocentrismo. Por motivos muito reais, existe uma procura global de uma versão dos direitos fundamentais que nos permita viver de forma mais sustentável, na medida em que incluímos a terra, ou a natureza, e o futuro, nos nossos conceitos. No Acordo de Paris, os Estados iniciaram um percurso para utilizar a lei. No Paquistão e na Irlanda, na Colômbia, na Alemanha e nos Países Baixos, os tribunais aceitaram reivindicações de direitos fundamentais para forçar os estados e as empresas a responder à crise climática. O Tribunal Constitucional Federal alemão considerou que existe uma dimensão “intertemporal” da liberdade, e que as nossas ações de hoje têm de ser justificáveis à luz dos direitos de outros no futuro. E haverá muitas mais perguntas a fazer e a responder. Mas estas mudanças não colocam em perigo os direitos fundamentais, em vez disso convidando-nos a aprender, e a modificar e a fazer evoluir a justiça.

Muito além da crítica, há também ataques aos direitos fundamentais. Durante bastante tempo, visaram a universalidade, e a sua natureza indivisa, que de facto é a igualdade global. Os Estados nunca assinam tratados para proteger direitos, como quando os EUA não se submetem ao Tribunal Penal Internacional. Ou os Estados abandonam as convenções ratificadas da ONU ou do Conselho Europeu, como a saída da Turquia da Convenção de Istambul, e daí não advém qualquer desvantagem ou penalização. Ou ainda os Estados recusam-se a respeitar os tribunais aos quais atribuíram poderes, como o Tribunal polaco contra o TJE, ou a Turquia e a Rússia contra o TEDH.

Além disso, existem tendências mais complicadas, mas também mais desafiantes. Estou particularmente preocupada com a nova ênfase dada a uma versão muito limitada e absoluta da liberdade. Está ancorada numa tradição liberal dominante, como direito primordial (uma espécie de Primeira Emenda) dos indivíduos contra o Estado. Mas sofre de uma limitação perante o Estado, e de uma radicalização como autonomia absoluta. Certamente que o enfoque sobre o Estado faz sentido

nos momentos constitucionais em que os ditadores abandonam as instituições, e em que o Estado é o problema. Mas no futuro, ainda que os Estados possam efetivamente ser um problema, talvez na maioria das vezes – enquanto democracias – podem também ser uma solução, ao passo que o facto de os intervenientes privados se tornarem extremamente poderosos, embora possa porventura também ser uma solução, será possivelmente também um problema. Além disso, é essencial investir numa ênfase na autonomia como autodeterminação livre. Para garantir isto, precisamos de liberdades legalmente garantidas. Mas ao longo da história jurídica, o sujeito paradigmático que goza de tal liberdade foi um homem naturalmente livre e independente. Isto sempre fez pouco sentido, porque muitos – as mulheres, os “pobres submissos”, os povos indígenas, os escravos – foram excluídos desde o início. Hoje e no futuro, esta noção atomística de indivíduos não se enquadra num mundo em que nos relacionamos e dependemos uns dos outros mais do que nunca. Além disso, as versões recentes de liberdade sofrem de absolutismo, na medida em que ignoram os direitos fundamentais que lhes são próximos. Mais uma vez, existe uma tradição liberal de “in dubio pro libertate”, uma prioridade para a liberdade. Mas hoje em dia isto é radicalizado em exigências para “fazer o que eu quero, aconteça o que acontecer”. É uma noção egocêntrica de liberdade, e ignora também os direitos fundamentais de igualdade e dignidade garantidos.

Paralelamente a esta problemática noção de liberdade, há uma tendência permanente para reduzir a igualdade ao formalismo. Isto está também enraizado nas tradições jurídicas dominantes, em que a igualdade é a garantia de distinções racionais, “suum cuique”. No entanto, como o Supremo Tribunal canadiano defendeu em 1989, esta é a lógica simétrica e formalista que esteve por detrás do racismo nos EUA e do assassinato de judeus na Alemanha. E continua bem viva, até mesmo energizada, pelas mãos daqueles que consideram que a reivindicação de igualdade está obcecada com a identidade, ou o fomento da censura, ou simplesmente a sua utilização excessiva.

Finalmente, os direitos fundamentais devem salvaguardar a justiça, com tribunais independentes para os implementar contra os abusos. Mas isto também mudou. Hoje em dia, há casos alarmantes de direitos não dirigidos contra abusos, mas utilizados para perpetrar estes mesmos abusos, eles próprios abusivos. Isto acontece quando intervenientes privados ou públicos lançam “processos SLAPP”, litígios estratégicos contra a participação pública. Na África do Sul, por exemplo, as empresas mineiras intentam processos por difamação contra ativistas e advogados ambientais, para intimidar e eventualmente silenciar a sua crítica. Na Turquia, o Presidente inicia ou apresenta acusações contra académicos, jornalistas, políticos e ativistas opositoristas, para lhes retirar os seus empregos, enviá-los para a prisão e fazer com que percam os seus direitos civis. Os usos abusivos dos direitos também dão origem à legislação autoritária. Na Rússia, o governo altera frequentemente a lei para proteger o casamento e a família, e permitir a violência doméstica. Em muitos países, estes direitos são invocados para discriminar as famílias não heteronormativas. Além disso, os direitos reprodutivos são, uma vez mais, redefinidos como direitos do feto, dirigidos contra a mãe, de modo a que a sua escolha não seja um direito, mas uma violação dos mesmos.

E, novamente, as controvérsias da COVID podem ilustrar esta tendência. Em particular quando são tomadas medidas contra a pandemia, isto é celebrado como um “Dia da Liberdade”, como aconteceu na Grã-Bretanha. Em Ottawa, a cidade está bloqueada por um “Comboio da Liberdade”. Na Alemanha, os manifestantes afirmam que a sua “liberdade nunca foi tão violada como agora”, nomeadamente através de bloqueios temporários e comparativamente indulgentes e obrigatoriedades de fazer testes e usar máscara. Como já referi, alguns manifestantes reivindicam o “direito à resistência”, e o uso da violência na sua “luta”, contra medidas acordadas numa democracia. Aqui, a liberdade é considerada como estando em perigo, e a esta liberdade vence todas as outras preocupações. “O meu direito”, “a minha liberdade”, “o meu risco” – uma versão clássica mas limitada da autonomia egocêntrica, não menos masculinista, que ignora o nosso mundo interligado ou o uso abusivo dos direitos.

E o futuro?

O que há agora a fazer? Quando, e porque, os factos, a confiança e os direitos estão sob pressão, por vezes até sob ataque e em alguns casos já destruídos, é o próprio futuro da justiça que está em jogo. Não haverá um único dia em que o seu destino seja decidido, e nem um único local, caso ou momento no tempo. Estes são desenvolvimentos incrementais e instâncias dispersas que acabam por evoluir para realidades agregadas. Mas o futuro da justiça definitivamente requer a nossa atenção. E precisa que levantemos a nossa voz. Especificamente, o Direito – enquanto guardião da justiça – deve responder aos desafios que existem por todo o lado.

Relativamente aos factos, o Direito tem um papel importante a desempenhar. Deve salvaguardar a investigação e o trabalho académico para prosseguir em busca da verdade, proteger os meios de comunicação e contrariar tanto a censura como a manipulação. Em jogo está a aceitação da ciência e da investigação, bem como as discussões públicas como fontes de conhecimento enquanto tal. Desta forma, os intervenientes legais têm de se certificar de que não caem em mentiras, na medida em que trabalham com procedimentos para verificar o que é, de facto, um facto. Voltando às controvérsias da COVID, os tribunais devem então ouvir todas as partes sobre um determinado tema e assegurar o exercício do poder a um padrão de plausibilidade relativamente aos factos em que este se baseia. Isto pode exigir que os tribunais encontrem palavras claras sobre factos e ciência falsos, e que contribuam para um esclarecimento sobre aquilo que concordamos ser razoável, e o que não o é. Para o futuro da justiça, os tribunais são também intervenientes do próprio conhecimento.

Quanto à confiança, as instituições que redigem, aprovam e aplicam a lei devem proteger a sua posição e ganhar a confiança de que necessitam. E este é também um apelo autocrítico aos tribunais? Em jogo está a fiabilidade da independência e as garantias básicas de justiça nos sistemas jurídicos. Temos de contrariar os ataques, sobretudo à independência judicial. Mas no seu interior, os próprios juízes devem certificar-se de que as pessoas ainda podem confiar neles. A ética é importante, assim

como as regras, os métodos de interpretação, a coerência; a linguagem, ou “a mensagem”, é realmente importante. Os tribunais devem modificar as suas relações públicas? Penso que sim. A necessidade de confiança requer que os tribunais respondam às preocupações das pessoas, que se tornem inteligíveis além de um círculo restrito de peritos, e que o façam de forma atempada, com solidez legal e sabiamente.

Relativamente aos direitos fundamentais, o futuro da justiça depende da nossa capacidade de defender um significado “justo” e de prevenir abusos. Existe uma escolha: abandonar a “ideologia dos direitos”, ou o seu “idealismo”, ou defender e atualizar os direitos fundamentais de uma forma significativa para todos. Para alcançar este último, devemos esclarecer o que entendemos por liberdade, igualdade ou direitos como tal, no mundo em que vivemos hoje. Como um exemplo, o Direito Constitucional começou a abordar a complicada tarefa da crise climática. Aqui, os direitos fundamentais devem ir além de uma ideia antropocêntrica, e o nosso conceito de liberdade deve ter em conta o tempo e o futuro, bem como a dependência e a inter-relação. Num outro exemplo, precisamos de um conceito adequado de igualdade. Uma noção formal não nos permite enfrentar os desafios que enfrentamos, incluindo a pobreza, o racismo, o sexismo, a intolerância religiosa e ideológica, tudo isto alimentando a polarização. E, felizmente, existem conceitos alternativos. Os advogados e advogadas antirracistas e feministas já compreendem a igualdade em termos substantivos, contra as desvantagens baseadas no racismo, no sexismo e na discriminação contra portadores de deficiência ou os mais idosos, etc. Em suma, o Direito e os tribunais têm de ser racionais e não arbitrários, mas no futuro isto pode exigir mais realismo do que no passado.

Para alcançar a justiça, também através do Direito, precisamos de um entendimento holístico dos direitos. Nesse momento, a liberdade deixa de ser um trunfo egocêntrico, mas sim o canto de um triângulo, a par da igualdade e dignidade, para proteger legalmente a diversidade contra as desigualdades que realmente importam. Então, a justiça pode ser menos uma ideia e mais uma atitude; menos uma reivindicação individual abstrata e mais concretamente atenta, atenciosa e respeitadora. Esta é uma viragem para um conceito revisto do bem comum. Imagine uma coabitação em perfeito e harmonioso civismo (Hark)! As controvérsias da COVID ilustram as lutas. Aí, e muito além delas, o futuro da justiça dependerá pelo menos da nossa capacidade de compreender e defender os factos, a confiança e os direitos.



Susanne Baer é juíza do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, eleita pelo Parlamento em 2011 para o Primeiro Senado, por um mandato de 12 anos. É Professora de Direito Público e Estudos de Género na Universidade Humboldt de Berlim e Professora de Direito Global Lea Bates na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, além de ter lecionado no CEU de Budapeste, na Áustria, na Suíça e no Canadá.

O seu trabalho dedica-se sobretudo a uma compreensão realista e necessariamente interdisciplinar da prática jurídica (#rechtreal; Rechtssoziologie, 4.^a ed. 2020), dos direitos fundamentais comparativos (com Dorsen et.al., Comparative Constitutionalism, 4.^a ed. 2022; Dignity, Liberty, Equality, Toronto LJ 4 (2009) 417) e das abordagens críticas, nomeadamente feministas, ao Direito. Tem estado particularmente ativa em movimentos contra o assédio sexual e violência doméstica, fundou o GenderCompetenceCentre para aconselhar o governo sobre a integração da perspetiva de género 2003-2010, e coelaborou normas para a igualdade na investigação para a fundação de investigação alemã DFG. Na Universidade de Humboldt foi Vice-Presidente, Vice-Reitora e Diretora de Estudos de Género, fundou o Instituto de Direito e Sociedade de Berlim e a Clínica de Direito Humboldt para Direitos Fundamentais e Humanos. Estudou Direito e Ciência Política na Universidade Livre de Berlim, concluiu o Mestrado em Direito na Universidade do Michigan e o Doutoramento na Universidade de Frankfurt/Main, e recebeu o Título Académico de Agregado na Universidade de Humboldt de Berlim.

GULBENKIAN IDEAS

GULBENKIAN.PT

FUTURE FORUM