

VOLUME LV — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

2014

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade semestral  
LV — N.ºs 1 e 2 - 2014

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO  
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ  
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS  
- PROF. DOUTORA ISABEL ALEXANDRE  
- PROF. DOUTOR PEDRO INFANTE MOTA  
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS  
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

*PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

*EDITORA*



**Coimbra Editora®**  
(registo INPI n.º 300 737)

Arco de Almedina, 8 - 2.º andar  
3000-422 Coimbra  
Tel. (+351) 239 852 650  
Fax (+351) 239 852 651

[www.coimbraeditora.pt](http://www.coimbraeditora.pt)  
[editorial@coimbraeditora.pt](mailto:editorial@coimbraeditora.pt)

*Execução gráfica*

Coimbra Editora, S.A.  
R. Ferreira Borges, 77-79  
3000-180 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2014

	Págs.
<b>I Doutrina</b>	
<i>Pedro Soares Martinez</i> — Ensaio de um Curso Básico de História do Direito — Peninsular, Romano e Português — 2012-2013 .....	7
<i>Jorge Miranda</i> — O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição Portuguesa .....	91
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — “O Julgamento de Nuremberga”, de Stanley Kramer (EUA, 1961) e a hora actual da justiça portuguesa .....	107
<i>Isabel Graes</i> — A permanência de velhos vícios, sob o mito de novos tempos. As opções judiciais de D. Pedro, Duque de Bragança — (1832-1834) .....	129
<i>Edgar Taborda Lopes</i> — Liberdade de Expressão e Tutela da Honra — Que limites? .....	189
<i>Nilson Tadeu Reis Campos Silva</i> — O direito e a saúde mental: aspectos históricos da tutela no Brasil e em Portugal — Law and mental health: historical aspects of guardianship in Brazil and Portugal .....	215
<b>II Trabalhos de alunos</b>	
<i>Joana Leal de Macedo Vitorino</i> — A gestão imprópria e a gestão de negócio alheio julgado próprio nos direitos alemão, suíço, francês e português — Estudo de Direito Comparado.....	245
<i>Diogo Santana Lopes</i> — A aplicação no tempo das normas de prescrição do procedimento criminal.....	295
<b>III Vida universitária</b>	
<i>Seminário</i> — Pirataria Marítima: — Regime jurídico, repressão e combate .....	319
<i>Adriano Moreira</i> — A Renovação do Conceito Estratégico Nacional e o Mar.....	321
<i>José Manoel Silva Carreira</i> — A Pirataria de estado existe?.....	327
<i>Alberto Silvestre Correia</i> — Seminário — Regime jurídico, repressão e combate — A marinha portuguesa na repressão da pirataria marítima .....	347
<i>Caetano F. A. Silveira</i> — A pirataria marítima no período clássico do Direito Internacional .....	353

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da tese de doutoramento do Mestre Maurício Ramires .....	365
<i>Jorge Miranda</i> — Estado social, crise económica e jurisdição constitucional .....	375
<i>Paulo de Sousa Mendes</i> — O processo penal entre a eficácia e as garantias — Em especial a questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento .....	405
<i>André Machado</i> — Discurso na Cessação do Mandato como Presidente da AAUL	425

## “O JULGAMENTO DE NUREMBERGA”, DE STANLEY KRAMER (EUA, 1961) <sup>(1)</sup> E A HORA ACTUAL DA JUSTIÇA PORTUGUESA <sup>(2)</sup>

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

O julgamento dos juizes do III Reich pelo Tribunal Penal dos EUA em Nuremberga durou entre Fevereiro e Dezembro de 1947, no âmbito do Tribunal Militar Internacional para a Alemanha <sup>(3)</sup>. A obra de ficção “Judgment at Nuremberg” <sup>(4)</sup> realizada em 1961 por Stanley Kramer, com um argumento escrito por Abby Mann <sup>(5)</sup>, procurou fundar-se nos factos, nomeadamente no *caso Katsen-*

---

<sup>(1)</sup> Só estreado em Portugal, em 3 de Agosto de 1984 (sem distribuição; com edição em DVD pela *Twenty Century Fox*, em inglês, com legendas em francês ou em inglês, duração 186 minutos).

<sup>(2)</sup> O texto publicado resulta da preparação feita para apresentar — no dia 7 de Janeiro de 2015, no salão nobre da Reitoria — o filme *Judgment at Nuremberg* no ciclo de cinema promovido pela Universidade de Lisboa, sob responsabilidade do realizador Lauro António, a quem agradeço as palavras proferidas na apresentação feita ao público presente. Para uma filmografia da Justiça ver, v. g., André-Jean Renault, *Critique de la Raison Juridique*. 1. *Où va la Sociologie du Droit*, Paris, LGDI, 1981, pp. 457 e ss.; Anthony D’Amato, *Justice and the legal System. A Coursebook, Theacher’s Manual*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1993.

<sup>(3)</sup> Foram realizados 12 julgamentos no âmbito desse tribunal: o julgamento dos doutores (que julgou os nazis envolvidos em experiências médicas com humanos); o julgamento de Milch (que julgou o marechal de campo da Luftwaff Erhard Milch); o julgamento dos juizes (que julgou os juizes que aplicavam as leis raciais do regime e que colaboraram com a sua feitura e aceitação); o julgamento de Pohl (que julgou oficiais da SS envolvidos nos aspectos económicos das atrocidades); o julgamento de Flick (que julgou os responsáveis pela escravização nos países ocupados); o julgamento dos reféns (que julgou oficiais responsáveis pelos crimes na ocupação dos Balcãs); o julgamento de RuSHA (que julgou os responsáveis pela aplicação prática das políticas de eugenia); o julgamento dos *Einsatzgruppen* (que julgou os oficiais dos esquadrões da morte da SS); o julgamento da Krupp (que julgou os dirigentes da empresa *Krupp*, pelos mesmos crimes da *IG Farben*); o julgamento dos ministros; e o julgamento do Alto Comando das forças armadas alemãs. No julgamento dos juizes foram julgados 16 juizes nazis.

<sup>(4)</sup> Em Espanha o filme foi apresentado com o título *Vencedores o Vencidos?*. Ver o livro de Francisco Muñoz Conde e Marta Muñoz Aunió, *Vencedores o vencidos?*, Colecção Cine Derecho (cujo director é Javier de Lucas), Ed. Tirant Lo Blanch, Valência, 2003.

<sup>(5)</sup> O texto original de 1957, adaptado para o filme de 1961, e usado pela Broadway na mais recente apresentação do roteiro em 2001, saiu finalmente em livro (Abby Mann, *Judgment at Nuremberg*, New Directions paperback, Canadá, 2001).

berger<sup>(6)</sup> e com uma preocupação de lembrar as cumplicidades dos aliados nos crimes que estavam a ser julgados recusando colocar uma pedra nesse passado recente, pois “quem não lembra o passado corre o risco de repeti-lo”<sup>(7)</sup>.

O filme a preto e branco não deixa, apesar disso, de ser mais um elemento do auto-elogio dos EUA pela sua intervenção na II Grande Guerra e serviu para promover o esquecimento dos seus próprios crimes de guerra no conflito mundial. O ambiente de início da guerra fria em que o julgamento decorreu e as tensões que marcaram o ano da realização do filme ditam o rumo da narrativa e as características do enredo.

Os protagonismos do drama que se desenrola da sala de audiências são: o juiz americano Dan Haywood (interpretado por Spencer Tracy), o advogado de defesa Hans Rolfe (a cargo de Maximilian Schell)<sup>(8)</sup>, o juiz-réu Ernst Janning (na soberba interpretação de Burt Lancaster), o promotor coronel Tad Lawson (interpretado por Richard Widmark), a senhora Bertholt (a cargo de Marlene Dietrich) e Irene Hoffman (por Judy Garland). As suas interpretações são valorizadas pela fotografia a preto e branco de Ernest Laszlo, na montagem que

---

<sup>(6)</sup> Foi o julgamento de Lehmann (Leo) Katzemberger, judeu ilustre de Nuremberga, acusado de se ter envolvido num relacionamento amoroso com uma jovem ariana (Irene Seiler), violando a leis de protecção racial (*Rassenschutzgesetz*) — lei municipal de Nuremberga (ver Gary C. Fause, *Erlangen: An American's History of a German Town*, University Press of America, 2005, pp. 214-215) — e que terminou com uma sentença de morte em 14 de Março de 1942, dada pelo juiz Oswald Rothaug, sem provas e ao abrigo da lei marcial em vigor (*Volkschadlingsgesetz*). O réu foi guilhotinado na prisão Stadelheim, em Munique, em 2 de Junho de 1942. Sobre o caso ver Steven Lehrer, *Wannsee House and the Holocaust*, Mac Farland, 2000, pp. 117-120.

<sup>(7)</sup> Como foi lembrado a 27 de Janeiro de 2015 na cerimónia realizada no campo da morte para lembrar os 70 anos da abertura das portas de Auschwitz pelo exército soviético, não basta lembrar o passado e ter memória. É preciso ensinar as causas da catástrofe humana, a ocorrência dos sintomas do totalitarismo, a normalidade dos carrascos, os efeitos deste mal indizível, desta indecência tolerada, da indiferença dos que ainda não sofreram, da maldade do negacionismo, da arrogância dos que mentem. É preciso plantar o desejo de liberdade e criar as condições do respeito. É preciso ensinar, praticar, dar exemplo, não conceder, não vacilar, não ter medo.

<sup>(8)</sup> Os advogados que fizeram a defesa dos réus de Nuremberga (advogados que não foram escolhidos pelos réus) não são muito lembrados, mas são exemplo a seguir e honraram a profissão. Numa situação de “justiça do vencedor” sem ter condições para uma defesa adequada pelas próprias regras de funcionamento do tribunal; em território submetido à “lei de ocupação” (Eyal Benvenisti, *The international law of occupation*, Princeton University Press, 2004); sem poder recolher prova; com as testemunhas condicionadas; os seus constituintes torturados; um ambiente hostil no tribunal; a pressão política dos vencedores e a máquina de propaganda a trabalhar pela acusação; numa situação em que as sentenças estavam antecipadamente dadas — os advogados denunciaram isto tudo e fizeram defesas brilhantes e competentes. Ver Francis Biddle, “The Nuremberg Trial”, in Guenael Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, 2008; Quincy Wright, “The law of Nuremberg Trial”, in Leo Gross, *International Law in the Twentieth Century*, The American Journal of International Law, ed. Meredith Corporation, 1969.

Frederic Knudtson fez de uma fita ponteada pelo uso austero, quase rude, da câmara por Stanley Kramer, que nem a música de Ernest Gold suavizou. Mas são personagens de ficção, que romanceiam, logo falseiam, os factos <sup>(9)</sup>.

Na pena de Abby Mann, Janning não era apenas um juiz. Era um jurista prudente, professor e autor consagrado pelos seus méritos jurisprudenciais e a sua competência antes de 1933 e que não precisou de ser promovido nem ganhou notoriedade com o regime genocida de Hitler. O dramaturgo <sup>(10)</sup>, em entrevista ao New York Times em 1961, acentuava a necessidade de mostrar como o patriotismo, invocado pelos juizes nazis da sua defesa, poderia ser uma "coisa má" que "separava o Homem da Humanidade".

Era mais que isso: era a desumanidade mais abjecta concretizada por homens banais, normalizada em rotinas de trabalho, em quotidianos de família; era o colapso da civilização do Direito e das instituições judiciárias; era o terrorismo de Estado e a barbárie institucionalizada; era a ruína moral da Europa; era lidar com o inimaginável que foi possível. Para isso, não havia previsão normativa; por isso, foi necessário criar jurisprudencialmente a responsabilidade internacional da pessoa que comete crimes hediondos <sup>(11)</sup> para poder punir pelo Direito os criminosos <sup>(12)</sup>; para que não fosse o Direito a protegê-los. Foi preciso reerguer

---

<sup>(9)</sup> Os documentos do tribunal de Nuremberga podem ser lidos em *The International Military Tribunal for Germany. A Document Collection*, disponível na net. Ver Marcos Rafael Zocoler, *O Tribunal internacional para a Alemanha. Tribunal de Nuremberg. Seu carácter de exceção e o princípio da legalidade*, 2013 (publicado na net — *Jus Navegandi*).

<sup>(10)</sup> Cujas biografias podem ser conhecidas através da recolha feita pelo *Museum of Broad Cast Communications*, em Chicago. Ver também os trabalhos da *Fundação para a Memória de Soha*.

<sup>(11)</sup> Ver Jorge Miranda, "Sobre a Responsabilidade Internacional", in *Rev. Fund. Escola Superior do Ministério Público Distr. Feder. Territ.*, Brasília, Ano 10, volume 20, Julho/Dez., 2002, pp. 305-317 (ver alguma bibliografia portuguesa na nota 15); Carlos Blanco de Moraes, "A responsabilidade criminal do indivíduo em Direito Internacional", in *RFDUL*, 1987, pp. 135 e ss. A questão de ser necessário um tribunal internacional para punir certos crimes políticos contra a *moralidade universal* foi suscitada pelo juiz Baltazar Garcón, quando pretendeu punir o general Pinochet e outros suspeitos por crimes contra a Humanidade a partir da jurisdição do Estado espanhol.

<sup>(12)</sup> Não há regra sem excepção. Mas haverá princípios com excepções? Foi isso que os crimes do nazismo trouxeram para o pensamento jurídico. Pela aplicação do princípio *nullum crimen sine lege/nula poena sine crime*, deveriam os nazis culpados pelo genocídio e pelo atropelo das mais elementares regras jurídicas não serem considerados criminosos nem serem punidos? Isso seria uma afronta para as vítimas, uma derrota para o Direito, uma injustiça, um fracasso civilizacional. Embora não expressamente formulada em normas jurídicas positivas, a censura a tais comportamentos e atitudes estão em regras, princípios e valores (vigentes à época) de Direito superiores a quaisquer outras normas invocadas para a sua prática. Os crimes dos nazis já eram juridicamente censuráveis à época em que foram cometidos. Como bem lembrou Hans Kelsen, "The rule against *ex post facto* laws and the Prosecution of the axis war criminals", in *The Judge Advocate Journal*, vol. II, n.º 3, 1945, p. 9: "Existe uma clara diferença entre uma lei retroactiva,

o valor jurídico de um princípio humano: a escolha moral é sempre possível face à ordem superior e à coação irresistível sobre o que recebe a ordem. O princípio da justiça é sempre superior ao princípio da legalidade.

Claro que, para se fazer justiça pelo Direito após a II Guerra Mundial um tribunal internacional legítimo deveria julgar todos os criminosos de guerra, vencedores e vencidos <sup>(13)</sup>, pelas suas atitudes, comportamentos ou omissões; dando ou executando ordens que redundaram na prática de crimes contra as leis da guerra e os princípios universalmente aceites. Isso seria impossível pelas conhecidas culpas dos aliados-julgadores em tais crimes, em muitas ocasiões, durante a guerra e mesmo após o seu fim <sup>(14)</sup>.

Voltando ao filme, o Franz Janning da obra cinematográfica de Stanley Kramer parece ser um híbrido do ilustre jurista alemão — e depois controverso magistrado nazi — Franz Schlegelberger <sup>(15)</sup> e de Oswald

---

por meio da qual um acto “indiferente” em si ou inocente quando praticado é depois punido quando julgado; e uma lei retroactiva pelo meio da qual um ato que era imoral ou, de qualquer outra forma, conflituante com uma norma maior, é tornado ilegal”. Já não concordamos com a restante argumentação fundada nas ideias que: *as regras contra leis retroactivas evitam qualquer mudança da lei; e uma regra de direito não pode ser invocada por aqueles (para os proteger) que não a aplicaram quando eram juizes (porque ao fazê-lo abdicaram da possibilidade de tal regra se lhes aplicar a eles).*

<sup>(13)</sup> Isso mesmo propôs Hans Kelsen, ainda antes do fim da guerra, por ser essa a única forma de concretizar uma justiça internacional em vez de uma justiça de vencedores. Cfr. Hans Kelsen, *Peace through Law*, trad. italiana *La pace attraverso il Diritto*, Turim, 1990, pp. 144-145.

<sup>(14)</sup> Embora os filmes feitos após a libertação dos campos tenham sido um elemento determinante de prova contra os acusados nos julgamentos, as preocupações dos aliados (sobretudo de ingleses e de norte-americanos), nunca foram os judeus e a desgraça que sobre eles se abateu na forma de extermínio físico e tortura. Se já durante a guerra isso era notório, pelas prioridades estratégicas e opções militares dos respectivos governos, após a guerra passou a ser descarado. Não só era preciso “libertar” os alemães dessa “culpa colectiva” do genocídio que praticaram, toleraram ou conheciam (embora na condição de vencidos quase todos dissessem não saber e não conhecer), para os conquistar para o bloco ocidental e passarem depressa a aliados na guerra fria contra a URSS já em curso; como era preciso não dar razões à “comunidade internacional” para pressionar a Inglaterra a aceitar a entrada dos judeus-vítimas (como regresso à origem, à terra de partida para a diáspora) na Palestina. Basta lembrar com que argumentos o governo inglês mandou interromper e arquivar o documentário de Bernstein sobre o Holocausto em 1945 (só completado 70 anos depois por uma equipa do *Imperial War Museum*); e as limitações colocadas ao trabalho de Hitchcock na supervisão da montagem dos filmes feitos após a libertação dos campos; e o insulto para as vítimas que o “permitido” filme *Death Milles* de Billy Wilder representou na ligeireza e insensibilidade que revelou face à dimensão do que foi filmado.

<sup>(15)</sup> Ver: Michael Forster, *Jurist im Dienst des Unrechts: Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretars im Reichsjustizministerium Franz Schlegelberger, 1876-1970*, Nomos, Baden-Baden, 1995; Eli Nathans (Hrsg.), *Franz Schlegelberger*, Nomos, Baden, Baden, 1990; Lore Maria Peschel-Gutzeit, *Das Nurenberger Juristen-Urteil von 1947: Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge*, Nomos-Verlag, Baden-Baden, 1996; Andreas Thier, “Schlegelberger, Louis Rudolph Franz”, in *Neue Deutsche Biographie* (NDB), Band 23, Duncker & Humblot, Berlin,

Rothaug <sup>(16)</sup>, que condenou Katzemberger. Uma figura impossível na realidade de então, a não ser na necessidade de fundir os comportamentos e as personalidades tão distintos destes magistrados germânicos, para servir a visão norte-americana da época, que também influenciou o argumentista Abby Mann <sup>(17)</sup>.

A catilinária de Franz Jannig no seu último depoimento em que se considera o mais culpado de todos os juízes porque permitiu que os julgamentos no III Reich se tivessem tornado em meros rituais de execução; e as preocupações de imparcialidade do juiz Haywood, como se as cartas não estivessem já marcadas <sup>(18)</sup>, são bem a prova de um "politicamente correcto" de que o filme não se liberta. Nem quando se eleva a tragédia o filme sai dos clichés próprios do tema que trata.

O juiz Oswald, desde Junho de 1933 procurador em Nuremberga, passa em Abril de 1937 para presidente do tribunal regional de Schweinfurt e presidente/director dos tribunais especiais nazis (*Sondergerichts*) em Nuremberga. Em 1938 entra para o Partido Nacional-Socialista e passa a trabalhar com e para os serviços de informação da SS (*Sicherheitsdienst*). As suas sentenças aceitavam as doutrinas raciais de Hitler sobre a *Rassenschande* (pureza racial), considerando, por exemplo, os polacos, como sub-humanos. Em virtude do julgamento de Katseberg é convidado para o Tribunal do Povo nazi em Berlim <sup>(19)</sup>. Era um homem sem qualidades, sem preparação jurídica de relevo e à procura de

---

2007, pp. 44 e ss.; Arne Wulff, *Staatssekretar Professor Dr. h.c. Franz Schlegelberger, 1876-1970*, Frankfurt am Main, 1991; *Zwischen Recht und Unrecht, Lebensläufe deutscher Juristen. Justizministerium NRW*, 2004, pp. 59-63; Eli Nathans, "Legal Order as Motive and Mask: Franz Schlegelberger and the Nazi Administration of Justice", in *Law and History Review*, vol. 18, n.º 2, 2000 (versão digital).

<sup>(16)</sup> Oswald Rothaug, 17 de Maio de 1897/4 de Dezembro de 1967, foi libertado em 22 de Dezembro de 1956, após 15 anos de prisão efectiva, com 59 anos e morreu em Colónia em 1967. Pouco se sabe (e pouco interessa saber) desta personagem diabólica que teve o seu auge nas maldades praticadas como juiz do III Reich a coberto de um regime que criou o monstro e beneficiou dessas cumplicidades judiciárias.

<sup>(17)</sup> O argumento de Abby Mann foi adaptado para o teatro e a peça foi representada na Broadway em 2001.

<sup>(18)</sup> Não é aqui o lugar para discutir a condenação de Rudof Hess em Nuremberga, sem que qualquer prova a conectar o seu comportamento com a prática de um crime em concreto tenha sido apresentada. Parece ter sido condenado por ter pertencido ao Partido Nazi e como seu vice-presidente não poder ignorar e não se ter oposto aos crimes cometidos. Muito haveria a escrever sobre esta presunção de prova como bastante para a condenação numa antecipação da tese do "domínio do facto", que tanta tinta fez correr a respeito das condenações no processo do "mensalão" no Brasil.

<sup>(19)</sup> Ver Ernst Klee, *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945?*, S. Fischer, Frankfurt am Main, 2003; Christianne Kohl, "The Maiden and the Jew", Hoffman und Campe, Hamburg, 1997, pp. 140-148.

notoriedade à custa de serviços prestados ao governo e de simpatias granjeadas no partido no poder. Era um juiz genocida que usava o tribunal e a sua função para aplicar o programa nazi de extermínio dos judeus e dos opositores do regime. Condenado à pena de prisão perpétua, depois reduzida para 20 anos, acaba por só cumprir 15.

Já Franz Schlegelberger era um famoso jurista com um currículo de judicatura rico e conhecido e uma obra jurídica já extensa e divulgada na república de Weimar <sup>(20)</sup>. Professor de Direito na Universidade de Berlim desde 1922 tinha uma sólida e ascendente carreira na administração da justiça e na feitura das leis no período anterior à subida ao poder do Partido Nazi. Não era um jurista teorizador do nazismo ou aderente à sua construção jurídica do Estado, embora criticasse a forma republicana de governo; o individualismo legislativo; e o laxismo judiciário. Mas, tornou-se num nazi executor, através dos tribunais, das mais sinistras medidas de Hitler contra o Direito <sup>(21)</sup>. Foi até 1942 Secretário de Estado no Ministério da Justiça do Reich, ficando provado que conhecia e permitia as arbitrariedades do regime através do comportamento funcional

---

<sup>(20)</sup> Ver, v. g., Franz Schlegelberger, *Zur Rationalisierung der Gesetzgebung*, Berlin, Vahlen, 1928; *Ein Volk erlebt sein Recht*, Berlin, Vahlen, 1936; “Kunstschaffen und Gesetzgebung”, 1943; *Zur Rationalisierung der Gesetzgebung*, Berlin, Vahlen, 1959; *Ein Volk erlebt sein Recht e Die Entwicklung des deutschen Rechts im Dritten Reich*, Berlin, Vahlen, 1938; *Die Entwicklung des Deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren*, Berlin, Vahlen, 1930; *Abschied vom BGB*, Berlin, Vahlen, 1937.

<sup>(21)</sup> Na oração que proferiu na Universidade de Rostock em 10 de Março de 1936, Schelegelberger defendeu a possibilidade de haver punições penais em tribunal fora da previsão legal e apesar dela se fosse essa “a voz do clamor popular” (tradução livre da norma do artigo 2.º do Código Penal alemão e da alteração feita em 28 de Junho de 1935 em que se remetia a punição para um juízo de bom senso do julgador e o “sadio sentimento do povo”, com aceitação do princípio da analogia *contra reo* ou *in malam partem*, excepcionando o princípio da legalidade e abrindo a porta a tudo o que a civilidade jurídica tinha combatido e proscrito: aplicação da analogia na tipificação; retroactividade das leis; revisão política de sentenças em vez de recursos; arbitrariedade do julgador e fim da segurança jurídica pela aplicação de leis gerais e abstractas; aplicação de leis *ex post facto*, logo violação do princípio *nullum crimen sine lege/nulla poena sine crime* (ver, v. g., Hans Kelsen, “The rule agaisnt *ex post facto* laws and the Prosecution of the áxis war criminals”, in *The Judge Advocate Journal*, vol. II, n.º 3, 1945, pp. 8 e ss.; Ruy Antunes, *Da analogia em Direito Penal*, 1953 (Ricardo de Brito, “O Pensamento do Prof. Ruy Antunes em Direito penal”, in *Revista Académica*, LXXX, 2008, Faculdade de Direito de Recife). Mais tarde (5 de Abril de 1942), em carta, dirigida ao ministro Lammers sobre a solução a dar aos meios-judeus no âmbito da política de extermínio, propunha a sua esterilização ou deportação. Também aplicou e fez aplicar o ignóbil decreto de 4 de Dezembro de 1941 para a perseguição penal de judeus e polacos, por o serem. Onde não há legalidade não há liberdade, já o sabíamos; como sabemos que só o Direito pode combater o princípio totalitário: *onde há necessidade não há lei; ou a necessidade não tem lei*.

dos juizes <sup>(22)</sup>. Condenado a prisão perpétua passou apenas 3 anos na cadeia e continuou a escrever livros de Direito <sup>(23)</sup>.

Defendia, no início, a legitimidade do Estado pela possibilidade de este disciplinar a sociedade através da lei, num apelo quase religioso, que fazia do juiz — obediente ao legislador do governo — um sacerdote da "justiça" e um instrumento do Estado nessa tarefa <sup>(24)</sup>. Logo tinha uma concepção autoritária da ordem legal e do papel do juiz e considerava o Parlamento e os partidos políticos incompetentes para fazer leis <sup>(25)</sup>.

Não sendo aqui o lugar para tratar do tema, não podemos deixar de referir que também Carl Schmitt, doutorado em 1915 e docente em Munique, Greifswald, Bona e Colónia e professor em Berlim entre 1933 e 1945, assumido

<sup>(22)</sup> Entre os documentos apresentados como prova estão cartas dele para e de o Ministro da Justiça e Hitler, no sentido de aceitar — porque a situação era de guerra — a punição de juizes que impedissem a acção da polícia. Numa época em que os presos à guarda dos magistrados eram levados, torturados e executados pelas polícias; não havia recursos; as penas de prisão eram mudadas para penas de morte, etc.

<sup>(23)</sup> Os EUA estavam já em hostilidade aberta com a URSS e não pretendiam desagradar aos alemães. Precisavam de condenações claras dos juizes nazis, mas não podiam ser penas severas e desproporcionadas; até pela debilidade da construção jurídica e da componente judiciária que o julgamento trazia. Verificou-se, aliás, que não havia condições políticas para que as penas fossem efectivamente cumpridas até ao fim

<sup>(24)</sup> Sobre o conceito de *Rechtsstaatlichkeit* ver: Kenneth F. Ledford, *From General Estate to Special Interest: German Lawyers, 1878-1933*, New York, Cambridge University Press, 1996, pp. 1-20; Ingeborg Maus, "Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats", in *Der Bürgerliche Rechtsstaat*, ed. Mehdi Tohidipur, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 13-81; Gottfried Dietze, *Two Concepts of the Rule of Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1973, pp. 9-51; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, trad. Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1978, pp. 313-319; Leonard Krieger, *The German Idea of Freedom: History of a Political Tradition*, Boston, Beacon Press, 1957. "The Doctrine of the Rechtsstaat", pp. 252-261; Peter Caldwell, "National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter, and the Debate over the Nature of the Nazi State, 1933-1937", in *Cardozo Law Review* 16, 1994, pp. 399-427; Ulrich Schellenberg, "Die Rechtsstaatskritik: Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat", in *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, ed. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Heidelberg, C. F. Müller, 1985; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Origin and Development of the Concept of the *Rechtsstaat*", no seu *State, Society, and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, trad. J. A. Underwood, New York, Berg, 1991.

<sup>(25)</sup> A sua permanência na judicatura durante o período nazi deve-se, no princípio, à posição do Presidente Paul von Hindenburg, mas depois vai-se aproximando cada vez mais como professor e juiz das ideias do regime nazi. Mas não é aqui o lugar para analisar o pensamento e a obra de Franz Schlegelberger. Ver Michael Förster, *Jurist im Dienst des Unrechts: Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger, 1876-1970*, Baden-Baden, Nomos, 1995; Eli Nathans, *Franz Schlegelberger*, Baden-Baden, Nomos, 1990; Arne Wulff, *Staatssekretär Professor Dr. Dr. h.c. Franz Schlegelberger, 1876-1970*, Frankfurt am Main, P. Lang, 1991.

membro do partido Nazi <sup>(26)</sup> e colaborador do regime do III Reich <sup>(27)</sup>, foi preso durante vários meses no âmbito dos julgamentos de Nuremberga <sup>(28)</sup> e só porque o inquérito mal conduzido foi inconclusivo acabou por ser libertado sem ir a julgamento.

O julgamento dos juízes alemães num tribunal penal militar de excepção <sup>(29)</sup> por juízes norte-americanos em Nuremberga revela a ausência de imparcialidade e de independência dos julgadores. O filme apresenta uma visão romanceada dessa farsa judiciária representada por actores de grande competência. Dessa película de 1961 pouco se salva para uma análise jurídica objectiva <sup>(30)</sup>. A começar pela legitimidade, jurídica e moral, do julgador norte-americano; havendo

<sup>(26)</sup> O seu partido católico de direita, o *Zentrum*, dissolveu-se para apoiar o Partido de Hitler. Em 1 de Maio de 1933 entra para o partido nacional-socialista, convidado por Heidegger.

<sup>(27)</sup> Defendeu o estado de excepção após o incêndio do *Reichstag* pelo seu partido; uma concepção totalitária de soberania; uma teologia política de deusificação do chefe; considerou o episódio da Noite das Facas Longas em 1934, como “uma forma superior de administração da justiça”; assumiu publicamente e de forma expressa posições racistas e anti-semitas; exerceu cargos que requeriam o apoio e confiança dos dirigentes nazis. O seu poder de argumentação, a filiação católica e a rentabilização do episódio em que é atacado pelo *Das Schwarze Korps*, jornal das SS, em 1936, permitiram que se livrasse das acusações bem fundadas que pendiam sobre si. Carl Schmitt visitou Portugal e esteve na Faculdade de Direito de Coimbra com o grupo germanófilo de Luis Cabral Moncada (*Memórias, Luis Cabral de Moncada. Pessoas, Factos. Ideias, 1888-1974*, Verbo, 1993). Ver Erik Jayme, *Luis Cabral de Moncada und Carl Schmitt*, Mueller C.F., 1998. A palestra proferida na Universidade de Coimbra, durante a II Grande Guerra vem referida na transcrição dos seus interrogatórios no processo de Nuremberga. Ver Gopal Balakrishnan, *The Enemy: An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*.

<sup>(28)</sup> A sua vinda a Portugal durante a segunda guerra mundial insere-se na campanha germanófila a favor do regime hitleriano de alguns sectores do Estado Novo e da sua simpatia por professores ilustres de Direito. Sobre o tema além das obras de António José Telo, João Medina, António Louça, J. P. Avelãs Nunes, Luis Reis Torgal, Irene Pimentel e das teses de mestrado e doutoramento ainda não publicadas, ver Cláudia Ninhos, ““Com luvas de veludo”. A estratégia cultural alemã em Portugal (1933-1945)”, in *Relações Internacionais* (versão impressa), Lisboa, n.º 35, Set. 2012, pp. 103-118.

<sup>(29)</sup> Georg Schwarzenberger, “The Judgment of Nuremberg”, in *Tulane Law Review*, vol. XXI, 1947, pp. 328 e ss., classifica o tribunal de Nuremberga como um tribunal de excepção, cuja excepcionalidade permitia aos julgadores furtarem-se, eles próprios, das leis que estavam a aplicar. Logo na condição de vitoriosos auto-excluam-se da possibilidade de serem punidos pelos mesmos crimes. Por isso, foi uma justiça de vencedores, logo uma injustiça, por não se ter permitido que fosse um tribunal digno desse nome, mesmo nas condições especialíssimas que se viviam então. A comparação com os tribunais especiais criados pelos nazis (*Sondergericht*), nomeadamente o mais famoso de todos, o *Volksgerichtshof* que aplicava a “vontade de Hitler” sem atender a qualquer lei (Ian Kershaw, *Hitler*, tradução Pedro Maia Soares, Companhia das Letras, S. Paulo, 2008, pp. 883-884), apesar de exagerada nos conteúdos, era possível na forma.

<sup>(30)</sup> Paulo Ferreira da Cunha “A Justiça como Virtude”, in *Revista Internacional d'Humanitats*, 13, Universidad Autónoma de Barcelona, 2007, pp. 5-24, loc. de ref., p. 8, coloca o *Judgment at Nuremberg*, entre os filmes que nos fazem pensar na Justiça.

suspeita de parcialidade de juízes que, em condições normais, estariam impedidos de julgar; com condicionamento de testemunhas e intimidação de advogados; passando pela assumida desigualdade de armas judiciais entre acusação e defesa; até à condenação sem prova suficiente e sem norma prévia, em penas gravíssimas de prisão perpétua.

Embora tenha sido uma solução melhor que a execução sumária de pessoas cujos nomes estão numa lista entregue aos comandos militares das tropas de ocupação (como fizeram os EUA no Iraque, continuando numa acção criminosa a executar os seus inimigos sem os levar a julgamento, invocando o estado de excepção a que levou o terrorismo após o 11 de Setembro) — as regras draconianas aplicadas nos julgamentos de Nuremberga não podem ser justificadas juridicamente com a *debellatio* (rendição incondicional da Alemanha) <sup>(31)</sup>.

Julgar juízes em tribunal <sup>(32)</sup> pelo exercício da função de julgar é sempre uma tarefa que se situa entre a ficção e a realidade <sup>(33)</sup>. A ficção do filme é aqui pretexto para analisar a realidade documentada da justiça nacional-socialista alemã <sup>(34)</sup> e as lições que devemos tirar para os nossos dias <sup>(35)</sup>. O necessário

<sup>(31)</sup> Como fez, por exemplo, Hans Kelsen, "The rule against *ex post facto* laws and the Prosecution of the axis war criminals", in *The Judge Advocate Journal*, vol. II, n.º 3, 1945, p. 11; Eyal Benevisti, "The Security Council and the Law of Occupation", in *IDF Law Review*, 2003, p. 8; Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém. Um Relato sobre a banalidade do Mal*, trad. port. de José Rubens Sequeira, 11.ª ed., Companhia das Letras, S. Paulo, 2011, pp. 278 e ss., entendendo que apesar de ser um tribunal de excepção isso era justificado. Ver *Declaração referente à derrotada da Alemanha e Assunção de Autoridade Suprema pelas Potências Aliadas*, de 5 de Junho de 1945. Esta declaração de rendição incondicional e total da Alemanha foi interpretada à luz do Direito Internacional, como uma transferência de soberania para os vencedores (eram eles os titulares dos poderes do Estado) justificando a possibilidade de americanos julgarem alemães na Alemanha por crimes aí cometidos contra cidadãos alemães e as regras excepcionais impostas pela guerra e a ocupação.

<sup>(32)</sup> A magistratura Judicial portuguesa é "disciplinada" por um órgão constitucionalmente previsto, o *Conselho Superior da Magistratura* cuja existência foi contestada por Carlos Fraga, *Subsídios para a independência dos juízes. O caso Português*, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p. 620, por constituir uma possível limitação à independência dos juízes e à consideração dos tribunais como órgãos de soberania, logo expressão máxima do poder político de Estado.

<sup>(33)</sup> Ver Michael Asimov, *Judges judging Judges — Judgement at Nuremberg*.

<sup>(34)</sup> Ver Michael Stolleis, *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*, trad. T. Dunlap, Chicago, University of Chicago Press, 1998; Hermann Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus: Ein Überblick*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1968; Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr, 1968; Angermund, *Deutsche Richterschaft 1919-1945: Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1990; Ingo Müller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, trad. Deborah Schneider, Cambridge, Harvard University Press, 1991; Roberto Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York: Free Press, 1976.

<sup>(35)</sup> Sobre o julgamento de criminosos de guerra nazis na República Federal da Alemanha ver: Bernd Kasten, "Pensionen für NS-Verbrecher in der Bundesrepublik 1949-1963." *Historische*

juízo dos juizes nazis em Nuremberga <sup>(36)</sup> questiona a nossa justiça em democracia, nas diferenças e nas semelhanças com a justiça em ditadura totalitária e genocida, numa situação de guerra.

Um dos temas do filme de Stanley Kramer é o da relação complexa entre o juiz e as leis; tema que requer como questões prévias: a da relação, pessoal e institucional, entre juizes e políticos; e a separação de poderes entre executivo e judicial.

As normas constitucionais e legais de um Estado democrático são a única fonte de legitimidade do juiz na sua função de julgar, pois na arquitectura jurídico-normativa democrática de um Estado, a Constituição, que limita a lei ordinária, deve positivar valores e princípios de Direito traduzidos em regras que defendem, em primeiro lugar, a pessoa humana, única via para chegar à justiça. Daí a importância de prosseguir a personificação do direito constitucional <sup>(37)</sup>, mais pela via da valorização do social-personalismo face ao capital-individualismo que pela densificação de conceitos gerais e relativamente indeterminados como o de “dignidade da pessoa humana” <sup>(38)</sup>.

Não há juizes acima das leis em Estados democráticos de Direito, mesmo que invoquem para isso regras jurídicas ou pretensas qualidades éticas em virtude

---

*Mitteilungen* 7, 1994, pp. 262-282; Andrew Tauber, *Tyranny on Trial: The Politics of Natural Law and Legal Positivism in the Federal Republic of Germany*, Ph.D. diss., Massachusetts Institute of Technology, 1997; Falko Kruse, “Zur justitiellen Verfolgung von NS-Gewaltverbrechen in der Bundesrepublik”, in *Der Unrechts-Staat: Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, Baden-Baden, Nomos, 1979, pp. 164-189; *Im Namen des Deutschen Volkes: Justiz und Nationalsozialismus*, catálogo da exposição, produzido pelo Ministério da Justiça da República Federal Alemã, Colónia, Verlag Wissenschaft und Politik, 1989, pp. 353-452; Hans Hattenhauer, “Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz”, in *Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz: Festschrift zum 100 jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877*, produzido pelo Ministério da Justiça da República Federal Alemã, Colónia, Bundesanzeiger-Verlagsgesellschaft, 1977.

<sup>(36)</sup> Necessário porque apesar de tudo o que tem de negativo uma justiça de vencedores, o tribunal é melhor que a execução sumária. O *Plano Morgenthau*, defendido por Winston Churchill e por Henry Morgenthau Jr., Secretário norte-americano do Tesouro, propunha essa solução radical. Mas venceu a solução judiciária de Henry L. Stimson, Ministro da Guerra dos EUA. Cfr. Smith F. Bradley, *O Tribunal de Nuremberg*, trad. port. Henrique Araújo Mesquita, Livraria Francisco Alves Editora, Rio de Janeiro, 1979, pp. 25-27; Lazard Didier, *O Processo de Nuremberga*, trad. Gaetan Martins de Oliveira, Livraria Moraes Ed., Lisboa, 1965; Joe J. Heydecker e Johannes Leb, *O Julgamento de Nuremberga*, Editorial Ibis e Editorial Brugera (1958), 1968.

<sup>(37)</sup> Ver, v. g., Paulo Otero, “Pessoa Humana e Constituição. Contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional”, in AA. Vv. *Pessoa humana e Direito*, Coimbra, 2009, pp. 349-380.

<sup>(38)</sup> Entre o muito que já se escreveu sobre isto ver Krystian Complak, “Cinco Teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico”, in *Revista da ESMESC*, 2008, n.º 21, pp. 107-120.

do exercício de funções de judicatura, ou se auto-proclamem em melhores condições para fazer justiça por serem juízes. Só o são no tribunal e porque o Estado, isto é, a comunidade politicamente organizada, lhes confere pela lei o exercício de fazer cumprir as leis. A única exceção a este princípio fundamental de Direito é admitida quando essas leis, politicamente legitimadas pela aprovação em Parlamentos eleitos, violam valores identitários do Jurídico, que deveriam estar inscritos, como normas, na Constituição <sup>(39)</sup>.

Além dos activismos judiciários negativos — (tão presentes na pátria irmã brasileira) onde, em alguns casos, magistrados judiciais, usurpando funções de representação popular que só os eleitos podem ter, aplicam soluções (através de sentenças) contra lei expressa em matérias que não se inserem no “mínimo ético” que vincula o legislador; e criam normas, com pretensões de generalidade e de abstracção, através de órgãos administrativos e de gestão do sistema judiciário (como o *Conselho Nacional de Justiça*) que substituem as normas feitas pelos representantes eleitos do Povo <sup>(40)</sup> — existe o servilismo judiciário, que afasta o juiz da lei e do Direito, para agrandar a poderes instituídos.

Todos sabemos, basta conhecer um pouco de Direito e de História, os perigos para a justiça e para a pessoa humana que existem quando, em Estados democráticos de Direito, os juízes se afastam das normas legais e constitucionais para julgarem de acordo com convicções pessoais, ideologias políticas, simpatias partidárias, fé religiosa, amizade ou outros factores, apelando ao “clamor popular” ao “bom senso” e a outros mimos políticos bem entranhados no autoritarismo populista e demagógico. Não há aqui opção fora das regras do primado da lei e dos princípios jurídicos; da vinculação do juiz à lei constitucional enquanto norma justa <sup>(41)</sup>; da tutela jurisdicional dos direitos.

---

<sup>(39)</sup> Mas se não estiverem não deixam de ser igualmente obrigatórias e vinculantes como uma imposição jurídica a cada pessoa no respeito que deve como pessoa, por o ser, a outra pessoa, também por sê-lo. Logo, os limites impostos ao comportamento da pessoa humana em relação a outra pessoa podem não estar positivados em norma legal ou constitucional, desde que sejam regras inerentes aos direitos da pessoa, da sua personalidade, da sua condição humana que constituem património estável do Direito visando a Justiça.

<sup>(40)</sup> Os tiques populistas do judicialismo, próprios de caudilhismos funcionais e de protagonismos narcísicos de juízes-vedetas (enriquecidos na função e funcionando sem controlos democráticos) têm tido ampla cobertura de uma *media* que se constituiu nas nossas sociedades de consumo desenfreado em poder ilegítimo ao serviço do lucro e dos interesses egoístas dos proprietários de agências de criação e de difusão da informação conveniente.

<sup>(41)</sup> Através da interpretação jurisprudencial da norma que permite a adequação ao conflito entre as partes e possibilita a justiça do caso concreto e, nestes limites bem traçados pela Constituição e as regras da interpretação, a criatividade adequada e integradora dirigida ao fim último da concretização do que é justo e possível (Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, 1982). A constitucionalização dos direitos das pessoas para se chegar à justiça na

Na História do Pensamento jurídico com origem nos julgamentos de Roma Antiga, a pergunta é a de saber quando é que as questões morais relativas à defesa da pessoa humana, como jurídicas, impedem os juízes de cumprir as leis? Os teóricos do Estado Constitucional consideram que basta invocar a inconstitucionalidade da lei ordinária para que ela não seja aplicada e assim a solução jurisprudencial possa ser justa e humana.

Mas não basta. Até porque não é apenas uma questão formal de normação e hierarquia normativa; é sobretudo uma questão de Consciência de quem aplica a lei e que requer juízes experientes e cultos, com preparação democrática, capacidade cívica e competência técnico-jurídica. Juízes capazes de auto-crítica e de julgamentos morais sobre o seu próprio comportamento funcional e sobre os efeitos das suas decisões, bem como da sua compatibilidade com as regras de Direito e as exigências dos princípios jurídicos e dos valores da civilidade democrática <sup>(42)</sup>.

---

Teoria do Estado de Direito tem levado à identificação entre constitucionalidade e juridicidade (que leva ao absurdo de considerar as normas constitucionais contrárias às regras jurídicas, aos princípios e aos valores do Direito e ao conceito de Justiça como *inconstitucionais*). Ora, ignorar os limites teóricos desta identificação tem levado a um descrédito da ideia de justiça pela Constituição. Essa descredibilização do “efeito Constituição” na limitação dos abusos dos vários poderes do Estado é preocupante pelos perigos conhecidos de um retrocesso jurídico na defesa da pessoa humana.

<sup>(42)</sup> Refiro-me, por exemplo, à acção do juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), a respeito do caso *Perinçek/Suíça*, em que *Dogu Perinçek*, um professor turco de Direito e presidente do partido dos trabalhadores da Turquia negou a existência de um genocídio dos arménios (não apenas massacres sistemáticos, perseguição religiosa, humilhação étnica, deportações forçadas e fomes programadas, todas elas praticadas pelos turcos otomanos — não de forma dispersa, mas concatenada e com o fim politicamente decidido de exterminar os cristãos arménios) praticado pelo império turco/otomano em 1915 (bem documentado, provado e aceite pela esmagadora maioria da comunidade internacional). Essas declarações feitas na Suíça, sob as vestes académicas, violou a lei suíça que criminaliza como discriminação racial o negacionismo e a tentativa de justificação dos genocídios (e este é um conceito jurídico e um tipo penal bem densificado e delimitado). O TEDH em sentença de 17 de Dezembro de 2013, considerou que essas declarações correspondiam ao exercício da “liberdade de expressão”, logo não podem ser criminalizadas. Tristes juízes que ainda se arrogaram na sentença o direito de fazer considerações comparando o genocídio de judeus e arménios e quase usar como exemplo um Estado pré-confessional como a Turquia, que não tem liberdade de expressão, nem liberdade religiosa, nem respeito pelas famílias das vítimas do genocídio (que a sentença também trata de ofender e banalizar), nem respeito pelo povo curdo que persegue e discrimina. Ao lado do montenegrino Vucinic o juiz Albuquerque votou vencido. O seu comportamento lembra que cabe aos jurisperitos, quando se querem afastar de lei expressa, como a suíça, para julgar estes casos devem hierarquizar os valores jurídicos em presença e o Direito não permite uma liberdade de expressão axiomática e absoluta, sem excepção — mesmo que assim seja no dogma dos políticos — que se sobreponha à defesa da pessoa humana e da sua dignidade como pessoa e como membro de uma comunidade nacional, religiosa, sexual, ou outra (aliás, cabe ao legislador representante

Já não basta atribuir a atitude dos juízes alemães nazis que aplicaram com zelo e competência as leis aprovadas na época pelo Parlamento e pelo Governo alemães eleitos, ofensivas das pessoas humanas em concreto e da Humanidade em geral, contrariando o Jurídico, ao seu positivismo extremo, à sua "fidelidade à lei" <sup>(43)</sup>, sintetizado na máxima *dura lex sed lex* <sup>(44)</sup>. Não existe aqui, na sua atitude funcional como juízes, nenhuma legitimidade kantiana de *imperativo categórico* para explicar os crimes que cometeram <sup>(45)</sup>.

É preciso questionar também a sua militância política a favor do Governo; a sua preparação universitária e cívica; a sua adequação para a função de julgar; a sua ambição de carreira e de ascensão política, social e económica <sup>(46)</sup>; a sua insensibilidade ao sofrimento e à injustiça; a crueldade de personalidades distorcidas e doentias; a perturbação de mentes racistas e genocidas.

Os juízes são, porque de Direito, a melhor, por vezes a única, garantia das pessoas contra um legislador, mesmo que democraticamente legitimado, ofensivo das mais elementares regras de Direito; e contra um chefe político que se considera acima das leis (*legibus solutus*), e ele próprio legislador e juiz supremo de uma nação. O "princípio Fuhrer" era política, legal e socialmente aceite na

---

de cada Povo da Europa censurar como crimes os comportamentos das pessoas nas suas comunidades de acordo com o grau de censura que tais comportamentos individuais têm para o seu Povo, não aos tribunais, sobretudo quando, com a designação de "Direitos Humanos" ofendem com as suas decisões os mais elementares direitos das pessoas humanas). As leis que censuram juridicamente quem nega genocídios e massacres de povos, grupos religiosos, etc., destinam-se a prevenir genocídios e massacres futuros e isso está muito acima do uso da liberdade de expressão para difundir teses e ideias favoráveis ou apenas consentidoras dos genocídios. Se os juízes europeus do TEDU não sabem isso, demitam-se para não envergonharem o Direito Europeu que deviam conhecer e aplicar.

<sup>(43)</sup> Como bem lembrou Kai Ambos, "Os princípios gerais do direito penal do Estatuto de Roma", in Kai Ambos, Choukr, Hassan, Tribunal Penal Internacional, S. Paulo, Ed. RT, 2000, pp. 104-105, as leis de Hitler eram manifestamente anti-jurídicas e os juízes não podiam invocar a obediência à lei (até porque sabiam que isso não passava da tradução normativa da vontade do *fuhrer*), para, aplicando-as, cometerem crimes. Existem valores bem superiores ao da fidelidade à lei.

<sup>(44)</sup> Ver, por exemplo, Igor Pereira, "A Desconstrução da Legalidade no Tribunal de Nuremberg: uma abertura para o Kairós do Perdão", in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 15, 2011, pp. 6 e ss.

<sup>(45)</sup> Como pretendeu na sua defesa Eichmann ao recorrer à formulação de Hans Frank do *imperativo categórico do III Reich*: "aja de tal modo que o Fuhrer, se souber da sua atitude, o aprove". Como lembrou Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém. Um Relato sobre a banalidade do Mal*, trad. port. de José Rubens Sequeira, 11.ª ed., Companhia das Letras, S. Paulo, 2011, pp. 153-154, não se pode confundir Razão Prática e Vontade do Fuhrer.

<sup>(46)</sup> A formação dos juízes; os critérios para o seu recrutamento; o acompanhamento funcional e inspectivo — são temas constantemente discutidos e apurados em democracias que se pretendem consolidadas. Não pode haver aqui tabus ou direitos adquiridos.

Alemanha <sup>(47)</sup> e legitimado por muitos juizes que se consideravam vinculados à *vontade do Fuhrer*, que era considerada a lei <sup>(48)</sup>. Felizmente não todos <sup>(49)</sup>.

Por isso, no artigo 8.<sup>a</sup> do *Estatuto do Tribunal de Nuremberga* ficou exarado como norma <sup>(50)</sup> o princípio da necessária desobediência à lei injusta pelos cidadãos; à lei que leva, quando obedecida, à prática de um crime pelos funcionários públicos; e a sua inaplicabilidade pelos tribunais. A obediência cega e o cumprimento de leis independentemente dos seus efeitos não podem ser invocados como causa exculpativa; quando muito pode constituir atenuante pela coação extrema e irresistível, para quem pratica crimes.

Aí surge a questão crucial: quando é que um Governo eleito numa Democracia constitucional põe em causa o Direito com as leis que aprova? Cabe ao juiz denunciar a falta de legitimidade jurídica, pelo conteúdo e as soluções a que leva a sua aplicação, das normas legais votadas por Parlamentos e governos validados pelas normas constitucionais de legitimação do poder?

Pode ser (ou tem de ser) o juiz a fazê-lo, pois há muito sabemos a diferença entre a inicial legitimidade do título para legislar e governar e a legitimidade de exercício que pressupõe a feitura de leis que não contrariam o Direito e a possibilidade de justiça <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> Como testemunharam pela defesa dos réus-juizes em Nuremberga o Professor Jahrreiss e Gerhard Anschuetz. Em 13 de Julho de 1934, Hitler considerava ser ele próprio o direito supremo do povo alemão para garantir a impunidade dos autores dos assassinatos que ordenara. No discurso de 13 de Novembro de 1934, na Academia Alemã de Direito (*Akademie für Deutsches Recht*), Goering disse: "Hitler é o juiz supremo e único da nação alemã"; a 26 de Abril de 1942 Hitler disse no *Reichstag* que iria destituir todos os juizes que não obedecessem às suas ordens (de seguida o Parlamento aprovou, por unanimidade, uma Resolução que diz ser Hitler a justiça suprema na Alemanha, estando dispensado da observância de leis nessa missão); o ministro da justiça Thierack, em 5 de Janeiro de 1943, escrevia: "O fuhrer é o *chefe da Justiça* e o juiz supremo do povo alemão". O Estado alemão era o "Estado do Fuhrer"; a Constituição e tudo o que ela representa morriam aí.

<sup>(48)</sup> A 17 de Fevereiro de 1943, Rothenberger escreve: "o juiz está, por princípio, ligado à lei. As leis são as ordens dos Fuhrer". Foi Rothenberger que expôs a teoria nacional-socialista sobre a independência dos juizes: deve haver um juiz do Fuhrer que transmita ao juiz do caso a vontade de Hitler, pois ele era o *judex perfectus*.

<sup>(49)</sup> O juiz mais referido como resistente à nazificação do direito positivo alemão na época de Hitler foi Lothar Kressing que foi até ao limite da "desobediência" e depois teve de demitir-se. Kressing, com sólida formação jurídica e humana, nunca aceitou Hitler como fonte de Direito.

<sup>(50)</sup> Artigo 8.<sup>o</sup> do Estatuto do Tribunal de Nuremberga: "O facto de o réu ter agido em cumprimento de uma ordem do seu governo ou de um superior hierárquico não o eximirá de responsabilidade, mas poderá ser considerado atenuante quanto à punição se o Tribunal entender que a justiça assim o requer".

<sup>(51)</sup> Digo "o Direito" e não "uma Constituição" porque a subida de partidos políticos ao poder com maiorias capazes de alterar a Constituição tem, por vezes, como efeito, a alteração da Constituição para se perpetuarem no poder ou para introduzirem regras de criminalização da

Mais uma vez, os teóricos do Estado Constitucional formal dizem-nos que basta que o tribunal constitucional declare a constitucionalidade da lei para que ela seja juridicamente legítima e tenha de ser acatada pelo juiz. Mas não é assim. Porque só na ficção constitucionalista extremada se pode identificar Constituição com Direito e porque, face às características peculiares de julgar do tribunal constitucional, muitas leis consideradas constitucionais nos Acórdãos dos seus juízes violam flagrantemente regras e princípios jurídicos.

Os juízes de Direito que estão nos tribunais judiciais têm de estar aptos e ser competentes para discernir essa violação, sejam quais forem os perigos apontados pelo facto do controlo de juridicidade das leis fugir dos juízes-constitucionais, escolhidos pelos partidos políticos com representação parlamentar, como garantia de uma certa uniformidade do sistema. O controlo de juridicidade das leis pela competência jurisprudencial de juízes nos tribunais judiciais; a variedade de controlos possibilitada pelas leis que tratam o tema; e a impossibilidade de influenciar politicamente juízes escolhidos pelo legislador para julgar as leis, reforça a nossa Democracia e a transparência de um regime político que se pretende Estado de Direito.

Os juízes alemães que se mantiveram nos tribunais, após a subida ao poder de Hitler, a aplicar as leis vigentes no período nacional-socialista, obedeciam à ordem legal estabelecida e nela estavam também as normas inócuas dos nazis. Qual o momento em que cumprir leis feitas pelos legítimos representantes do Povo mas contrárias às regras de Direito e às soluções justas pela norma jurídica tornam o juiz um instrumento de um sistema fora do Direito ou contra ele? <sup>(52)</sup>

A questão não se coloca apenas em ditaduras ou em regimes totalitários, mas tem de ser colocada hoje e aqui, apesar de vivermos formalmente num Estado de Direito Democrático.

Sem se ter chegado a extremos como os que ocorreram no fascismo italiano, no nacional-socialismo alemão, no comunismo soviético, no corporativismo português, os nossos governos democráticos, face às muitas perversões já aceites no sistema político, nomeadamente provocadas pela organização interna dos partidos políticos (que permite a captura do poder por pequenos grupos de interesses e minorias activistas com tradução na legislação), estão a ser crescentemente acusados — pela forma como governam, pelas leis que fazem e pelos

---

oposição política e de perseguição de minorias. Essas experiências políticas de exercício do poder procuram legitimar pela via da norma constitucional comportamentos, atitudes e situações contra regras, princípios e valores de Direito e até a prática de crimes e de atentados aos mais elementares direitos das pessoas.

<sup>(52)</sup> Como é que um cotejo com outros sistemas judiciários ou com o próprio sistema actual na Alemanha pode ajudar a compreender isso? Ver Carlos Fraga, *Subsídios para a independência dos juízes. O caso Português*, Edições Cosmos, Lisboa, 2000.

seus efeitos nos direitos mais elementares das pessoas — de falta de legitimidade democrática e de representação popular válida.

Ora, os jurisperitos não podem ignorar os sintomas crescentes de crise do regime democrático; não podem deixar de prevenir para os perigos de uma organização partidária que afasta as pessoas da militância política e da participação cívica; para os efeitos desagregadores da sociedade a médio prazo resultantes de se governar assim; do descrédito das instituições do Estado e do desrespeito (muitas vezes merecido) dos seus titulares. É essa a sua responsabilidade.

O filme de Kramer sobre o Julgamento dos juizes em Nuremberga recorda-nos a perigosa deriva actual em Portugal, em plena democracia e vigência da Constituição, de uma confusão (ainda não uma promiscuidade) crescente entre o poder político e o poder judicial; um poder político que aceita voluntariamente ser conduzido nas suas decisões governativas pelo poder financeiro, pelas organizações secretas e pelas multinacionais da comunicação social. Uma *informação* que não informa, antes manipula para garantir a influência e o lucro dos empresários da “área da comunicação social”; que controla os decisores que já nada decidem (apenas comunicam o que outros decidiram com um ar importante para serem levados a sério); que decide com critérios próprios a que chama *jornalísticos* (para não fundamentar) o que é importante para colocar no espaço comunicacional <sup>(53)</sup>.

Um dos sintomas estruturais desta dócil e voluntária submissão dos juizes aos outros poderes <sup>(54)</sup> é o acatamento jurisprudencial de juizes formados na opinião pública (com o pretexto do “alarme social”), através de bem conduzidos processos na *media de fabricar verdades*. A presunção torna-se prova e a dúvida certeza. A arrogância dos poderes do Estado em cumplicidade, eufemisticamente designada “colaboração institucional”, tudo permite e tudo aceita.

A nossa capacidade e coragem para lidar com estas evidências e prevenir com firmeza o colapso da independência dos tribunais e as bases da imparcialidade do juiz determinarão o nosso futuro. Os princípios jurídicos que organizam o Estado separando os seus poderes e dando condições de independência aos tribunais e de imparcialidade aos juizes exigindo-lhes deveres muito con-

---

<sup>(53)</sup> Entre a imensa bibliografia sobre o tema ver, Francisco Rui Cádima, *Crise e Política do Sistema de Media*, Editora Media XXI, 2009.

<sup>(54)</sup> Como ensinou La Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, no século XVI, não é o poder que cria a obediência, mas a obediência que cria o poder. No Prefácio de Miguel Benasayag aos extractos desta obra publicados na *Philosophie*, n.º 86, Fev. 2015, são analisadas as novas formas de dominação económica e tecnológica resultantes da nossa servidão voluntária a esses poderes. Não podemos aqui tratar da colonização do homem pela máquina e a sua consequente despersonalização como efeito na aceitação de uma condição humana servil e obediente.

cretos para tal não são apenas conquistas alcançadas ou ideais a atingir, mas resultado de atitudes funcionais e cívicas e comportamentos políticos e institucionais de realização quotidiana.

Entre os discursos repetidos e vazios de políticos desacreditados e não-confiáveis sobre a separação de poderes e a confiança na neutralidade política dos julgadores — cada vez mais retórica político-partidária vazia de conteúdos jurídicos e mero cumprimento ritual de uma formalidade legal — e a realidade do nosso regime esgotada em rotinas onde se aceita o derrube paulatino e sistemático dos valores e dos princípios do Direito que os tribunais deveriam preservar vai uma distância que os demagogos já estão a ocupar com projectos de poder que não escondem <sup>(55)</sup>.

Como é que tudo começa? Quem sabe como vai acabar? Como avaliar a densidade moral de quem julga nos tribunais em obediência aos princípios da civilidade jurídica que séculos e séculos de cultura do Direito construíram arduamente: a presunção de inocência e a sua garantia além da burocracia processual e da sala de audiências, para que tenha valor social; o *in dubio pro reo*, seja qual for a pressão popular da massa conduzida pelos interesses instalados na *media* e o incómodo dos poderosos; a igualdade entre todos os acusados dos mesmos crimes mesmo quando os réus sejam famosos, poderosos, ricos, influentes e usem isso para se inocentarem?

Juízes politizados, a prestar serviços de funcionários na Administração Pública, submetidos pela hierarquia aos governantes (dirigentes dos partidos políticos que ganham as eleições) através de longas e repetidas comissões de serviço (que na boca dos próprios são sempre poucas, sempre excepcionais, sempre insuficientes face ao “muito que os juizes têm para dar ao país” quando não estão juizes, porque façam o que fizerem nessas outras funções, nunca deixam de sê-lo e de ser tratados e referidos como tal) não podem levar a legítimas suspeições de cumplicidade, amiguismo, e protecionismo dos “amigos políticos” quando enfrentam os tribunais? Isso é política a exigir bom senso ou judiciário a pedir prova? É da verdade ou da verosimilhança? Estão esses acusados do poder político-partidário em igualdade de posições — ante o magistrado que julga — com os acusados anónimos, que não integram o ciclo de amigos, de respeitos e de gratidões destes juizes? De que se constrói a imparcialidade e a independência dos juizes? O que determina o impedimento de um

---

<sup>(55)</sup> Não é por acaso que os discursos de candidatos a políticos em novas formações partidárias; de políticos profissionais, com exercício de cargos partidários e institucionais no Estado, a querer ocupar funções maiores e mais atractivas; e de actores políticos conhecidos sedentos de poder e de novos protagonismos — se centra na Justiça, com um conjunto de disparates e buçalidades que agradam à população mais ignorante, preenchem o delírio dos consultores de imagem e marketeiros que apostam da discursaria populista e demagógica.

juiz para julgar colegas directores-gerais, quando era também director geral (em comissão de serviço) do mesmo Ministério no mesmo Governo?

Qual o perigo para a democracia de um poder judicial que é visto pelo vulgo (seja o que for que os jornalistas, comentadores e outros fazedores de opinião digam e façam) como parcial e dependente, por se ter colocado numa situação em que a suspeita é, pelo menos, possível? Qual a corrosão provocada nas instituições judiciárias pela falta de coragem de legislar e de decidir no sentido de tornar estas situações de juízes ao serviço de partidos políticos e de outros poderes do Estado absolutamente excepcionais ou pela especificidade da função requerida ou pelas qualidades extraordinárias e únicas de um magistrado para uma certa (outra) função no Estado que não a de julgar?

Uma Democracia que não discute isto, que não enfrenta estes perigos; que vai pela conveniência institucional, a simpatia pessoal, a cumplicidade política e a pressão dos corporativismos; que segue o *status quo* criado desvalorizando as críticas, mesmo que minoritárias ou isoladas, corre riscos de por muito pouco, por qualquer incidente banal, deitar tudo a perder, abrindo a porta à demagogia populista e ao autoritarismo ditatorial. Mas já pode ser tarde demais...

É preciso vencer medos e superar omissões para discutir o que faz, em concreto (o que dá conteúdo), da função dos juízes de julgar em tribunais os cidadãos que violam leis uma *actividade profissional* que implica a neutralidade axiológica da decisão pela sua subordinação ao comando legal e a imparcialidade do julgador face às partes e a sua independência em relação aos outros poderes. Não uma *actividade política* que, pela substituição da norma legal, ou pela criação jurisprudencial ou pela interpretação apesar da lei, determina a superioridade das concepções subjectivas do juiz sobre os elementos objectivos da lei.

Da mesma forma é preciso pensar se o exclusivo suporte legalístico da acção do juiz é suficiente para que a sua actividade de judicatura seja considerada socialmente apolítica e moralmente neutra. Ou se a aplicação obrigatória da lei (resultante da acção política) na sentença, priva os juízes de densificar o poder judicial como um poder político do Estado independente dos outros? Ou se apesar da aplicação necessária da lei para solucionar conflitos nos tribunais, quando ela é feita através da interpretação axiológica e valorativa das regras de Direito pelos juízes, isso permite maior independência do poder judicial e imparcialidade do juiz?

Nos pilares de um Estado de Direito está a independência dos tribunais; a imparcialidade dos juízes; a competência jurídica dos actores judiciários, mas sobretudo a capacidade e a coragem de agir do julgador em prol da justiça do caso concreto e do respeito pela pessoa humana. Vivemos em estados de emergência não declarados, sem suspender formalmente os direitos, mas aceitando a sua suspensão “temporária”, o retrocesso e a eliminação do já conquistado em nome de futuros melhores. Por isso precisamos tanto de juízes.

Foi este o principal argumento (obediência total do juiz à lei) daqueles que aceitaram a brutalidade nazi como um mal necessário para eliminar os muitos males de que padecia a Alemanha antes de Hitler governar. Quando os juízes se afastam dos princípios jurídicos e aceitam protagonizar políticas públicas governamentais, impostas por lei, através de sentenças o Direito sai de cena e a justiça torna-se impossível. Basta afastar-se um dia e depois todos os dias a distância aumenta e a velocidade do afastamento deixa de ser controlável. Fica a insensibilidade do juiz culpado e a miséria da nação que nisso cai <sup>(56)</sup>.

Foi assim que começou e depois era tarde para parar, para mudar, para voltar ao caminho do Direito. Foi isso que o argumentista pôs o juiz Janning a dizer no filme. Mas esqueceram-se os aliados de dizer a si próprios o que aceitaram para chegar ali: a decisão de matar os inocentes em Hiroshima e Nagasaki; a vingança nas bombas de Dresden; a não concessão de vistos às famílias judaicas sabendo o que as esperava; a passividade face ao Holocausto que conheciam; a humilhação dos vencidos.

Juízes americanos a julgar juízes alemães em tribunais militares norte-americanos por cumprirem leis feitas pelos deputados eleitos da Alemanha a aplicar a cidadãos alemães invocando a barreira moral que os deveria ter impedido de o fazer pressupunha uma legitimidade acrescida que os EUA não tinham (sobretudo para representar a Humanidade através das suas Forças Armadas), nomeadamente se nos lembrarmos das perseguições por delito de opinião no Mac-Cartismo; as leis de discriminação racial e as condenações judiciais, sem provas, de negros por o serem; e de outras vergonhas do sistema judiciário americano dos anos 40 e 50 do século passado. Mas, mesmo assim, com todas as fragilidades, fraquezas, parcialidades e críticas feitas a este tribunal *ad hoc* <sup>(57)</sup> o

---

<sup>(56)</sup> Na cena do filme em que, a pedido de Ernst Jannig, o juiz Haywood vai à sua cela porque lhe quer pedir que acreditasse que ele nunca pensou que o regime iria chegar aos extremos de genocídio, violência e crueldade a que chegou e o juiz lhe responde que tudo tinha começado quando ele como juiz condenou um homem que sabia ser inocente — o que se pretende significar é o perigo do abandono dos princípios que regem a função de julgar pelo Direito para fazer justiça.

<sup>(57)</sup> O “tribunal de Nuremberga” foi criado por um Tratado entre as 4 potências vencedoras da guerra, o *Tratado de Londres*, de 8 de Agosto de 1945. Logo, um tribunal criado especificamente para julgar os criminosos nazis e esgotava aí a sua existência. Não podemos aqui desenvolver os paralelos traçados por Hannah Arendt entre o tribunal de Nuremberga e o tribunal que julgou Adolf Eichmann (Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém. Um Relato sobre a banalidade do Mal*, trad. port. de José Rubens Sequeira, 11.ª ed., Companhia das Letras, S. Paulo, 2011, pp. 278 e ss.). Os juízes israelitas que julgaram Eichmann, em 1962, equipararam os nazis aos piratas, por serem *hostis humani generis* (ver Ana Luisa Riquita, “Do Pirata ao General: velhos e novos *hostis humani generis*”, in *BFDUC*, 2000, pp. 519 e ss.), justificando uma jurisdição universal para os punir; o mesmo no “caso dos reféns” ou “caso List” (Henry T. King, “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, Prospects, War Crimes and Crimes Against Humanity. The

Julgamento dos juizes em Nuremberga era necessário e revelou-se vital para o futuro da nossa civilização e do Direito <sup>(58)</sup>. Em resumo: valeu a pena para lembrar que não pode haver impunidade para aqueles que praticam genocídios e atentam, como fizeram os decisores e executores nazis, contra a dignidade da pessoa humana e o valor da vida de cada pessoa <sup>(59)</sup>.

O Julgamento dos juizes em Nuremberga lembra-nos esses temas, esses riscos, esses perigos levados ao extremo da demência colectiva; aos efeitos da partidocracia na norma legal; à parcialidade da interpretação judicial da lei na sua aplicação; à suspeição do julgador quando serviu o poder executivo em dependência hierárquica ou foi por ele nomeado para cargos de confiança política, sobretudo quando o faz sempre com o mesmo partido político;

A luta do Direito pela pessoa humana na actualidade passa pela memória do que foi o inferno do Holocausto. Não há Humanidade sem essa memória;

---

Nuremberg Precedent”, in *New England Law Review*, 2000, p 284). Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Piratas em Roma e Terroristas na actualidade: a punição de terroristas pelo tribunais universais*, Lisboa, 2010. A norma do artigo 3.º do *Estatuto do Tribunal* não permitia qualquer contestação à sua legitimidade, prescrevendo: “Nem o tribunal, nem os seus membros ou os seus substitutos poderão ser discutidos pela procuradoria ou pelos réus e seus defensores”. Ver também Vladimir Brito, “Tribunais Penais internacionais. Da Arbitragem aos tribunais ad hoc”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 81, 2000, pp. 25 e ss.

<sup>(58)</sup> É comumente aceite estar em Nuremberga a origem de uma justiça penal internacional. Ver *Nações Unidas. Historique du problème de la jurisdiction criminelle internationale*, Nova York, 1949; Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin, *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: De Nuremberga a Haia*, Barueri, S. Paulo, 2004; David A. Blumenthau, *The Legacy of Nuremberg*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2008; Henry T. King, “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, Prospects, War Crimes and Crimes Against Humanity. The Nuremberg Precedent”, in *New England Law Review*, 2000, pp. 282-283. Já antes, no final da I Grande Guerra, o *Tratado de Versalhes* previa a extradição e o julgamento por um tribunal militar dos responsáveis pela Guerra. O primeiro deles era Guilherme II que estava refugiado na Holanda. Esta não aceitou extraditá-lo com o argumento de que o tribunal era militar de vencedores e não um tribunal internacional legítimo.

<sup>(59)</sup> Por isso discordo da opinião de Luís Cabral de Moncada, quando escreveu: “Quis por-se cobro e castigar os crimes e violências de uma nação vencida e levada ao último desespero. Preço: a prática de crimes muito maiores, cometidos a frio, em nome de uma falsa justiça exercida sobre os suspeitos acusados dessa nação, manchados com o mesmo sangue das suas vítimas”. Nem a simpatia germanófila, nem a complacência pela ideologia nacional-socialista, nem a consciência das muitas debilidades do julgamento de Nuremberga podem levar a equipar os crimes cometidos contra a pessoa humana, a Humanidade, o Direito, a justiça e a decência pelos criminosos que governaram a Alemanha de Hitler e os seus cúmplices com o que foi feito em Nuremberga. Não ignoramos o massacre e a humilhação dos alemães após a guerra; as violações, as deportações, a fome e o castigo indiscriminado e racista aos alemães. Defendemos a denúncia de tais crimes e o julgamento dos culpados; mas não à custa do branqueamento e impunidade dos crimes hediondos praticados pelos nazis. O texto citado de Cabral Moncada é hoje usado entre nós como argumento legitimador das teses racistas, anti-semitas e negacionistas do Holocausto difundidas em artigos e publicações auto-designadas “nacionalistas”.

como não há juridicidade sem a condenação total e incondicional dos seus autores e cúmplices; daqueles que negam a existência do *crime maior* da existência humana; dos que permitem que as sementes do ódio final se instalem.

O Direito parece estar hoje em todo o lado. Professores, juízes, procuradores, advogados, jornalistas, causas, questões, polémicas, decisões, discursos inflamados, comportamentos teatrais, congressos, palestras, cursos jurídicos. O Direito está na moda. Só que isto nada tem a ver com o Direito e a justiça, nem com as pessoas e a sua humanidade.

É um circo bem montado e devidamente programado que nos afasta da construção através do Direito de uma sociedade justa pela igualdade de oportunidades e a aproximação dos rendimentos; uma sociedade que saiba educar antes de punir; que aprenda a distribuir por todos e não a acumular muito em poucos; que saiba premiar o mérito e a solidariedade; e consiga colocar os melhores, os mais competentes e capazes ao serviço da sociedade cumprindo o bem comum.

Um circo onde novos ídolos ocasionais surgiram titulados como juristas, usando uma língua sem rigor e uma comunicação de feira que mata o Direito e afasta a Justiça. Surgiu um novo *fascismo leve* ofensivo e intolerante que garante o pensamento único, difundido — com unilateralidade bem dirigida pelos profissionais da comunicação social — como a “causa boa” numa oposição maniqueísta entre modernos e antigos; bons e maus; aceitáveis e excluídos; elegíveis e eleitores.

Ora, a degradação jurídica actual está bem patente nos Manuais de Direito que nada acrescentam ao que está; nas aulas sem professores onde juristas que “dão aulas” cumprem a formalidade de uma pauta curricular cada vez mais desajustada; na arbitrariedade de magistrados feitos políticos; na impunidade de políticos justicialistas; na soberba de legisladores ignorantes do Jurídico.

Hoje igualiza-se (melhor promove-se a igualização), sem pudor e sem escândalo, pessoa e animal pela animalização da pessoa. Animais vivem como pessoas e pessoas como animais, sem um resgate da personalidade do Homem pelo Direito, através da lei. Uma lei sem pessoas dentro, uma pessoa sem protecção da lei. Uma lei que a ofende, a fragiliza, a priva de referências, a coloca em estado primitivo. Uma pessoa de rastos, deitada por terra, fraca e sem palavra.

Só a coragem dos jurisprudentes pode reerguer essa pessoa de que o Direito cuida desde que foi inventado pelos Romanos na longínqua Antiguidade Clássica e hoje cada vez menos se ensina. Só pela cultura jurídica se pode submeter a técnica legalista, impessoal e mecanicista do juiz que ignora a pessoa que há em cada sentença.

A lei a que chamam direito ignora a pessoa que não tem poderes, nem representações, nem interesses. A lei que fixa a ordem das coisas impostas pelos poderosos. O homem comum está sozinho, ameaçado, repartido em funções e

em papéis, sem unidade, sem inserção, sem liberdade. A nossa lei não gosta da pessoa humana; está contra ela e está contra o Direito que a protege. Por isso, numa sociedade assim, a cruzada com êxito de alguns legisladores, magistrados, jornalistas e de muitos professores contra o Direito e a sua cultura histórica e filosófica. Só ignorando a culturalidade do Direito e as bases da juridicidade que aí se aprendem podem esses novos “donos do Direito” ter êxito nessa despersonalização do Homem <sup>(60)</sup>.

Numa sociedade assim desequilibrada, desigual e descontente onde o Direito está submetido à Política, esta à Finança e a Finança é especulação de todo o tipo; onde tudo está à venda e a pessoa só existe como mercadoria — precisamos muito de juízes. Não de quaisquer juízes, mas de juízes que saibam Direito e queiram fazer justiça erguendo-se com as pessoas pela força das regras jurídicas contra a “justiciaria” da força imposta pelas oligarquias partidárias que fazem as leis em nome de pessoas que há muito não representam.

O filme “O Julgamento de Nuremberga”, de Stanley Kramer, ao tratar o tema “julgar juízes” lembra-nos que há pessoas que ocupam o lugar do juiz nos tribunais, mas não são juízes pois essa é uma função soberana com poder de Estado que faz o seu titular; e não o titular que faz a função; e isso é válido tanto em ditadura totalitária como em democracia constitucional.

---

<sup>(60)</sup> Sintomática a selecção de textos de Hannah Arendt, Walter Benjamin, Albert Camus, Martin Heidegger, Hans Jonas, Imre Kertész, Jean Paul Sartre, Simon Weil e outros, feita em, *Les Philosophes face ao Nazisme. Avant, pendant, après Auschwitz*, Philosophie magazine, hors-série, 2015.