

A COMPAIXÃO E O DIREITO DO ESPANTO À REALIDADE

Jorge Rosas de Castro

Juiz de Direito

Quando me foi proposto abordar esta temática das relações entre a compaixão e o direito, deparei-me imediatamente com uma sensação de espanto: como se imagina, um juiz tem todos os anos conhecimento da realização de dezenas de conferências ou ações de formação dentro do mundo do direito; pois devo dizer que nunca tive notícia de nenhuma que se tenha debruçado sobre o papel e a importância da compaixão.

Decerto damos por adquirido que somos todos a favor da compaixão e que já sabemos tudo sobre o assunto¹. Parece-me todavia que temos o dever de pensar e repensar o que fazemos, porventura já repetitiva e mecanicamente, e permita-se-me que diga que um juiz tem esse dever por uma razão acrescida ou específica: é que o seu quotidiano passa por tomar decisões que afetam a vida das pessoas.

É esse o objetivo destes apontamentos - partir despretensiosamente da minha experiência nos tribunais para uma pequena reflexão em torno do papel da compaixão no mundo do direito e em particular no ato de julgar.

*

Podemos atribuir vários sentidos à palavra *compaixão*: podemos vê-la como um sentimento, como uma atitude emocional, como uma virtude; e podemos ainda vê-la como um *valor*, e um valor radicado num projeto civilizacional de feição humana. E neste último sentido a *compaixão* está ou deve estar presente, de algum modo, em todas as dimensões da construção social, e o Direito em sentido amplo não é no fundo outra coisa que uma forma de organização social.

Olhemos a Constituição, conhecida como a nossa lei fundamental: aí está dito logo no artigo 1º que Portugal é uma república baseada na dignidade da pessoa humana, o que implica, como é comumente aceite, uma especial proteção das pessoas mais vulneráveis².

Trata-se de um princípio geral que deve iluminar todo o sistema legal e toda a prática; ora, estou em crer que uma atitude compassiva, de compreensão do outro e de compromisso para com a resolução das causas do seu sofrimento, é um bom instrumento para concretizar o respeito pela tal dignidade da pessoa humana.

Ainda na Constituição, olhemos o conjunto de direitos fundamentais aí previstos, apropriadamente designados já como *trunfos contra a maioria*³. Esses direitos colhem o seu pleno sentido enquanto formas de proteção do cidadão que se encontra em posição de alguma fragilidade – de certa forma podemos pois olhar o conjunto de direitos fundamentais como inspirados por uma ideia geral de evitar a opressão e o sofrimento de cada um, nesse sentido fundados pois numa lógica compassiva.

É inequívoco porém que no nosso regime legal não abundam as referências explícitas à *compaixão*: temos o chamado *homicídio*

privilegiado, com aplicação aos casos em que alguém mata uma pessoa dominado por um forte sentimento de afeto ligado à solidariedade ou à participação no sofrimento da vítima⁴; e fora isso, pouco mais.

Existem todavia outros lugares na lei em que a compaixão pode ser vista como tendo servido de inspiração, ou pelo menos como uma das fontes de inspiração, de certas opções.

Pensemos numa pessoa que está a ser vítima de uma agressão violenta, que reage a essa agressão com o intuito de se defender e nesse contexto não tem outra alternativa que não a de matar o seu agressor – quando a lei nos diz que em situações desta natureza a pessoa que mata não deve ser condenada porque atuou em legítima defesa, está de algum modo, segundo creio, a usar de um prévio e abstrato juízo compassivo⁵. Mal se compreenderia na verdade que a vítima tivesse que assistir impávida ao desenrolar da agressão – todos aceitamos que queira evitar a sua dor ou pôr-lhe fim.

Ou pensemos no crime de omissão de auxílio, que pune quem não presta o auxílio adequado a uma pessoa que, por exemplo por acidente, se encontre numa situação de grave necessidade e em perigo⁶.

Ou pensemos ainda noutra tipo de situações: todos sabemos que é ilícito furtar, roubar, burlar, matar. Mas nem todos sabemos que o titular de uma licença de condução de velocípedes (com motor auxiliar) teve um ano, a contar da entrada em vigor do regulamento anexo ao D.L. n.º 209/98, de 15/07, para requerer a substituição da dita licença por uma outra, de condução de ciclomotores.

Não entrando em pormenores técnico-jurídicos, sempre direi que a lei determina, com potencial aplicação a este tipo de casos, que não deve punir-se quando a pessoa, *sem culpa*, não tinha conhecimento da

proibição⁷. Parece-me aqui, mais uma vez, uma opção informada por uma preocupação de justiça e de compreensão para com quem está numa posição de fragilidade, que toca a esfera da compaixão.

Em todo o caso, é manifesto que percorrendo o nosso regime legal não abundam, como atrás se disse, as referências explícitas à compaixão.

Todavia, bem vistas as coisas, não devemos impressionar-nos muito com essa ausência: afinal de contas, não se conhece também nenhuma norma jurídica que aluda expressamente à *bondade*, e no entanto ninguém duvidará da sua riqueza enquanto valor transversal à nossa sociedade e que deve idealmente perpassar por todas as esferas de atividade.

*

Dito isto, permito-me centrar a minha atenção no papel da compaixão no momento de aplicar a lei e em particular no ato de julgar.

E aqui parece-me que se justifica desde já uma alusão ao que me parece ser um mito em torno dos processos de decisão que se pretendem objetivos e nos quais encontramos as decisões tomadas pelos tribunais: o mito de que a decisão obedece a uma lógica de *razão pura*, sem lugar para a emoção.

É falso - a emoção tem inequivocamente um papel na decisão e também no ato de julgar. A ideia iluminista de que a razão tudo resolve e pode resolver está hoje cada vez mais afastada.

A neurociência tem-se encarregado de demonstrar com critério científico a impossibilidade de separar a racionalidade das emoções. Vejam-se os ensinamentos do Professor DAMÁSIO, a partir do estudo de um grupo de pessoas com lesão numa parte do cérebro responsável pelas emoções: eram pessoas em tudo o resto fisiologicamente *normais*,

se assim pode usar-se o termo, com a exceção de que não sentiam emoções. E para além de não sentirem emoções, estas pessoas, embora tivessem aparentemente intactas as faculdades cerebrais responsáveis pelo funcionamento da razão, não conseguiam decidir - podiam descrever o que deviam fazer, em termos lógicos, mas não conseguiam decidir, nem mesmo coisas simples da vida, como escolher o que comer⁸.

A filosofia, com avanços e recuos, há muito vem também apontando um lugar privilegiado à emoção no processo decisório. Pensemos por exemplo em NIETZSCHE, quando afirma que *a função da razão é permitir a expressão de certas paixões a expensas de outras*. Ou então, bem mais recentemente, em SOLOMON, quando diz que *as emoções são a força viva da alma, a fonte da maioria dos nossos valores (...) e que aquilo a que se chama «razão» são as paixões esclarecidas, «iluminadas» pela reflexão e apoiadas pela deliberação perspicaz que as emoções na sua urgência normalmente excluem*⁹.

A decisão não é pois tomada com base em critérios de razão pura: ou porque a razão pura é coisa que não existe ou porque, existindo, não funciona sem o suporte, em maior ou menor medida, da emoção.

Convoco aqui esta temática, como se antecipa, porque vejo a compaixão também como uma atitude emocional: se as emoções não estão arredadas do processo de decisão, se a compaixão é (também) uma emoção, então não vejo por que motivo havemos de excluir liminarmente a compaixão do processo de decisão judicial.

*

Quando iniciei estes breves apontamentos, uma das primeiras interrogações sobre a qual me vi obrigado a refletir foi esta: a de saber se há então um papel para a compaixão no ato de julgar.

É que um juiz é instruído para julgar com imparcialidade, com objetividade, com racionalidade, sem subjetivismos; e a compaixão, no seu sentido latino comum de *sofrer com*, implica uma aproximação ao outro, que a uma primeira abordagem não parece compatível com o distanciamento que classicamente se espera que o juiz tenha diante o litígio – perante isto, haverá mesmo espaço para a compaixão no momento de julgar?

Uma resposta afirmativa a esta interrogação ocorreu-me porém com evidência.

A compaixão está ou deve estar presente logo na tarefa de *interpretação da lei*.

Penso que as pessoas que não têm contacto com os tribunais estão de um modo geral convencidas que o juiz é um mero e objetivo aplicador da lei e que esta tudo resolve; trata-se evidentemente de um erro.

Desde logo, a lei é frequentemente pouco clara e presta-se a várias interpretações.

Embora existam critérios estabelecidos para guiar o juiz na tarefa de interpretar a lei, ainda assim é possível ter duas ou mais leituras, e a opção por uma delas derivará da maior ou menor importância que em concreto se dê a cada um desses critérios.

Por exemplo, a lei deve ser interpretada considerando, além do mais, a sua letra e a sua finalidade; mas, e se não há uma congruência entre a letra da lei e a sua finalidade? Por que é que o *juiz A*) dá mais importância à letra da lei e o *juiz B*) à sua finalidade?

Será que nessa escolha não interferem aspetos de natureza emocional, ainda que sob a cobertura de um argumento pretensamente racional?

Diz a lei que os danos não patrimoniais, como a dor física ou a tristeza, só são indemnizáveis se, pela sua gravidade, merecerem a tutela do direito¹⁰. Ora, não há um padrão matemático que garanta que o *juiz A)* e o *juiz B)* fazem a mesma leitura dessa lei quanto à definição do que é suficientemente grave a ponto de merecer a tal indemnização.

As maçadas e os aborrecimentos experimentados por uma pessoa que usa carro próprio para ir trabalhar, quando fica três dias sem ele em resultado de um acidente, por exemplo: são suficientemente graves?

Poderei chocar algumas consciências, mas não me custa a acreditar que um juiz que já tenha passado por uma experiência semelhante na sua vida pessoal será mais sensível à valoração daqueles danos e tenderá mais facilmente a considerá-los indemnizáveis. E porquê? Provavelmente porque se sente mais próximo do lesado e melhor compreende a sua situação.

Vejamos agora outro caso.

Há alguns anos atrás discutia-se em Portugal se os avós podiam reclamar em tribunal um regime de visitas aos netos.

Um Tribunal de 1ª Instância considerou que não, que os avós não podiam reclamar um tal regime; e a decisão foi confirmada pela Relação de Lisboa. Aqui temos pois quatro juízes – um na primeira instância e três no Tribunal da Relação – que fizeram uma certa leitura da lei. O Supremo Tribunal de Justiça fez porém uma interpretação diferente, entendendo que sim, que os avós podiam reclamar um regime de visitas aos netos, e eis-nos então diante três juízes que perfilharam uma interpretação diversa¹¹.

Lendo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça percebe-se que este teve subjacente uma interiorização dos valores humanos em jogo, e que os chamou a si no momento de conferir lógica e sentido ao regime legal. É que não havia nenhuma norma que dissesse explicitamente que os avós tinham direito a um regime de visitas ou que os netos tinham direito a que fosse estabelecido um regime de visitas aos avós.

O regime legal que então existia é no essencial o mesmo que hoje existe e no entanto é agora para todos uma evidência que os avós podem em geral reclamar a fixação de um regime de visitas aos netos, havendo *apenas* que discutir se é do interesse destes o estabelecimento de um tal regime¹².

A lei pretende-se ligada à vida e o juiz deve procurar essa ligação; e nessa tarefa a compaixão pode ser uma ferramenta útil, pois zelará por que seja encontrada uma solução que observe critérios de razoabilidade e sensatez à luz dos interesses em geral tidos em vista pelo autor da lei, com certeza, mas à luz ainda dos interesses particulares em causa no concreto processo diante do qual o juiz esteja.

*

Em todo o caso, convirá fazer um alerta, que é este: a compaixão não pode substituir uma estruturação lógica dos fundamentos de direito usados na decisão, pois esta tem que ser capaz de resistir de algum modo a uma contra-argumentação – quero com isto dizer que não pode dispensar o apoio basilar da lei¹³.

Onde a lei tenha um sentido claro, não deve o juiz fazer uma interpretação, digamos, *criativa*, ainda que à luz de um propósito compassivo.

Pensemos num exemplo muito simples: diz o Código de Processo Penal que quando uma testemunha falta deve comunicar a impossibilidade de comparecimento com cinco dias de antecedência, se for previsível¹⁴. Agora imaginemos uma situação, de resto real, em que uma testemunha foi regularmente notificada e falta sem nada comunicar; recebe em casa a notificação da multa que lhe foi aplicada e vem em seguida dizer que se esqueceu de comparecer por andar com problemas profissionais, que enuncia, que lhe provocaram o esquecimento.

Pode o juiz considerar provada a existência dos ditos problemas profissionais, pode acreditar que a testemunha por força deles esqueceu-se do dia em que devia comparecer e pode achar compreensível o esquecimento por tais motivos, mas ainda assim, face à clareza da lei, não deve julgar válida a justificação.

A compaixão não pode pois *substituir* a lei.

*

A compaixão pode ser um instrumento precioso na interpretação da lei, mas estou em crer que o seu domínio de atuação por excelência, no que à administração da justiça concerne, começa no dia a dia da análise da prova.

Em dada altura intervim num julgamento em que o que se discutia era se uma certa mulher fora violada e, tendo-o sido, que pena aplicar ao agressor e em que quantia fixar a indemnização a pagar por ele. Quando ouvida, esta mulher prestou um depoimento pungente: recordo ter ela em dada altura dito com os olhos raiados e os lábios trémulos que jamais esqueceria o *cheiro* do agressor.

Este depoimento impressionante transportou-me para o sofrimento daquela mulher marcada; mas será que isso não me levaria a olhar aquele ato

hediondo de que fora vítima com uma severidade superior à que resultaria da *lei*, afastando-me da equidistância rigorosa que me é exigida em face dos intervenientes no processo?

Mais: esta mulher tinha uma capacidade de expressão dos seus sentimentos acima do comum, mas casos há em que a vítima, ao contrário, tendo passado por situações igualmente graves, não tem semelhante capacidade de expressão, seja por inibição, seja por menor instrução, seja mesmo por deficiência física ou mental, o que levanta dificuldades à comunicação com o tribunal e conseqüentemente ao surgimento de laços compassivos de idêntica intensidade.

Basta pensar numa situação em que o que se discutia era violência doméstica sobre a esposa e maus tratos aos filhos; dá-se o caso que esposa, filhos e arguido eram todos surdos-mudos, com a agravante de que não sabiam ler nem escrever, nem conheciam a linguagem gestual apropriada – comunicavam entre si e com os outros por gestos, sim, mas gestos com significados próprios, o que originou terríveis dificuldades no desempenho da intérprete de linguagem gestual recrutada para a audiência de julgamento.

Esta última situação desperta em si mesma um sentimento de compaixão pelo distanciamento destas pessoas face ao mundo que as rodeia, mas o que aqui pretendo destacar é que esta esposa e estes filhos, podendo também ser vítimas de atos muito graves, tiveram decerto uma extrema dificuldade em transmitir o seu sofrimento – e o mais provável é que não tenham conseguido fazer-se entender em toda a dimensão desejável.

Se a justiça se pretende igual para todos, será que convocar a compaixão para o ato de julgar não originará desigualdades relativas,

nomeadamente e desde logo pela forma variável como os intervenientes em cada processo e em processos diferentes exteriorizam os seus sentimentos?¹⁵

Parece-me que o caminho a trilhar neste ponto é o de que o juiz deve procurar encontrar em cada caso de vida que lhe é apresentado as bases para o funcionamento do juízo compassivo, na medida do que razoavelmente estiver ao seu alcance, e na certeza de que haverá processos em que o consegue e outros em que o não conseguirá tanto; mas essa é uma contingência inerente ao ato de procurar julgar com acerto – umas vezes consegue-se, outras nem por isso.

*

Vejamos outra situação no que diz respeito à *análise da prova*.

Havia elementos num dado processo que sugeriam que duas crianças haviam sido vítimas de abuso sexual por parte do companheiro da mãe.

As crianças tinham sido ouvidas na fase processual anterior, cerca de um ano antes, mas havia pormenores nos seus depoimentos que, numa visão objetiva e desapaixonada, justificavam uma clarificação para efeitos de *prova* no processo, e desta clarificação poderia depender o sucesso da acusação.

Todos os elementos de psicologia infantil e do desenvolvimento indicavam que as crianças estavam em fase de esquecimento dos episódios traumáticos em causa e que portanto, se de novo ouvidas, reviveriam a situação e retrocederiam nos ganhos, difíceis, entretanto conquistados.

Pergunta-se: que faz um juiz nesta situação? Olha para a prova que tem e, vendo como conveniente ouvir as crianças, ouve-as de novo, *no matter what?*

Estou certo de que ninguém censurará o juiz que decidiu avançar com o processo aproveitando em medida máxima a prova de que já dispunha, mesmo correndo o risco da sua insuficiência para a condenação, mas poupando as crianças ao renovar do seu sofrimento; e estou certo também que ninguém duvidará que interveio neste seu processo de decisão um juízo compassivo.

*

É minha convicção que a imparcialidade, a objetividade e a racionalidade que se espera sejam características da atuação quotidiana de um juiz não são incompatíveis com uma postura compassiva; direi mesmo que para se decidir acertadamente, isto é, com justiça, é essencial ter-se uma postura compassiva, isto é, *ser-se capaz de se colocar no lugar do outro*.

Estou certo que a larga maioria de nós, se tivesse que ir a tribunal resolver algum problema na sua vida, preferiria encontrar um juiz que fosse capaz de se colocar no nosso lugar, e não um outro que olhasse a causa com um distanciamento frio. Ao assim atuar o juiz não deixa de ser imparcial, pois do mesmo modo que se coloca no lugar de cada um de nós, tem também que conseguir colocar-se no lugar da contraparte, se esta existir, e analisar todos os lados da questão imbuído desse espírito.

E este é um ponto que me parece importante realçar: o reconhecer-se um lugar para a compaixão no ato de julgamento não significa que o juiz se ponha do lado mais fraco, se me é permitida a expressão.

Pensando em termos de processo criminal, a compaixão tem um espaço de atuação quando o juiz olha a vítima, mas tem também um espaço de atuação quando olha a pessoa que está a ser julgada.

Uma situação que acontece com alguma frequência é o roubo de telemóveis a adolescentes nas imediações de escolas. Imaginemos então um adolescente de 12 anos que vai tranquilamente a caminho de casa e que é abordado por um grupo de quatro ou cinco indivíduos, alguns dos quais munidos de navalhas, que o obrigam sob ameaça a ceder o telemóvel. É indiscutível que todos teremos um sentimento de compaixão para com esta vítima, que se viu a braços com um momento muito delicado e potencialmente traumático.

Pensemos agora num dos indivíduos que cometeu o roubo.

A uma primeira aproximação não merece sentimentos compassivos. Mas vejamos melhor e suponhamos que este indivíduo tem 16 anos, não tem perfil de líder, é permeável à influência do grupo por razões de integração social, sempre teve uma família desestruturada, ninguém se interessou alguma vez por ele na escola; e uma vez em tribunal reconhece o seu comportamento e manifesta-se envergonhado e arrependido.

É certo que outra pessoa, na situação deste arguido, poderia não ter cometido o roubo, mas a verdade é que a sua situação tem que ser ponderada e nessa ponderação haverá lugar para um juízo compassivo que nos permita perceber, tanto quanto possível, por que é que atuou como atuou, podendo ter atuado de outra maneira, e que permita ainda encontrar a sanção mais adequada de forma a promover uma sua mais eficaz reinserção social.

*

A compaixão está ou deve estar presente nos tribunais e não podemos excluir ou menosprezar a sua relevância em nenhum tipo de processo, nem em nenhuma fase processual.

Pensemos por exemplo na fase de inquérito no processo criminal, que é dirigida como se sabe pelo Ministério Público.

Imagine-se o caso, real, em que um homem conduzia uma viatura automóvel com a esposa ao lado; seguia a uma velocidade um pouco exagerada e não reparou em sinalização que alertava para a redução um pouco mais à frente da largura da faixa de rodagem, por força de obras que estavam em curso; entrou em despiste e a esposa morreu.

Este senhor ficou desolado pela perda, e além de ficar desolado pela perda ainda viu ser-lhe instaurado um processo-crime: tinha atuado de forma descuidada e estavam inequivocamente verificados os pressupostos do chamado homicídio por negligência¹⁶.

Quando ouvido pelo Ministério Público, na qualidade de arguido, este senhor, num estado de prostração, disse qualquer coisa como: «*sou culpado*», «*que é que lhe posso dizer?*», «*faça-me o que quiser*».

Creio que o Magistrado do Ministério Público compreendeu o drama terrível deste senhor, e concluiu que nada de suficientemente importante justificaria levar a julgamento alguém que já sofrera e sofria uma tão penosa sanção – e promoveu então a chamada suspensão provisória do processo, que viria a receber a concordância do juiz¹⁷.

Situação semelhante pode verificar-se por exemplo quando um pai, por um erro próprio lamentável, perde um filho.

O sistema de justiça tem por definição que tentar lidar com todas as situações de forma justa, e sentida como justa pela generalidade dos cidadãos em nome de quem é aplicada, e neste tipo de casos isso passa

seguramente por um forte sentido de compaixão - ninguém compreenderia que o sistema penal atuasse com toda a sua severidade diante uma pessoa já de si tão penalizada e fragilizada.

Não pode decidir-se em função da vontade popular, mas quem decide também não pode ser indiferente ao sentimento dominante, sob pena de se verificar um divórcio total entre o discurso jurídico e o discurso social, com o que isso implica em termos de perda de legitimação da autoridade do tribunal, o qual, importa não esquecer, administra a justiça *em nome do povo*¹⁸.

*

A chamada jurisdição de menores, por outro lado, é também pródiga em situações que despertam sentimentos de compaixão, como sucede quando um ou ambos os pais se afastam totalmente dos filhos, permitem que eles cresçam por exemplo com os avós e depois, sentindo-se pessoas *regeneradas*, surgem anos mais tarde, querendo de um dia para o outro resgatá-los a quem deles cuidou e os amou no entretanto.

Cito a este propósito um caso ocorrido nos Estados Unidos, relatado num livro que tem o sugestivo título *The other side of the law – the power of compassion in making tough legal decisions*; garanto que há situações desta natureza em Portugal, mas cito este exemplo estrangeiro pelos seus contornos particularmente caricatos.

Um casal tem três filhos. A mãe a dada altura decide partir sozinha, alegando que tem o direito de *viver a vida*. Dá-se o divórcio e o pai fica com os três filhos e cuida bem deles; passam-se vários anos – e note-se que *vários anos* é mesmo muito tempo na vida de uma criança.

Entretanto a mãe sente-se uma *mulher nova* e regressa, reclamando a guarda dos filhos; o pai opõe-se, querendo manter a guarda.

Já em tribunal a mãe diz que o filho mais velho não é filho deste seu ex-marido. Faz-se um exame de paternidade e conclui-se que na verdade este senhor não é o pai. E logo de seguida a mãe diz que os dois outros filhos, afinal, também não são filhos do seu ex-marido. Fazem-se novos exames de paternidade e a conclusão é a mesma: este senhor não é o pai de nenhuma das crianças.

Apesar do resultado dos exames e de ter ficado convencido que na verdade não era o pai, o marido continuou a dizer que queria a guarda das três crianças, tal a ligação afetiva que tinha para com elas.

Ora, a justiça norte-americana atribuiu a guarda a este homem, no que foi uma decisão então inovadora no Tennessee, por ter entregado três crianças a alguém sem laços familiares, no confronto com a mãe biológica¹⁹.

Estou convencido que na decisão tomada pesou um profundo sentimento de compaixão em relação ao que seria o sofrimento destas crianças se se vissem privadas da sua figura de referência, em favor de alguém que para elas era uma estranha, e ao que seria ainda o sofrimento de um *pai*, no sentido afetivo do termo, ante a retirada das crianças.

*

A compaixão é em suma uma ferramenta útil para abrir caminho à verdadeira compreensão do que está em causa em cada processo, para melhor aplicar o sistema legal, para apreender as vivências em causa e para ter a perceção das consequências da decisão sobre a vida das pessoas²⁰.

Isso não significa, porém, que o juiz não deva ter cautelas no uso deste recurso; é que a tarefa que tem em mãos é demasiado séria para ser deixada sob o comando como que de uma *jurisprudência do sentimento*.

Compreender as pessoas que tem diante de si e estar aberto aos pormenores humanos dos seus dramas é uma coisa; coisa muito diferente é perder uma visão crítica e objetiva de todo esse quadro.

Basta pensar no seguinte: para se ter compaixão pela situação de uma pessoa é preciso que *acreditemos* no que essa pessoa nos diz ou nos contornos da realidade que aparentemente é a sua. Mas o juiz não pode *acreditar na pessoa que surge diante de si por ter uma intuição compassiva de que é verdade aquilo em que acredita*.

A história que é contada dessa concreta pessoa pode até ser verosímil em abstrato, mas é preciso depois que seja sustentada em *provas* objetivas e apreciadas de forma crítica. A compaixão tem pois que ser informada por uma visão correta e o mais exata possível da realidade²¹. Pensemos num processo de impugnação da paternidade. Temos uma criança que nasce na vigência de um casamento; e quando isso sucede a lei presume que o pai é o marido da mãe²². Se o presumido pai não aceita a paternidade, pode pô-la em causa propondo o chamado processo de impugnação de paternidade; foi o que sucedeu neste outro caso que relatarei. A mãe contestou a ação, dizendo que o marido era efetivamente o pai e não podia ser outro o pai pois não tivera relações sexuais com outro homem durante o período legal da concepção.

Como habitualmente, fez-se um exame pericial, que concluiu, com um grau de certeza de quase 100%, que o marido não era efetivamente o

pai; pese embora este resultado inequívoco, a mãe continuou no processo a sustentar insistentemente que o pai só podia ser o marido.

Em circunstâncias normais, isto é, não havendo nenhuma razão objetiva para duvidar da forma como o exame pericial foi feito – e nenhuma razão objetiva foi invocada no processo em abono dessa ideia – é difícil acreditar na mãe, por muita abertura compassiva que possamos ter: aqui temos uma história que em abstrato é verosímil, que é sustentada com afincos e convicção, mas que aparentemente não resiste a um exame objetivo da prova.

Ainda assim o juiz deste processo, face à posição insistente daquela mãe mesmo ante um resultado pericial tão categórico, entendeu ordenar a feitura de uma segunda perícia, porventura movido por razões de alguma compaixão e nomeadamente numa lógica de pacificação total daquela mãe.

Estamos habituados a um trabalho competente por parte do Instituto Nacional de Medicina Legal, mas pode em tese haver uma troca involuntária de amostras; quem sabe...?

*

Da mesma forma que há juízos compassivos que não resistem ao embate crítico da prova, também há prova que por vezes se produz num sentido que a nossa capacidade de compreensão dificilmente alcançaria.

Conta-se a história de um juiz que estava há uns anos num mesmo tribunal e que em dada altura se apercebeu que havia um indivíduo que lhe aparecia frequentemente como testemunha de acidentes de viação; gerou-se-lhe evidentemente a suspeita de que se tratava de alguém que

se prestava ao *favor* de depor em tribunal sobre assuntos que não conhecia.

O meu colega, num dos julgamentos, manifesta a sua estranheza à testemunha, que lhe garante todavia que *quando diz que viu, é porque viu*.

Um dia mais tarde o meu colega ia no seu próprio carro e batem-lhe por trás; para o veículo e vai verificar os danos juntamente com o indivíduo que vinha a conduzir a viatura que lhe embatera. Nessa ocasião o meu colega sente uma palmadinha no ombro: era a dita testemunha, que ainda lhe disse qualquer coisa como – *está a ver como eu falo verdade?*

Serve isto para dizer que assim como uma leitura compassiva não dispensa o exame crítico das provas, o facto de uma dada situação não nos despertar compaixão não significa necessariamente que a estejamos a analisar de modo correto. Convirá portanto encontrar o justo equilíbrio no recurso à compaixão no processo decisório.

Repito: a compaixão não pode substituir uma leitura crítica da prova.

E isto desde logo porque o uso da compaixão por duas pessoas diferentes, ante um mesmo caso, não conduz necessariamente ao mesmo resultado.

Recordo um processo em que se discutia se duas crianças deviam ou não ser retiradas aos pais.

É sempre uma decisão penosa pelos seus efeitos terríveis; ainda que venha a revelar-se a prazo como a melhor solução, não há dúvida que no imediato há ali muito sofrimento: sofrimento dos pais (ainda que negligentes, não deixam de ser os pais e de sentir a rutura) e sofrimento dos filhos (mesmo cuidados de forma deficiente, não deixam em regra

de sofrer com a separação, por não terem outra figura de referência e de vinculação afetiva).

Pois bem, neste caso que tenho em mente dava-se a circunstância agravante de os filhos já terem sido alvo de uma retirada anterior também por negligência dos pais e de, após algum tempo numa instituição, terem acabado por regressar a casa, por ter sido em dada altura entendido que os pais já reuniam condições suficientes para acolherem os filhos e deles cuidarem.

Sujeitar os filhos a uma nova retirada era brutal – uma leitura compassiva por alguns sugeriria pois que se evitasse essa solução radical e se insistisse pelo trabalho na família, afastando as crianças de uma nova crueldade (quem já assistiu ou viveu uma situação dessas, como sucede com os técnicos da segurança social, descreve o episódio como tremendamente traumatizante para todos e nomeadamente para as crianças).

Manter os filhos dentro da família, contudo, significaria o risco de continuar a fracassar o projeto de reeducação e reinserção dos pais e comprometer definitivamente qualquer possibilidade de eventual adoção destas crianças, pelo tempo que entretanto decorreria, dado que se sabe que é em geral muito difícil encontrar adotantes para crianças mais velhas – uma leitura compassiva por outros sugeriria pois que estas crianças mereciam *pais novos*, um resto de infância digno e um projeto de vida consistente.

Qual das leituras compassivas é a mais acertada?

Não acreditando, face às evidências do processo, na capacidade regeneradora destes pais, optei pela retirada e por encaminhar estas

crianças para adoção, que veio a concretizar-se, e tanto quanto sei com sucesso – o sucesso possível.

O que me parece ser aqui de sublinhar é que o juiz não pode deixar-se dominar pelo *seu* sentimento de compaixão; seguir esse caminho significaria com efeito prestar-se a administração da justiça a um insuportável subjetivismo. É certo que o juiz tem a sua própria mundividência e não é um ser quimicamente puro; mas o rigor no ato de julgar passa aqui por estar ciente dos seus pré-conceitos e evitar na máxima medida possível que eles inquinem o processo decisório²³.

Estar desatento aos seus pré-conceitos pode levar o juiz a ser involuntariamente dominado por eles e a condicionar o modo como vê e fixa os factos que dá como provados ou como não provados (e quem anda nisto dos tribunais sabe que é na decisão quanto aos factos que na maior parte das vezes é traçada a sorte final da causa).

O rigor e a imparcialidade do ato de julgar advêm do conjunto de vários fatores, entre os quais figuram a formação e a personalidade do julgador, decerto, mas ainda e também, repito, uma atenção, que deve estar presente, aos seus próprios pré-conceitos, que podem condicionar até o modo como o sentimento de compaixão se forma no seu espírito e a inclinação decisória que dele pode decorrer.

Pensemos de novo no caso das crianças que são retiradas aos pais e colocadas numa instituição de acolhimento.

Não posso dizer aberta e comprovadamente que haja juízes que pela sua formação pessoal, pela sua personalidade ou pela sua experiência sejam mais «*pró-família biológica*» e outros mais «*pró-adoção*», nem é isso que aqui nos deve ocupar.

O que posso dizer é que, olhando à minha experiência pessoal, vejo hoje a retirada das crianças da família biológica com uma abertura diferente da que tinha no início da carreira e suspeito que nesta minha trajetória influenciou a mudança em dois pré-conceitos.

Um, é o de que por regra as famílias biológicas têm capacidade e vontade para reunir competências em ordem a ocuparem-se dos filhos: não é verdade – algumas terão, outras não e neste domínio convém não ter uma visão romântica à partida e importa que sejamos exigentes. Outro pré-conceito é o de que as instituições de acolhimento de crianças representam sempre um ambiente hostil: também não é verdade – o conhecimento que tenho de algumas instituições fez-me entretanto perceber que, com tudo o que as limita e as caracteriza como lugares de transição, são muitas vezes espaços acolhedores, de rosto humano, onde as crianças encontram atenção, carinho e colo que não têm nos seus agregados de origem.

O que pretendo sublinhar na economia deste texto é apenas isto: temos que estar atentos aos nossos pré-conceitos, pois caso contrário eles influem subtilmente na nossa ponderação.

O sentimento de compaixão pode orientar-nos no sentido de acolher uma determinada decisão, mas temos que nos certificar que o sentimento de compaixão não está imbuído de pré-juízos; isto por um lado. Por outro lado, temos ainda que certificarmo-nos que não foi *apenas* o sentimento de compaixão, o *nosso* sentimento de compaixão, que nos guiou, mas que o exercício da compaixão no sentido a que nos propomos tem o apoio das provas, lidas na sua objetividade possível.

Aliás, o uso da compaixão em si mesma e por si só não resolve tudo e não conduz necessariamente a uma correta e específica solução. Um

caso de perfil caricatural com interesse nesta matéria é este: o que fazer se nos depararmos com um animal que está doente e em sofrimento, na rua? Dez pessoas diferentes, todas elas motivadas por um sentimento de compaixão, poderão apresentar dez respostas, desde enviar o animal ao veterinário, até matá-lo imediatamente²⁴.

*

Agora noutro plano: a presença da compaixão no ato de julgar não pode equivaler a uma verdadeira *partilha* do sofrimento.

Imagine-se por exemplo um juiz que trabalhe exclusivamente na área da família e menores - todos os dias tem à sua frente relatórios sociais sombrios sobre a vida de pais e filhos. Pede-se-lhe evidentemente que leia esses relatórios com atenção e na maior parte das vezes este juiz tem ainda que falar com estes pais e com estes filhos e contacta à sua medida com as suas realidades, tantas vezes atravessadas por um enorme manto de tristeza a vários níveis.

Ou imagine-se o juiz de um tribunal do trabalho, que lida diariamente com despedimentos, situações de drama que por vezes passa por despedimentos coletivos que envolvem casais sem outra fonte de rendimento.

Ou imagine-se ainda e em abstrato um juiz que conviva no seu quotidiano com problemas de abuso de crianças, de violência doméstica, de criminalidade altamente violenta, situações no fundo que trazem consigo um grande peso emocional.

Nenhum destes juízes pode partilhar a dor no pleno sentido que a palavra *partilha* contém.

É que se o fizer, o que muito provavelmente acontecerá é o seu progressivo esgotamento, pois ninguém consegue suportar sozinho tanto sofrimento.

Está aliás documentada a existência da chamada *Síndrome de Burnout*, que afeta profissionais que estão sujeitos a uma tensão emocional crónica, que no limite leva a um colapso psíquico, mas que pelo caminho vai gerando espaços de exaustão emocional, que passam, note-se, por atitudes de indiferença, indiferença nomeadamente em face do sofrimento alheio.

É um problema que foi observado inicialmente em profissionais como os médicos, os enfermeiros, os psicólogos, os professores, os assistentes sociais, mas entretanto vai sendo apontada a outras áreas, e não me custaria muito acreditar na sua existência entre magistrados. De resto, um estudo divulgado há alguns anos nos Estados Unidos apontou o que designava por sintomas de *compassion fatigue* a propósito de juízes, estudo esse segundo o qual, aliás, digo-o a título de curiosidade, os sintomas manifestavam-se proporcionalmente mais em juízas que em juízes²⁵.

Um juiz que esteja diariamente sujeito ao contacto com problemas emocionalmente delicados, parece-me, tem mesmo que cultivar alguma distância, desde logo para sua própria proteção, e para continuar a ter capacidade para absorver os detalhes humanos de cada caso, isto é, para continuar a ter capacidade de exercer competentemente a sua função.

*

Antes de avançar para algumas considerações finais, permitam-me uma palavra a propósito do ensino do Direito.

O ensino do direito deve ser orientado também de uma forma compassiva.

Não quero com isto dizer que os senhores professores só devam dar boas notas aos alunos... Uma postura compassiva da sua parte nesse capítulo pode passar precisamente por dar uma nota baixa ao aluno como meio de o estimular a estudar o que antes não estudou. Não é a isso que me quero referir.

O que pretendo dizer é que o ensino do Direito deve ter uma componente prática muito intensa no que diz respeito à compreensão de que não se trata apenas de aplicar a *lei A*) ou *B*), desta ou daquela maneira: trata-se de decidir da vida de pessoas com rosto, e de perceber que decidir desta ou daquela maneira tem consequências específicas.

E isto leva-me a enaltecer a pertinência de um ensino centrado em *casos*, muito ao gosto anglo-saxónico, articulado com uma educação estribada em valores.

Falo a partir da experiência que tive enquanto estudante há vinte anos atrás. Não posso deixar de dizer que sempre me fez um pouco de confusão ter andado cinco anos na Universidade sem ver um processo, sem assistir a um julgamento, sem ler um relatório social – a *law in books* é essencial, como estruturação sólida de conhecimentos, mas entendo que é na Universidade que deve também começar a aprendizagem da *law in action*, fazendo os alunos perceber, logo numa fase inicial, que ao longo das suas vidas vão fazer, interpretar e aplicar leis dirigidas a pessoas concretas, e com consequências.

*

Perpassou por estas linhas a discussão dos lugares, das vantagens e das virtudes da compaixão no direito e em especial no ato de julgar, mas

também a enunciação de alguns dos seus perigos, o que me leva ao ponto de partida: deve ou não a compaixão estar presente no ato de julgar?

A esta interrogação reitero a resposta afirmativa antes enunciada: a compaixão é um valor fundacional da nossa civilização, radica em última análise na dignidade da pessoa humana, tem uma vocação transversal a todo o sistema e deve por isso ser empregue (também) pelo juiz.

Uma pessoa sem compaixão, arrisco-me a dizer, dificilmente será uma pessoa capaz de entender o outro e uma pessoa incapaz de compreender o outro não pode ser um bom juiz. A vida entra pela sala de audiências adentro – quase tudo passa ali à frente. E cada caso, cada pessoa, traz a sua história.

Uma rigorosa compreensão da posição de cada um supõe que no início de cada litígio o juiz faça sempre, de certo modo, a mesma pergunta que surge na primeira frase do *Hamlet*, de Shakespeare - *Quem está aí?* E supõe que ouça a resposta.

Mas para isso é preciso algo que escasseia, e gostava de deixar esta nota: é preciso tempo - tempo de reflexão.

Vive-se hoje, praticamente em tudo, o primado da rapidez e da suposta produtividade.

No caso da Justiça, o processo entra hoje em tribunal e quer-se a decisão amanhã, e por vezes sob uma intensa pressão da comunicação social.

Mesmo na avaliação curricular do trabalho dos juízes, percebe-se que de um modo geral é dada uma importância cada vez maior ao chamado *data supra*, isto é, ao despacho feito no próprio dia em que o

processo é levado ao juiz. Ou então à estatística: o juiz termina mais processos que aqueles que lhe são distribuídos? Então em princípio é um bom juiz. O juiz despachou este ou aquele processo com algum atraso ou não apresenta um bom saldo estatístico? Então poderá ter que ser penalizado.

Estas são neste ponto apenas ideias gerais que servem para fazer uma alusão a que o ato de julgar, e sobretudo o ato de julgar *compassivamente*, requer tempo de amadurecimento, tempo este que, não podendo evidentemente ser excessivo, demanda um equilíbrio a considerar em que a nota dominante deve ser a da qualidade intrínseca da decisão – a justiça quer-se rápida, mas não apressada.

*

Dizer que o juiz deve compreender a dor de quem se lhe apresenta não significa, como atrás ficou já dito, que possa incorporar em si próprio a dor de todos os que se lhe apresentam: tem inevitavelmente que guardar um certo distanciamento; se se quiser, o *distanciamento* de um *espectador atento*.

Digo *distanciamento*, pois de outro modo, para além de muito provavelmente enveredar por um caminho de intenso e censurável subjetivismo, corre o sério risco de a médio prazo ficar emocionalmente esgotado e, por contraditório que possa parecer, imune ao sofrimento que inicialmente tanto valorizaria.

Mas digo também *espectador atento*.

Se assim actuar, o juiz não vê cada processo como um conjunto de papéis, mas antes como a expressão de um drama que importa resolver, e resolver de uma forma humana, privilegiando na medida do possível a substância em detrimento da forma; estará mais bem

habilitado a ler a lei à luz dos valores que lhe estão subjacentes e a pensar na vida a que a lei se destina; e conseguirá compreender melhor a posição dos intervenientes no processo – de todos eles -, bem assim como as consequências da sua decisão.

Se assim actuar, proferirá certamente decisões mais justas e mais pacificadoras junto da comunidade a que se destinam.

Há todavia um equilíbrio que não é fácil entre a aproximação ao caso concreto e o distanciamento do caso concreto.

Aproximação e distanciamento, vetores de sentido oposto mas ambos paradoxalmente condições de um julgamento justo.

E termino com palavras de Fernando Pessoa que creio poderem ser lidas como expressão deste paradoxo da aproximação *versus* distanciamento entre o juiz e a realidade²⁶:

(...) a ruptura, que procurei, do meu contacto com as coisas – levou-me precisamente àquilo a que eu procurava fugir. Eu não queria sentir a vida, nem tocar nas coisas, sabendo, pela experiência do meu temperamento em contágio do mundo, que a sensação da vida era sempre dolorosa para mim. Mas ao evitar esse contacto, isolei-me, e, isolando-me, exacerbei a minha sensibilidade já excessiva. Se fosse possível cortar de todo o contacto com as coisas, bem iria à minha sensibilidade. Mas esse isolamento total não pode realizar-se. Por menos que eu faça, respiro, por menos que aja, movo-me. (...)

**

*

- 1 | SCHROEDER, Mary M., «Compassion on appeal», *Arizona State Law Journal*, vol. 22 (1990), pg. 45.
- 2 | MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, 2ª ed., Coimbra Editora, pg. 84.
- 3 | NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais – trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora (2006).
- 4 | Artigo 133º do Código Penal; cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Coimbra Editora (1999), t. I, pg. 52.
- 5 | Artigo 32º do Código Penal.
- 6 | Artigo 200º do Código Penal.
- 7 | Artigo 16º, nº 1 do Código Penal.
- 8 | DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes*, Lisboa, Círculo de Leitores/Temas e Debates (2011) e GOLEMAN, Daniel, *Inteligência Emocional*, Lisboa, Círculo de Leitores/Temas e Debates (2011), pg. 49.
- 9 | Cfr. sobre a matéria ALMEIDA, Onésimo Teotónio, prefácio à *ob. cit.* de GOLEMAN, pgs. 10-1.
- 10 | Artigo 496º, nº 1, do Código Civil.
- 11 | Ac. do STJ de 3/03/1998, *Colectânea de Jurisprudência/Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano VI, t. I, pgs. 120-1.
- 12 | Ac. da RL de 17/02/2004, Proc. nº 7958/2003-1, www.dgsi.pt – acesso em 21-10-2013.
- 13 | CLOUD III, A. Morgan, «Introduction: compassion and judging», *Arizona State Law Journal*, vol. 22, nº 1 (1990), pg. 18.
- 14 | Artigo 117º, nº 1.
- 15 | AVGOUSTINOS, Costa, «The compassionate judge», *Public Space: The Journal of Law and Social Justice* (2007), vol. 1, pg. 12.
- 16 | Artigo 137º do Código Penal.
- 17 | Artigo 281º do Código de Processo Penal.
- 18 | Artigo 202º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.
- 19 | MARKS, Bill G., *The other side of the law – the power of compassion in making tough legal decisions*, Author House (2008), pgs. 1-7.
- 20 | GARLIKOV, Richard, «The proper role of judges: compatible with compassion?», pg. 1, http://www.google.pt/url?sa=t&rcct=j&q=&csrc=s&frm=1&source=web&ccd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.garlikov.com%2Fphilosophy%2FJudgesAndLaw.doc&cei=YqtlUrO4NY2R7AaZt4CYAw&cusg=AFQjCNGbPd9IE_wspXVUN78fevLEEyfstQ&bvm=bv.54934254,bs.1,d.Yms – acesso em 21-10-2013; cfr. ainda AVGOUSTINOS, *ob. cit.*, pg. 16.
- 21 | NUSSBAUM, Martha C., «Emotion in the language of judging», *St'John's Law Review*, vol. 70, nº 1, Winter 1996, nº 1, pg. 25.
- 22 | Artigo 1826º, nº 1, do Código Civil.

23 | NUSSBAUM, *ob. cit.*, pg. 29.

24 | AVGOUSTINOS, *ob. cit.*, pg. 15.

25 | TOWN, Michael A., «Is compassion fatigue an issue for judges?», <https://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNNews01.nsf/8c9f13012b96736985256aa900624829/e4fe17e7b4b9294885256ea00056c09b?OpenDocument> – acesso em 21-10-2013.

26 | *Livro do Desassossego*.