

JULGAMENTO EM NUREMBERG (1961): O QUE O FILME REVELA SOBRE A EMOÇÃO PRESENTE NA JUSTIÇA

Daniela Jorge Milani¹

Resumo: O presente artigo tem como escopo refletir sobre a influência da emoção no momento da aplicação da lei, especialmente a lei criminal, buscando fazer a diferença entre a Justiça e a Vingança, com auxílio da mitologia grega, a partir da análise de duas deusas da Justiça: *Têmis* e *Diké*.

Palavras-Chave: emoção, juiz, justiça, vingança, remorso.

JUDGMENT AT NUREMBERG (1961): WHAT THE MOVIE REVEALS ABOUT THE EMOTIONS PRESENT IN JUSTICE

Abstract: This article aims to reflect on the influence of emotion at the moment of law enforcement, especially criminal law, seeking to make the difference between Justice and Vengeance, with the help of Greek mythology, from the analysis of two goddesses of Justice: *Têmis* and *Diké*.

Keywords: emotion, judge, justice, vengeance, remorse.

Sumário: Introdução; 1. Justiça e Vingança; 2. O Filme; 2.1 Os Traços de Justiça e Vingança; 2.2 A emoção perpassa todo o processo; 3. Razão, emoção e emocionalismo; 3.1. Análise da emoção nO *Julgamento em Nuremberg*; 3.1.2 Sobre o remorso; Conclusão; Referências.

¹ A autora é mestre e doutoranda em Filosofia do Direito na PUCSP e advogada em São Paulo.

INTRODUÇÃO



ma reflexão superficial sobre os temas da Justiça e Vingança leva a crer que ambas são institutos absolutamente estranhos um ao outro e cuja diferenciação não oferece nenhuma dificuldade.

Deste modo, a primeira seria uma maneira racional de lidar com a retribuição de atos criminosos numa sociedade, por meio da lei e da punição controlada. A segunda se caracterizaria pelos atos decorrentes do instinto, das paixões e, portanto seria retribuição sem limites.

Em suas formas extremadas, de fato, não há grande dificuldade em identificá-las e separá-las. Contudo, um olhar mais aprofundado sobre a questão demonstra que há uma fronteira indefinida entre elas, sendo, em certas circunstâncias, praticamente impossível identificar até onde vai uma e onde a outra se inicia.

Com efeito, ambas buscam reparar o malfeito, mas de modos diferentes.

Ambas buscam a reparação, mas de modo diferente. É fácil hoje afirmar que a Vingança deve ser evitada por meio da Justiça. Contudo, as emoções fortes estão presentes no cotidiano da vida humana e o desejo de Vingança é uma delas.

É necessário refletir, por conseguinte, como trazer a lógica da emoção para o Direito e assim compreender como lidar com a Vingança na Justiça.

Neste sentido, o filme de Stanley Kramer de 1961, Julgamento em Nuremberg (Judgment at Nuremberg), pode auxiliar a compreender a delicada linha que separa Justiça e Vingança e o papel da emoção, isto é, se ela pode contribuir para a decisão correta ou se deve ser evitada a todo custo.

1 JUSTIÇA E VINGANÇA

O conceito prematuro de diferenciação entre Justiça e Vingança em termos de legitimidade do Direito, isto é, que a Justiça é retribuição racional e legítima e a vingança totalmente ilegítima por ser emocional e deve ser bloqueada; é refutada por Robert Solomon, para quem a vingança pode ser racional também².

Duas hipóteses de trabalho podem ser construídas na análise que se pretende fazer de duas diferentes estruturas de formas de retribuição e auxiliam na compreensão das diferenças e semelhanças entre Justiça e Vingança.

Para isso far-se-á do exame de dois mitos gregos da Justiça: *Têmis* e *Diké*.

Têmis, de um lado, encerra a maneira de lidar com a agressão e a violência dentro da família, onde entra o amor, o sangue, o sentimento de pertença a um grupo, onde há um sistema de solidariedade e as infrações são mais graves. Para dentro do grupo, a ternura. Para fora o medo. A reparação aqui tem cunho de sacrifício reparatório, de purificação, uma vez que o intocável foi tocado.

A Vingança é projeção do mundo de *Têmis*. Tem o sentido de algo que necessita ser purificado, reparado.

Já *Diké* é o nome forte da Justiça. É a deusa grega representada com a balança de dois pratos que sugere a busca da homeostase (isonomia), que quando alcançada encerra o caso. Está no mundo da *polis*, da sociedade.

Nenhuma das duas tem os olhos vendados, demonstrando que, para os gregos era necessário ver, isto é, importava a busca da verdade (*aleteia*), já a *Justitia*, deusa romana, é representada com os olhos vendados, pois a audição era o sentido mais importante, ouvia-se os contendores e julgava-se com base na verossimilhança das alegações e na ponderação dos

² SOLOMON, Robert. Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 129.

interesses em jogo.

Pois bem, é possível, pela observação dessas duas deusas gregas da Justiça, estipular algumas características próprias da Vingança e da Justiça.

A questão da mensuração é um ponto de diferenciação, uma vez que na Vingança não há limite para a pena ou reparação. Até mesmo o corpo já sem vida pode ainda ser vilipendiado.

Na peça *Antígona* de Sófocles, a vingança é bem retratado quando rei Creonte manda deixar o corpo sem vida de Polinice, tido como traidor, ao relento, sem as homenagens póstumas e sem sepultamento. Sua irmã Antígona teve que enfrentar o poder do rei e a lei da cidade, invocando em seu favor a lei dos deuses, a fim de dar dignidade ao irmão falecido.

A obra de José Roberto de Castro Neves traz um retrato da peça grega como prefiguração do debate que viria séculos depois entre direito positivo e direito natural.³

Na estrutura da Vingança o foco está no ofendido. O olhar se volta para a vítima e em como reparar o mal causado. A preocupação aqui é a de restaurar a situação anterior ao crime em sua plenitude, ou seja, há busca de plena satisfação. Só pára quando atinge este ápice e até lá faz o que for necessário, não há limite. A pena é cruel.

Contudo, há quem entenda que a Vingança não é apenas reação emocional descontrolada e nela existe certo núcleo de racionalidade (*kernel of rationality*)⁴.

É inegável que a vingança exige planejamento e cálculo para chegar a seu objetivo. Não é a toa que popularmente se diz sobre a vingança ser “um prato que se come frio”.

Antonio Cândido indica como retrato típico da Vingança

³ NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do direito*: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. Edições Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015, p. 190.

⁴ SOLOMON, Robert. Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 127.

ça a personagem Conde de Monte Cristo do romance homônimo de Alexandre Dumas. Há a transformação de um rapaz pacato, honesto e trabalhador no homem acima do bem e do mal, cheio de ódio, egocêntrico, capaz de qualquer atitude para retribuir o mal sofrido⁵.

A crítica na verdade se dirige à classe burguesa,

[...] pois *O Conde de Monte Cristo* é um retrato completo da vingança pessoal; a vingança pessoal é a quintessência do individualismo; o individualismo foi, e de certo modo continua querendo ser, o eixo da conduta burguesa.⁶

Por ser esta atitude extrema, que dá vazão sem limites às emoções suscitadas, sua manifestação foi sendo reprimida no curso da história e até na Vingança se conseguiu estipular uma medida, qual seja, a Lei de Talião. A medida é o próprio ato, tal e qual. Tal limitação se encontra no Antigo Testamento.

Mesmo nas ordálias, práticas abomináveis dos bárbaros na Idade Média, para apuração de culpa, em que se considerava o resultado como a vontade de Deus, isso era o limite, punha fim à questão. É a entrada do terceiro para ajudar a solucionar a pendência, tirando da mão do ofendido o direito de buscar a reparação.

Este terceiro atualmente é o Estado. E o Estado tem que dar conta, senão se mostra frágil, sem autoridade e incapaz de gerar confiança. É um modelo de reparação vertical, isto é, que implica autoridade, hierarquia.

É muito complicado transportar a realidade de *Têmis* para *Diké*, pois é o mundo das emoções fortes, do desejo de satisfação tendo de ser controlado para ter um fim e não se pode dizer que a vingança desapareceu por completo da sociedade contemporânea:

A aceitação atual da agressão, repressão e violência como base da retribuição parece algo do passado, de sociedade primi-

⁵ CANDIDO, Antonio. *Tese e Antítese*: ensaios. 2ª edição. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1971, p. 13.

⁶ CANDIDO, Antonio. *Tese e Antítese*: ensaios. 2ª edição. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1971, p. 13.

tivas. Contudo, a agressividade perceptível na expressão latina *vindex*, que aproxima o vingador do que reclama a justiça (donde o sentido ambíguo de *vindicare* que deu, em português, *vindicar* e *vingar*) e os vigentes princípios islâmicos da pena, vigentes apesar da indignação que provocam no Ocidente, parecem não ter desaparecido totalmente e, nos adeptos da pena de morte, não deixam de encontrar uma sutil presença.⁷

Pois bem, na estrutura da Justiça o foco é no ofensor, no ato ilícito ou criminoso, há preocupação em não ser cruel, busca-se a homeostase, o retorno ao equilíbrio da balança, são variações dentro de limites, pois o intuito é encontrar a estabilização e parar (*stasis*). A figura do terceiro entra forte, como o Estado. Mas este fim colocado pela homeostase, seria capaz de oferecer a satisfação completa ao ofendido?

São muitas as dificuldades da Justiça entendida como *Diké* na fixação da pena. Há dificuldade de mensuração. No cálculo se pensa não apenas na retribuição. Há o caráter pedagógico, o fator de desestímulo, ou seja, a pena tem que ser sentida pelo apenado como retribuição pelo malfeito e ter o condão de desestimular a prática de novo mal.

Além disso, a punição é necessária para organizar a sociedade, identificar os atos inaceitáveis e puni-los. A ideia de impunidade gera o desejo de Vingança. Mas a reparação deve ser aceitável, razoável.

Contudo, a emoção é sempre o que move o ser humano e está mais fortemente presente na estrutura de *Têmis*. Não se consegue eliminar completamente a emoção no momento de estipular e aplicar a pena.

Portanto, na *Diké* há um caminho que parte da Vingança e busca fixar valores, equivalências, sai da indeterminação para a determinação. Mas a Vingança entra sorrateiramente na Justiça, como se vê em algumas penas desproporcionais ou

⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 232.

pelo caráter pedagógico do dano moral, que leva a ir além do limite da compensação.

2 O FILME

Judgment at Nuremberg é baseado em fatos reais, isto é, nos Julgamentos de Nuremberg, no pós Segunda Guerra. Trata-se de um julgamento feito por uma corte especialmente formada para julgar quatro juízes que contribuíram com a legalização de atrocidades nazistas durante a Segunda Grande Guerra.

O desafio dos juízes é enorme, uma vez que os subsídios para condenar se baseiam nas crueldades cometidas contra as vítimas do regime autoritário, contudo os subsídios para absolver se mostram especialmente no fato de que se busca a retribuição destes crimes apenando quatro juízes, cuja responsabilidade por tudo pode ser questionada.

De um lado, se dá o olhar para o povo judeu, a vítima, e, de outro, ao povo alemão, em tese, o ofensor, representado naqueles quatro réus.

E como se não bastassem as dificuldades específicas do caso, pressões políticas sobre a acusação e os julgadores se intensificam à medida que os americanos começam a perceber que precisariam dos apoios alemão na luta contra os soviéticos na iminente instauração da Guerra Fria.

Qual seria a decisão correta, então?

Ao iniciar o filme, é fácil se alinhar com a acusação e imaginar o absurdo de que juízes renomados, que escreveram fundamentadas linhas sobre Justiça, como Ernst Janning (Burt Lancaster), possam ter ratificado e servido de instrumento aos interesses espúrios do Partido Nazista.

Logo se pensa nas abjetas justificativas para perseguição e eliminação do povo judeu e de todos que foram escolhidos como inimigos do povo alemão, como os comunistas e os que padeciam de deformidades físicas ou mentais.

O que vem à mente é a necessidade de reparar de algum modo os bárbaros crimes cometidos pelos nazistas e aquelas que na linha de fundo legitimaram tais atos. Suscita-se no expectador o desejo de Vingança.

Na sequência, passa-se aos argumentos da defesa.

No papel de Hans Rolfe, o ator Maximilian Schell, numa atuação brilhante e merecedora do Oscar, ataca preliminarmente a legitimidade de um tribunal de exceção. No mérito, defende a tese de que seus clientes apenas aplicaram as leis existentes à época, não executaram as atrocidades suscitadas, sobre as quais nem mesmo tinham conhecimento; e, ainda, que não tinham alternativa, senão seriam considerados traidores da pátria e mortos.

Questão importante levantada pelo advogado é a de que, no final das contas, quem estava sendo ali julgado era o povo alemão como um todo, como se fossem monstros cruéis por terem permitido a ascensão e dominação perpetrada por Hitler, com todas as suas loucuras.

Nos dois diálogos travados na prisão entre o acusado Janning e seu advogado, este referia à necessidade de se perpetrar uma defesa aguerrida e combativa, condenando a postura do juiz arrependido. Ali mostra seu verdadeiro “cliente”: o povo alemão.

Fica a questão de fundo: poderia o povo alemão ser responsabilizado?

A estratégia do advogado era desviar a atenção devida aos réus suscitando a hipocrisia daqueles que se julgavam superiores para condenar o povo alemão. Argumentou que os interesses de cada Estado fizeram com que acordos fossem travados com Hitler, como a Rússia que fez acordo com Hitler em 1933 ou a Inglaterra de Churchill que em 1938 teria feito elogios públicos à postura do ditador. E quanto às milhares de mortes de civis inocentes em Hiroshima e Nagasaki perpetrados pelos Estados Unidos da América? Todos, então, deveriam

ser julgados e punidos.

Outra estratégia da defesa era colocar também o povo alemão na condição de vítima, dado que, desde a Primeira Guerra já vinha enfrentando grande penúria e sofrimentos e, após aquilo que pensavam ser o soerguimento de suas cabeças, caíram novamente com seus rostos em terra, humilhados e tão empobrecidos quanto antes.

O advogado se via no dever de fazer a defesa desse povo, através da defesa daqueles juízes.

2.1 TRAÇOS DE JUSTIÇA E VINGANÇA

Como mencionado acima, no mundo de *Têmis* os laços familiares é que importam, ou seja, a defesa do grupo e até a nação, numa concepção moderna da estrutura.

Portanto, está em jogo também, pensar num jogo entre interesses de diferentes grupos de um lado os alemães, que se uniram em torno das ideias nacionalistas e de pureza da raça, permitindo, não obstante os métodos desumanos, o exílio do povo judeu; que, assim, ficava como grupo do lado oposto.

O jogo estabelecido no julgamento é típico da vingança, pois é o olhar da oposição entre dois grupos, cada qual defendendo sua posição nos malfeitos da guerra.

Desta maneira, o sentimento de inferioridade e a humilhação, além da situação miserável dos alemães após a Primeira Guerra criaram a possibilidade do nazismo. O medo, como mencionado, gera a Justiça para dentro, mas, para fora a Vingança.

Do outro lado o povo exilado, excluído, anulado que é recuperado, trazido a lume por meio das provas trazidas pela acusação. É necessário expurgar o mal feito. A pena tem que ser exemplar, pede a acusação! Típico: a vingança não tem fim.

E a vingança novamente transparece na busca da Justiça.

Algumas vozes, no entanto, já não desejavam a instauração desse tribunal, é o que se percebe nas palavras do juiz Dan Haywood, logo no início do filme, quando afirma não ter sido a primeira escolha, nem a segunda, ele era apenas um juiz aposentado. Os primeiros escolhidos e muitos outros não achavam correta a instituição do Tribunal de Exceção.

A Justiça pela qual clama a acusação tem origem no mundo de *Têmis*. Isto porque os crimes nazistas causam repugnância, pois tocaram o intocável, praticaram o inconcebível. Era necessário expurgar pelo sacrifício, pela morte, aqueles que de alguma maneira tiveram participação nas crueldades cometidas contra os judeus e outros inimigos do povo.

Curioso notar a escolha da cidade de Nuremberg para sediar tais julgamentos. Evidente a simbologia da escolha, dado que era ali onde o Partido Nazista fazia suas conferências, comícios e passeatas de propaganda.

Era necessário que, ali onde as decisões eram tomadas e aplaudidas, fosse também o local onde se iria purgar e limpar os crimes cometidos. Traços evidentes de uma vingança muito bem planejada, racionalizada e a ser executada por intermédio do tribunal criado para isso.

O promotor de justiça acaba trazendo à discussão não apenas a atitude dos juízes (ou ofensores) e sim o sofrimento das vítimas do holocausto, levando isto às últimas consequências quando transmite no tribunal imagens dos campos de concentração e dos incontáveis corpos sem vida dos judeus capturados sendo descartados nas valas comuns.

Do lado alemão a tentativa de achar o julgamento como mera reação emocional vingativa. Exemplo disso vem revelada nas palavras da viúva Bertholt (Marlene Dietrich) quando diz ao juiz Haywood (Spencer Tracy) que as execuções e julgamentos de Nuremberg tratam-se da “arte da vingança que os vendedores fazem aos vencidos”. A justiça dos vencedores traria, então, dois pesos e duas medidas, ou seja, para os

inimigos o pior e para os amigos nada.

Apesar de toda a infraestrutura de Justiça ter sido pensada e montada, por meio da criação de um Tribunal, elaboração das regras, inserção de um terceiro para julgar o crime de genocídio (na época não era assim denominado) e dar às partes o direito à defesa e ao contraditório, é inevitável que a emoção esteja presente neste tipo de julgamento, tanto de um lado quanto de outro.

Muitos clamavam por pena de morte ou prisão perpétua, penas extremas também típicas da estrutura da vingança. Talvez somente isso pudesse satisfazer o sentimento de indignação gerado pelas atrocidades nazistas.

Será que esses quatro réus deveriam ser apenados por todo o ocorrido? Não teriam eles apenas cumprido as determinações da lei? Não seria a vingança recaindo sobre esses quatro réus, já que os mentores desta ideologia criminosa já não mais existiam?

De outro lado, seria correto afirmar que a base do julgamento é pura Vingança? Seria razoável simplesmente absolvê-los e deixar impunes esses homens que contribuíram de modo concreto para sustentar as atrocidades de um governo cruel, abrindo mão de direitos humanos básicos, em nome de uma lealdade que escondia, na realidade, o desejo de vitória e de orgulho de um povo?

É este o difícil jogo da Diké que precisa contemplar Têmis!

2.2 A EMOÇÃO PERPASSA TODO O PROCESSO

Por evidente, não é o tipo de caso fácil, no qual se pode proferir uma decisão com base em um raciocínio lógico matemático.

Desde as primeiras palavras da acusação até as últimas da defesa todo o processo retrata a presença de vários senti-

mentos.

Uma das emoções que mais marcadamente aparecem no filme é aquela manifestada pelo réu e ex-juiz Ernst Janning. Sua emoção estava o tempo todo contida como uma bomba prestes a explodir. E acabou explodindo quando da retomada do caso Feldestein, que reaviva o passado para afirmar a conduta imprópria e criminosa dos réus. Cheio de remorso, manifestou sua culpa e assumiu sua responsabilidade. Afirmou que se não tinham conhecimento do que acontecia, deviam ter, mas se fizeram de surdos e cegos.

Emoções fortes foram também suscitadas quando da apresentação das imagens filmadas dos campos de concentração ao final da guerra. Toda a audiência ficou perplexa.

O julgadores ficaram sensibilizados e até mesmo o advogado de defesa. Este parecia ter de superar a náusea que aquilo lhe causou para continuar sustentando sua defesa do povo e daqueles juizes. Dizia abertamente que aquele julgamento não poderia ser pautado pela emoção, pois ela seria um fator de desestabilização e não de Justiça.

Contudo, sua atuação foi, de certa forma, marcada pelo apelo emocional também. Ao apelar para a condição difícil do povo alemão, tentou suscitar a empatia, em que pese suas palavras terem sido no sentido de mostrar o caráter do réu Janning e o desconhecimento do povo alemão sobre aquilo tudo.

Pois bem, o filme mostra que muito do comportamento que a lei regula é emocional, ao contrário do que convencionalmente se acredita.

A grande dificuldade para alcançar Justiça é a medida da pena. Essa é sempre a grande dificuldade da *Diké* para lidar com *Têmis*. E no caso do filme, talvez a medida tenha sido ultrapassada.

Com base no entendimento de Richard A. Posner, a prolação de sentenças e decisões judiciais também é permeada de emoção, dado que é um ato humano.

A anterior dicotomia mitológica da Justiça em *Têmis* e *Diké* já mostrava isto. Então, já que a emoção está presente, é melhor encará-la e compreender de que modo ela pode ser favorável na aplicação da lei.

3 RAZÃO, EMOÇÃO E EMOCIONALISMO

O juiz e jurista americano Richard Allen Posner⁸, assim como o já citado Solomon, entende que a emoção não é algo meramente oposto à razão, que deva ser por esta controlada, a fim de não se tomarem decisões justas.

Segundo seu entendimento não há ação humana sem emoção. Mesmo o autocontrole seria uma emoção inversa à emoção relativa à fraqueza de vontade.

A emoção, neste sentido é uma forma de cognição e pode determinar decisões racionais que, sem ela poderiam se tornar intermináveis processos de reflexão sem foco. Porém, há situações em que esse longo processo de reflexão analítica é necessário e a emoção pode atrapalhar. E acabar gerando uma decisão prematura.

Por esta razão é também importante discutir sobre o estado emocional dos administradores da Justiça, já que as decisões judiciais são uma forma de ação humana e, segundo afirmava Posner, não há ação humana sem emoção.

Mas, emoção não se confunde com emocionalismo, e, em virtude disto é importante enfrentar a questão da diferença entre a emoção e o emocionalismo, que pode de fato distorcer um julgamento.

Se por um lado não é possível proferir um julgamento com base apenas numa racionalidade formal ou silogismo, de outro, o emocionalismo pode atrapalhar a busca da decisão certa.

⁸ POSNER, Richard A.. Emotion versus emotionaism in law in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 309.

A distorção de uma decisão por emocionalismo ocorre quando o juiz fica extremamente afetado por apenas um aspecto do caso e os sentimentos dali suscitados, deixando de perceber outros aspectos importantes que poderiam influenciar o julgado.

Pois bem, a questão do estado emocional do julgador, seja ele juiz ou jurado, foi analisada por Posner⁹.

Ele parte do pressuposto que casos difíceis não podem ser solucionados com ausência total da emoção, pois necessitam da intuição, sentimentos morais e o balanceamento dos interesses em jogo.

O problema surge quando os casos são mais desafiadores, mais difíceis. Mas é nesse mesmo ponto que não se pode falar em ausência de emoção no julgamento, pois é impossível encontrar a decisão correta apenas por um raciocínio lógico matemático.

A decisão correta, nesses casos requer de modo particular dois tipos de emoção: a indignação e a empatia.

Por indignação se entende aquela reação imediata à violação de um código moral da sociedade. Mas é mais que isso, é frequentemente o modo pelo qual a violação é identificada. E, segundo, Posner, é este tipo de emoção que fundamentam as sanções anexadas às normas legais. É difícil dar um argumento racional para isto.

Portanto, a partir deste ponto de vista, as leis criminais são formadas com base nas emoções causadas por atos como urinar ou se masturbar em público, poligamia, infanticídio, maltratar animais, mutilações e tantos outros crimes do mundo de *Têmis*.

Ou seja, é a emoção mais imediata que identifica a violação do código moral e não algum estudo elaborado racionalmente para provar que aquele tipo de conduta não deve ser

⁹ POSNER, Richard A.. Emotion versus emotionaism in law in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 321.

admitido numa sociedade.

Portanto, a emoção tem um papel cognitivo importante, até porque “os juízes não tem propriamente o papel de desmontar o código moral de sua sociedade”.¹⁰

Outra emoção que deve estar presente nos julgadores, para que percebam que estão diante de um caso que não pode julgado por um simples silogismo, segundo Posner, é a empatia, que para ele não significa inclinar-se a uma das partes, mostrando parcialidade e sim o contrário. É trazer à lume os interesses das partes ausentes para, utilizando termo da psicologia, evitar a *heurística da disponibilidade*.

Seria um recuso da mente que causa equívocos no julgamento de uma ocorrência por conta da facilidade com elas vêm à mente, já que são mais fáceis de lembrar os atos vividos por si e não pelo outro ou pelo que não está vívido.

O exemplo dado por Posner e que se enquadra de forma clara em possíveis equívocos de julgamento, é o caso da legalização do aborto. Inicialmente mais pessoas seriam favoráveis ao aborto, pois lhes eram mostradas as fotos de mulheres em condições terríveis após terem feito aborto em clínicas clandestinas. Porém, a vítima do aborto era absolutamente invisível. Quando surgiu o ultrassom e tornou o feto visível muitos mudaram o modo de pensar. Ou seja, cancelou-se a vantagem do oponente e o julgamento pode ser mais justo.

Anteriormente se demonstrou que julgar com os olhos voltados para a vítima é característica da estrutura da vingança. Contudo, Posner consegue demonstrar que isto tem um papel importante na entrega da Justiça.

Os equívocos nos julgamentos conduzidos pela *heurística da disponibilidade* podem acarretar penas excessivamente leves para homicidas, um homicida se ele mostrar remorso, por exemplo.

¹⁰ POSNER, Richard A.. Emotion versus emotionaism in law in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 323.

Se o interesse ou o bem em jogo de uma das partes não está totalmente aparente, isso pode causar o desequilíbrio no julgamento, gerando o excesso de piedade ou de raiva que forcem a ideia do “nós contra eles”. Esse excesso é caracterizado por Posner como emocionalismo. É o tipo de emoção que não contribui com uma boa decisão.

A empatia traz de volta o balanceamento dos interesses e a estabilização do caso por meio da decisão mais justa.

Outro dado importante que advém da empatia é a o pensar nas conseqüências da decisão a ser tomada não apenas aos que diretamente serão atingidos pela pena, mas as conseqüências sociais e econômicas dali resultantes.

E, segundo ele, a *heurística da disponibilidade* é apenas uma das distorções da razão que foram identificados por psicólogos. Portanto, a razão pura não é tão confiável assim! A emoção pode vir em complemento.

3.1 ANÁLISE DA EMOÇÃO NO JULGAMENTO EM NUREMBERG

No filme sob estudo o papel da indignação está claro. Os crimes cometidos pelo regime nazista como os de esterilizar e eliminar em campos de concentração aqueles que não se adequavam a seu plano de purificação da raça ariana causam repulsa ao mais frio dos homens.

Portanto, a indignação ali se mostra presente desde a instauração da própria Corte de Exceção¹¹.

Presente também a indignação nas palavras iniciais do promotor que afirma que aqueles réus destruíram a Justiça ao violar garantias constitucionais e partilhar de crimes que deveriam ter repudiado.

De outro lado, a defesa o tempo todo alega que não se deve deixar conduzir pela emoção e sim para a conduta que se

¹¹ O que não exclui as motivações políticas.

poderia compreender como racionalmente aceitável, ou seja, que eles simplesmente executaram as leis existentes e não sabiam das crueldades praticadas nos campos de concentração. Aduz mais: que se deve levar em conta a vida pregressa e o caráter dos réus, especialmente de Janning que havia escrito tantas linhas sobre Justiça e dignidade humana.

Neste sentido, o papel da defesa no caso em tela, de um lado, era de obscurecer o sentimento de indignação que brotava no coração dos julgadores do caso e, de outro, era provocar o sentimento de compaixão pelo povo alemão que não era o monstro imaginado e que apenas uns poucos loucos.

As emoções se avolumam quando da oitiva das duas testemunhas de acusação que foram vítimas dos julgamentos daqueles réus, não apenas pelos relatos em si, mas pela forma como foram abordadas pelo advogado, agressiva e abusivamente, tornando presente o que se deu no passado. Isso certamente influenciou a decisão final.

O rapaz de família comunista que foi condenado à esterilização forçada sob pretexto de ser intelectualmente inferior, cujo papel ali era demonstrar a existência efetiva de tais práticas, legitimadas por sentenças proferidas por aqueles ex-juízes; acabou sofrendo nova exposição e praticamente um novo julgamento por seus atributos mentais.

Tudo isso causou indignação!

O mesmo ocorreu com o já citado caso Feldstein, cuja testemunha estava sendo submetida novamente ao mesmo tribunal nazista que a condenou à prisão e à morte seu amigo judeu.

De maneira ainda mais vívida os filmes sobre os campos de concentração, apresentados pela acusação, trouxeram ao olhar de todos o que ali acontecera, demonstrando que os julgamentos injustos perpetrados pelos réus desembocavam nas execuções cruéis das penas injustamente impostas.

Nota-se que a revelação que os testemunhos e os filmes

ocasionaram pode ter representado a superação da *heurística da disponibilidade* referida por Posner. Esta sim poderia levar a um julgamento equivocados, que não faria jus à gravidade dos atos cometidos por aqueles réus.

É o caso do Juiz Dan Haywood no filme. Ele foi movido desde o início pela indignação e, talvez por esta razão, tenha aceitado o convite para ser o julgador dum tribunal do qual outros não desejaram fazer parte.

Sua postura no decorrer da estória demonstra ser bastante ponderada. Ele não se restringe aos elementos de prova e alegações de autor e réu, mas se aproxima dos alemães a sua volta. Foi o caso dos empregados da casa em que passou a residir. Tentava entender o que eles pensavam sobre o que havia acontecido, sem demonstrar qualquer tipo de exagero ou aversão a eles, ao contrário, demonstrando simpatia e percebendo que não eram “monstros cruéis”. Deixou-se conduzir pelo que ia sentindo a cada contato.

Aproximou-se de maneira mais íntima de Madame Bertholt, cujo papel era o de defender o seu povo, dizer que os alemães não sabiam daquelas crueldades e que também os americanos haviam sido injustos. Ela trouxe a questão do perdão e do esquecimento, como único caminho para tornar possível continuar a viver.

Tudo isso esteve diante do juiz.

Porém, ele dirigiu seu olhar também para as vítimas, para os que, como diria Posner, eram os invisíveis.

E, no momento das deliberações entre os três juízos do caso, o Juiz Haywood preferiu não seguir a linha legalista do juiz divergente, segundo a qual, de acordo com os precedentes, não havia subsídio para a condenação e que somente a história poderia julgá-los.

Haywood se mostrou ponderado, empático, o bom juiz na concepção de Richard Posner. Deixou-se indignar pelos crimes cometidos e legalizados pelos réus, acolheu seus senti-

mentos em relação aos males cometidos com o aval dos réus e, condenando, abriu o precedente que a humanidade talvez precisasse para futuras condenações de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.

Certamente, o remorso do réu Janning foi observado e ponderado, no entanto não foi computado para fins de redução da pena, tendo em vista a aplicação da pena de prisão perpétua.

Talvez se o remorso tivesse sido levado em consideração para fixação da pena, ela não teria sido tão severa. Mas este excesso anularia a validade da decisão? Parece que não.

A derradeira lição de Justiça do Juiz Haywood é a frase final do filme, no diálogo com o já encarcerado Janning, que acabara de lhe afirmar seu desconhecimento sobre os milhões de judeus mortos.

Disse ele: “Você sabia desde que condenou o primeiro homem sabendo que era inocente”.

3.1.2 SOBRE O REMORSO

Por fim, não se pode deixar de abordar uma das emoções que mais explicitamente aparecem no filme, qual seja, o remorso.

Desde o início o juiz Janning (Burt Lancaster) demonstra estar remoído de dor pelo que representaram suas decisões judiciais em favor do regime nazista. Não queria nem ser defendido no tribunal, nem ser representado.

Seu sentimento chega ao ápice quando a acusação traz o depoimento de uma mulher alemã que foi condenada pela amizade com seu senhorio judeu, no chamado caso Feldstein.

A pressão do advogado de defesa sobre a pobre mulher para arrancar dela uma confissão de supostos encontros íntimos com aquele homem trouxe as claras o *modus operandi* dos promotores e juízes nazistas, alguns anos antes.

Isto fez com que o juiz Jannings, não suportando o peso

que parecia carregar, se levantasse de seu local e pedisse para fazer uma declaração.

Sua postura causou horror ao advogado que tanto se empenhava em mitigar a culpa e a responsabilidade de seus patrocinados e mais ainda do povo alemão e tentou evitar a todo custo a declaração de culpa, afirmando que o réu não tinha consciência do que queria fazer.

Todavia, o réu Janning repetia várias vezes que estava consciente (*I'm aware*) e que queria fazer uma declaração.

Ele, então, inicia seu relato dizendo que a população alemã vivia a fome, a miséria e o medo. Medo do outro, medo do amanhã. Haviam sido massacrados com a Primeira Guerra e o ideário nazista, não obstante padecesse de alguns problemas com violações de direitos humanos, trouxe de volta o orgulho daquele povo. E ele, que já estava se convencendo de que devia deixar o advogado salvar seu nome, acabou revivendo todo o horror das práticas que ora estavam sendo julgadas. E, de novo, para sustentar tal método de defesa a motivação é o amor à pátria, à obediência à lei.

Afirma em continuação o juiz Janning, que, para salvar a Alemanha, era necessário que admitissem sua culpa, apesar da humilhação e reconhece que o julgamento de Feldstein foi um ritual de sacrifício. Eles não sabiam daqueles campos de concentração, mas deveriam ter se perguntado para onde iam aqueles caminhões cheios de gente. Se fizeram de cegos e surdos, mas não souberam porque não queriam saber.

Ele se expõe e expõe os demais réus ali julgados como quem praticou o mal. Portanto, se declara culpado.

No entanto, o remorso, entendido como a comiseração interior, pode ser apenas um instrumento de defesa, para provocar compaixão, mera técnica e não efetiva emoção que flui.

De fato, Posner relata o tipo de estratégia em que o réu demonstra remorso para tentar provocar a redução da pena, mas para não deixar o caso focado em suas motivações como

fraqueza de caráter ou um desejo depravado, seu advogado apresenta provas e alegações de que ele está sendo muito duro consigo mesmo e que o crime teria sido mais fruto das circunstâncias¹²

É por esta razão que, imediatamente após a declaração de Janning, o advogado Herr Holfe se manifesta para mitigar sua culpa, pois se ele era culpado, quem não o era? A Rússia e o Vaticano que com Hitler firmaram acordos internacionais e Churchill que disse que a Inglaterra precisava de um Hitler. Ou os americanos que lucraram e muito vendendo armamento para a Alemanha nazista? Ou seja, o mundo inteiro é responsável por Hitler e não somente os réus. A culpa de Janning, afirma, é a mesma culpa do mundo, nem mais nem menos.

Nesse ponto o promotor, Coronel Edward Lawson (Richard Widmark), afirma que a responsabilidade deve ser vista de forma objetiva, mas de fato era um dilema a ser solucionado por aqueles juízes. Até mesmo a promotoria se rende à dificuldade da decisão.

Então é necessário se perguntar se o remorso é uma das emoções que podem ser levadas em conta para o estabelecimento da punição, uma vez que se o réu demonstra reconhecer seu erro e o dano causado à vítima.

Mas, é necessário antes saber se o remorso manifestado num julgamento é real e se, em sendo, seria possível, por conta dele, aplicar pena mais branda.

Outro jurista americano, Austin Sarat, se deteve na questão do remorso no Direito e na punição criminal.¹³ Ele questiona sobre o papel do remorso na esfera da punição criminal, mas a grande dificuldade continua sendo a sinceridade da manifestação do réu.

¹²POSNER, Richard Allen. Emotion versus emotionalism in law in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 319.

¹³ SARAT, Austin. Remorse, Responsibility and Criminal Punishment: an analysis of popular culture in *The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999, p. 168 e segs..

Alguns argumentos são trazidos em favor da consideração do remorso como fator de redução da pena criminal, como o fato de que o verdadeiro remordido dificilmente voltará a praticar o mesmo ato. Em tese, o remorso acaba transformando o ofensor numa pessoa melhor. De outro lado, o remorso é algo que aparece sempre tardiamente, depois do mal produzido e não tem o potencial para desfazê-lo.

A tese de Sarat é a de que há um interesse da cultura popular no remorso. E ele, tal como Posner, afirma que a emoção tem o papel de calibração da resposta jurídica ao ilícito. A questão, segundo ele, é que o Direito tem uma cegueira para a emoção, que, no entanto, permeia toda a ação humana, inclusive o desejo de retribuição ao mal.

Para exemplificar seu entendimento Sarat utiliza o roteiro do filme *Dead Man Walking* (no Brasil, “Os últimos passos de um homem”), com Sean Penn no papel do criminoso e Susan Sarandon no papel da religiosa que o faz percorrer o caminho interior para reconhecimento de sua responsabilidade que culmina com o pedido de perdão à família das vítimas do homicídio cometido.

Aparentemente o réu Ernst Janning manifesta um remorso sincero, mas é difícil explicar racionalmente como se chega a essa conclusão, nem é certo de que se pode fazer esta afirmação de forma categórica.

O fato é que certa compaixão é suscitada em quem assiste. A expressão da dor da culpa o faz reconhecer sua responsabilidade diante do tribunal. No início chega a não desejar nem defesa! E, no final afirma ao juiz Dan que a sentença de condenação à prisão perpétua foi correta. Por fim, seu semblante na prisão, cumprindo já a pena é de alívio.

Esse aspecto do remorso é notado por Sarat que o vê como um antídoto ao desejo de punição como vingança, pois ele humaniza o ofensor e atenua a sensação de que ele é um “monstro”.

Portanto, o remorso tem a faculdade de promover a reconciliação, religar o vínculo rompido. Não tem o poder de diminuir a gravidade do ato criminoso, mas tem o potencial para criar uma ponte entre o ofensor e a comunidade atingida, porém é preciso que haja um momento de comunicação entre o ofensor e o ofendido, a fim de que um sinta a dor do outro.

Isto porque, ao assumir a responsabilidade e demonstrar seu remorso há uma libertação silenciosa que se opera numa cisão de seu interior entre o eu censurável e o eu doravante redimido.

Para Sarat a assunção da responsabilidade e a expressão do remorso são também fatos juridicamente relevantes, pois as emoções interessam ao direito e devem ser computados para fixação adequada da pena, ou seja, para a justiça da punição importa saber quem é o ofensor naquele momento do julgamento.

Em que pese o que foi assinalado acima, no filme *Julgamento em Nuremberg* o remorso não foi considerado para fins de redução da pena, que foi extrema: prisão perpétua. E foi exatamente a mesma pena dos demais réus que não manifestaram remorso.

CONCLUSÃO

De acordo com o que se expôs o bom juiz não é exatamente aquele absolutamente frio e sem emoção, mas o que usa a emoção como fator cognitivo e de ponderação de interesses.

Constata-se que a emoção está presente nas ações humanas, isso é inquestionável, mas falar de emoção influenciando a decisão judicial ainda parece ser tabu, contudo vem sendo discutida e paulatinamente aceita.

É que, se o crime, o malfeito gera desestabilização emocional, é provável que somente a emoção possa restaurar a estabilidade e alcançar satisfação. É isso que se busca na Vin-

gança e por esta razão ela não pode ser simplesmente bloqueada.

Assim, como já explanaram Posner e Sarat, nova concepção sobre o papel da emoção do julgador deve ser arquitetada para incluí-la e não ignorá-la, na busca da decisão judicial acertada.

E, se de um lado já há juristas admitindo que a emoção do juiz pode contribuir com a decisão acertada, por outro vem surgindo novas técnicas de solução de conflitos que tem como escopo justamente fazer brotar as emoções de lado a lado, com ponderação, diante de um terceiro não julgador.

Uma dessas técnicas é a da Justiça Restaurativa, que tem como foco dar ouvidos tanto às vítimas ou sua família, quanto ao ofensor e, portanto, integrando o remorso e outras emoções à tentativa de reequilíbrio da situação. O mesmo se dá com a técnica da Mediação.

Medidas alternativas de solução de conflitos podem ser muito valiosas para lidar com o dilema da Justiça *versus* Vingança e encontrar outras formas de estabilizar as relações que não seja a Vingança e nem a imposição da solução dada por um terceiro.

Conclui-se, portanto que, a emoção tem papel importante na entrega da Justiça.



REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1ª edição. Editora Atlas, São Paulo, 2009.

CANDIDO, Antonio. *Tese e Antítese: ensaios*. 2ª edição. Com-

- panhia Editora Nacional: São Paulo, 1971.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes*. Edições Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.
- POSNER, Richard Allen. Emotion versus emotionalism in law *in The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999.
- SARAT, Austin. Remorse, Responsibility and Criminal Punishment: an analysis of popular culture *in The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999.
- SOLOMON, Robert. Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion *in The Passions of law*. Edited by Susan Bandes, NYU Press, 1999.