

Da ética da psicanálise à ética do processo penal (parte 2)

08/07/2024

Na primeira parte deste artigo, concluímos destacando três problemas principais tematizados por Carnelutti em seu texto *Verità, dubbio, certezza* a respeito da decisão baseada em provas no processo penal:

1. *A verdade é um impossível;*
2. *Todo saber se constitui no entorno de um furo;*
3. *O problema crucial da decisão com base em provas é menos epistemológico que ético;*

Abordaremos esses três problemas distribuídos em dois tópicos, a partir da intersecção Direito e Psicanálise:

O impossível da verdade e o furo do saber

Lacan, em 1975, em seu *Seminário 4*, afirmou que o que aproxima a verdade e o mito é o fato de que a verdade tem uma estrutura de ficção. E isso porque mito e verdade se articulam na linguagem, que tem ela mesma a estrutura da ficção [1].

Harari, a partir da antropologia, ressalta essa mesma característica intrínseca da linguagem nos *Sapiens*, quando destaca que “a característica verdadeiramente única da nossa linguagem não é a sua capacidade de transmitir informações”, mas de “transmitir informações sobre coisas que não existem [...] Lendas, mitos, deuses, religiões [...] Essa capacidade de falar sobre ficções é a característica mais singular da linguagem dos sapiens” [2].

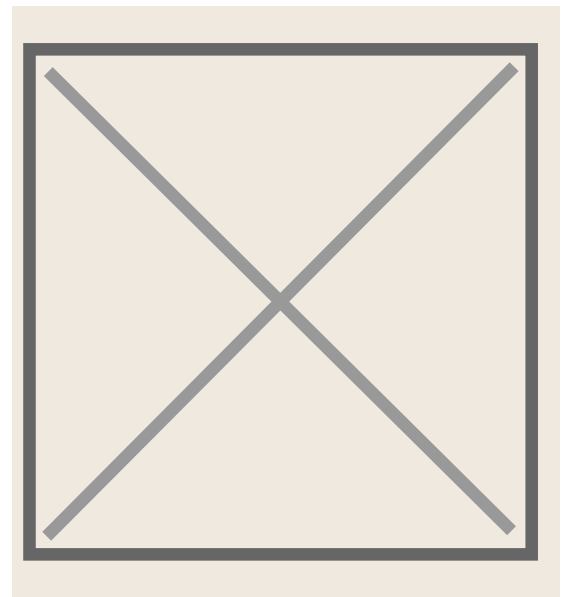
Usar metáforas (*condensações*) e metonímias (*deslocamentos*) para construir ficções, mitos compartilhados (deuses, nações, direito, Estado, dinheiro, crimes, penas, processos, provas e outras “realidades” unificadoras) é a principal característica da linguagem simbólica, precisamente aquela que permitiu aos humanos cooperar de modo versátil, flexível e em grande número, de modo que a realidade humana seja uma realidade paralela à natureza natural, um *delírio compartilhado* como nos dizia Freud sobre os humanos: “amam seus delírios como amam

a si mesmos” [3], construindo uma “ordem imaginada” [4] capaz de sustentar impérios inteiros!

Nessa ordem imaginada, em que o Direito se insere integralmente, o problema da verdade se coloca como da ordem da ficção, ou seja, como da atribuição imaginada de sentidos às coisas (as palavras e as coisas estão irremediavelmente desencontradas), não fazendo qualquer sentido se falar em uma verdade ontológica ou exterior que pudesse ser investigada pela inteligência humana. Em matéria de crimes e penas, faz todo sentido a afirmação de São Paulo em Romanos 7:7:

Que diremos pois? É a lei pecado? De modo nenhum. Mas eu não conheci o pecado senão pela lei; porque eu não conheceria a concupiscência, se a lei não dissesse: Não cobiçarás.

Castanheira Neves ressalta esse aspecto quando em sua obra menciona a inconveniência de se separar questões de fato de questões de direito, como se as primeiras fossem questões ontológicas e, as segundas, questões axiológico-atributivas [5]. Também os fatos só fazem algum sentido se inseridos na linguagem, de modo que também eles, enquanto eventos, só fazem sentido dentro de uma moldura de sentidos previamente nominada. Aquele que constata um fato o constata dentro de um quadro valorativo previamente recortado da realidade linguageira, de modo a se tornar impossível afirmar a precedência do fato sobre o direito.



Um fato carrega a sua verdade? Não. Um fato é apenas um evento, um acontecimento espaço-temporal. Não carrega nenhum valor se não pensarmos nele inserido numa estrutura de linguagem que lhe seja anterior. No mundo do Direito, os valores são atribuídos aos fatos. Mas precisamos fazer um esforço contraintuitivo para perceber que o direito estava sempre ali, antes dos fatos, para lhes significar e atribuir valor, de modo que o próprio fato tenha, ele próprio, a estrutura da ficção que a linguagem lhe proporciona.

É certo que Carnelutti visualizou esse impossível. O fez condicionado por sua religiosidade final. Citou em seu texto o próprio Cristo e os “ensinamentos sublimes do evangelho”. E, portanto, o fez a partir de seu mito compartilhado, mito esse que só é possível no interior da linguagem simbólica, das ficções humanas. Por isso vislumbrou a verdade como grande demais para o conhecimento humano. Ela é realmente um impossível, sua estrutura é a da própria ficção.

O juiz está colocado no processo na posição de *sujeito do suposto saber*: *Da mihi factum, dabo tibi ius* (me dê os fatos que te dou o direito) expressa o discurso de sua autoridade, um discurso do mestre (eu sei o que é melhor para você!). Mestre que diante dos fatos seria capaz de solucionar o problema do direito, devolvendo paz para a organização social. Carnelutti foi capaz, em sua intuição, de apontar para esse furo no saber do juiz e abriu as clareiras para a sua compreensão como um ser de *ação, dúvida e aposta*.

A verdade no processo penal: problema epistemológico ou ético?

As objeções à verdade como um objetivo ou valor do processo encontram tantas trincheiras e colocam tantos problemas que ela passou a ser vista por muitos como algo de contornos metafísicos. A atividade do juiz é uma atividade prática, de modo que ele precisa abrir mão da verdade “posto que na ordem prática e, portanto também na ordem jurídica, a certeza absoluta não é acessível aos homens, é necessário que nos contentemos com a probabilidade histórica, obtida por meio da experiência, cujo supremo grau é exatamente a certeza moral” [6].

A verdade real foi a ideologia do Sistema Inquisitório. Nele, vigorava a crença na “real possibilidade de se obter a verdade pelo conhecimento do objeto e, assim, se aposta nos postulados da Filosofia da Consciência como o genial caminho de descoberta” [7]. Hoje, a ideologia da verdade está sendo recuperada, por assim dizer, baseada num *desejo de garantias*, como propósito da atividade processual, pelos autores da Escola de Girona. A chamada “concepção racionalista da prova”, de matriz cognitivista, defende que “a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos” é um “instrumento de conhecimento” ainda que reconheça a fragilidade de seus resultados [8].

Assim, aqueles que ainda insistem no valor da verdade no processo parecem se unir em dois extremos que se tocam: ou na defesa de modelos processuais inquisitoriais, que defendem a exclusão de quaisquer limites à produção da prova da verdade por parte dos órgãos incumbidos da acusação e orientados para a persecução do inimigo [9], ou na defesa de modelos processuais garantistas que idealizam o valor da verdade como uma exigência de justiça para limitar o Poder Punitivo. O que essas duas vertentes com valores tão díspares possuem em comum? A compreensão da atividade probatória e da decisão judicial como uma *epistemologia*, um problema de conhecimento, tributários de uma filosofia da consciência.

Carnelutti, em seu texto, foi capaz de nos ensinar algo revelador: o problema da prova e da decisão no processo penal não é *epistemológico*, mas *ético*. De modo que podemos afirmar que aí residem os principais problemas dos adeptos da teoria das provas no processo penal como uma epistemologia, já que não considerando a hiância que se interpõe entre o conhecer e o escolher, minimizam a astúcia psicológica do pensamento heurístico, utilizado pela mente para saltar (sobre o desconhecido) e decidir, momento onde vieses e pré-compreensões jogam papel decisivo.

No campo da psicanálise pós-freudiana, a psicanálise foi colocada como um problema de conhecimento, de modo que as vertentes interpretativistas haviam degradado a ciência de Freud numa arte do conhecer, colocando os analistas na posição de sujeitos suposto saber, uma relação autoritária e verticalizada entre analista e analisando onde um sabe e o outro obedece, relação que ainda hoje é a regra nas ciências médicas.

Lacan, entre os anos de 1959-1960, em seu seminário *A Ética da Psicanálise* [10], subverteu essa visão, ao deslocar o problema da psicanálise do campo do saber para o campo do agir, declarando-a como uma ética. A nosso ver, o texto final de Carnelutti, *Verdade, dúvida e certeza*, escrito 5 anos depois, realizou o mesmo movimento, deslocando o problema da verdade (e, portanto, da prova e da decisão no processo penal) do campo da epistemologia para o campo da

ética. Com ele, podemos enfim afirmar que *o Processo Penal é uma ética*.

Não no sentido fraco da ética como predisposição de deveres-seres para os falantes diante de certas situações, mas no sentido de uma arte do agir própria aos seres dotados de livre-arbítrio. Essa dimensão de liberdade foi ressaltada à exaustão no texto *Verdade, dúvida e certeza*, embora contestada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho quando afirmou que Carnelutti confundira o “reino da ação” com o “reino da liberdade”, pois “entende-se de que não há qualquer liberdade no agir humano”, já que “o sujeito é constituído a partir do Outro, inconsciente por natureza. Afinal, o desejo do homem é o desejo do Outro”, sendo a liberdade apenas uma questão de crença [11].

O apontamento de Coutinho é crítico não pelo que ele diz, mas pelo que ele deixa de dizer: se é certo que *o Eu é um Outro*, também é certo que *esse Eu é um sujeito*, e o reconhecimento dessa subjetividade constitui precisamente o cerne da ética da psicanálise: jamais tratar o paciente como um objeto. E tratá-lo como inteiramente determinado pelas estruturas do Grande Outro (a liberdade é uma crença!) seria anular a subjetividade de quem decide e, de alguma maneira, desresponsabilizá-lo por seus atos e escolhas – o que colaboraria, enfim, para a vitória das vertentes cognitivistas da análise da prova, para a desresponsabilização dos juízes por suas decisões, o que só seria conveniente do ponto de vista do Poder Punitivo.

Considerações finais

O reino dos seres-falantes é o reino da linguagem. Os sapiens inventaram duas formas básicas de linguagem: a matemática, algorítmica, que não admite o erro, e a simbólica, onde tudo é ficção, metáfora, metonímia e, portanto, equívoco. Atribui-se a Lacan ter dito que “você pode saber o que *disse*, mas nunca o que *outro* escutou”, de modo que na linguagem simbólica tudo é desencontro, retratando a tragédia que distingue e caracteriza a convivência tensa dos humanos.

No terreno do imaginário (e o processo penal é pura construção de imaginário, já que a reconhecimento do evento passado não pode ser realizada senão no campo do imaginário, “aquilo que não cessa de se inscrever”) ocorre uma produção obsessiva de sentidos, sempre havendo espaço para a fantasia, o engano e o logro, já que quando se reconstrói um fato imaginariamente, se reconstrói atribuindo-lhe ao mesmo tempo um sentido positivo ou negativo, lícito ou ilícito.

Se concebemos que a ideologia da verdade pode estar, de modo ambivalente, instrumentalizando o Poder Punitivo e alimentando a idealização da sua limitação, precisamos superar a visão inicial da absoluta ausência de liberdade do magistrado inserido no campo do Grande Outro (o que já acontece na realidade dos juízes que, consciente ou inconscientemente julgam conforme os interesses corporativos do desejo do Outro da punição) e reinseri-lo no campo da ética da prova, campo da decisão e da liberdade, mas também da responsabilidade, já que os parâmetros éticos do garantismo já foram fixados pelo povo brasileiro na Constituição de 1988, apresentando diretrizes democráticas a balizar a atividade judicial.



- [1] LACAN, Jacques. *O seminário, livro 4: a relação de objeto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 259.
- [2] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 30. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 32.
- [3] FREUD, Sigmund. Rascunho H. In: *Publicações pré-psicanalíticas e esboços inéditos (1886-1889) da Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: vol. 1. Rio de Janeiro: Imago, 1988, p. 127.
- [4] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. Op. cit, p. 113.
- [5] NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p. 586.
- [6] BRICHETTI, Giovanni. *La evidencia en el derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, pp. 14-15.
- [7] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08.
- [8] ABELLÁN, Marina Gascón. *O problema de provar*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 19.
- [9] KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros da passividade*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2011, p. 20.
- [10] LACAN, Jacques. *Seminário, livro 7: a ética da psicanálise, 1959-1960*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- [11] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas*. Op. Cit., pp. 89-90.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jul-08/da-etica-da-psicanalise-a-etica-do-processo-penal-parte-2/>