O mito do livre convencimento motivado: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente

Rubens R R Casara

Rubens R R Casara, juiz de direito do TJ/RJ, Doutor em Direito, Mestre em Ciências Criminais, membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD) e do Corpo Freudiano.

I – APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Limitar o poder punitivo do Estado: essa tem sido uma das principais preocupações encontradas na dogmática processual penal crítica. Para fazer frente a uma tradição autoritária, fruto de práticas legislativas, judiciais e policiais que apostavam na ampliação do poder penal como forma de solucionar os mais variados problemas (do controle de populações indesejadas às questões de moradia e saúde pública), o processo penal se apresenta como o instrumental teórico capaz de limitar a opressão estatal e racionalizar o procedimento de aplicação de respostas estatais (penas) aos desvios etiquetados de crime.

Dentre os princípios que integram o conteúdo normativo do processo penal, em matéria probatória, destaca-se o do livre convencimento motivado. Esse princípio enuncia que "o julgador tem liberdade de valorar as provas de acordo com sua consciência ou convencimento, desde que motivadamente e não extrapolando o que consta do processo" (LIMA, 2006, p. 66). Assim, ao valorar as provas, os elementos de convicção trazidos dialeticamente ao processo, o juiz não está preso a valores previamente fixados em lei (tal qual o procedimento da clínica psicanalítica, o procedimento probatório tem como marca a singularidade do caso submetido à apreciação judicial), mas tem o dever de motivar racionalmente sua conclusão. Na lição de Ferrajoli, esse princípio "exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito à estrita legalidade, e de fato, à prova das hipóteses acusatórias" (FERRAJOLI, 2002, p. 497). Em outras palavras, a "convicção é racionalizada na motivação" (MARINONI, 2008, p. 279). Se o processo penal é a tentativa de racionalizar o poder penal, o princípio do livre convencimento motivado é o comando normativo que mira na racionalização da valoração probatória.

Procurar-se-á, neste trabalho, demonstrar que o princípio do livre convencimento motivado é um mito que ocupa o espaço teórico destinado a produzir o velamento da tradição e do inconsciente na valoração judicial das provas no processo penal.

II – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO VS TRADIÇÃO E INCONSCIENTE.

Em que pese ser possível encontrar traços da motivação das decisões judiciais tanto na jurisdição eclesiástica da Santa Inquisição quanto na dos magistrados romanos, o princípio do livre convencimento motivado, como hoje é entendido, é um produto do Estado Moderno ou, mais precisamente, uma construção teórica inserida na tentativa de racionalizar a atividade estatal. No plano filosófico, esse princípio encontra-se vinculado à chamada filosofia da consciência, ao esquema sujeito-objeto e à crença de que se apreende a prova para, em seguida, decidir conforme

a consciência. O julgador pensado para atuar a partir do livre convencimento é o sujeito da consciência, o julgador do primado da razão. Salta aos olhos que a dogmática processual penal brasileira mostrou-se satisfeita com os efeitos da incidência do princípio do livre convencimento motivado, símbolo do domínio da razão, sobre o imaginário dos atores jurídicos e dos consumidores da justiça, e, desde então, desconsiderou cada transformação nos paradigmas do pensamento, cada ferida narcísica sofrida pela razão ocidental (de Darwin e Marx a Freud e Heidegger).

Ao recorrer ao "princípio do livre convencimento motivado", o julgador ignora tanto o linguist turn, ou seja, desconsidera que o acesso à prova não se dá de maneira direta e objetivante, quanto o inconsciente. Com o giro linguístico, a linguagem, que já está dada, passa a ser percebida como condição de possibilidade de todo conhecimento manifesto e do inconsciente, aquilo que é latente. Dito de outra forma: o sujeito cartesiano não pode mais ser visto como o fundamento do conhecimento, pois ele também só surge com e pela linguagem. Compreender já é um existencial da própria condição humana. Por isso, não basta pensar a valoração da prova, mas antes de tudo é imprescindível voltar a atenção para o ser que possibilita essa valoração. Sem se pensar o julgador, ser que se encontra inserido em uma tradição e no qual o inconsciente se manifesta nas descontinuidades, na fratura do sujeito, é impossível entender o que o levou à formação do seu convencimento: o julgado está condicionado pelo julgador, o julgador está condicionado pela tradição e pelo inconsciente. Há escamoteado pela consciência um sujeito do inconsciente, "tão inapreensível por esse eu quanto o desejo" (QUINET, 2008, p. 28). Pensar o julgador significa compreendê-lo inserido em uma tradição, condicionado por uma pré-compreensão que o antecede, e submetido ao inconsciente, em relação ao qual não se tem acesso direto, livre e constante. As respostas fornecidas pelo passado, naturalizadas, condicionam as possibilidades no presente, inclusive as opções do julgador ao valorar as provas que lhe são apresentadas. De igual sorte, ao acreditar na liberdade de formar seu convencimento a partir (e exclusivamente) das provas que constam dos autos, ou melhor, ao crer na possibilidade de escolhas racionais sem influência de fatores estranhos ao seu controle consciente, o julgador, em atitude solipsista, nega o saber inconsciente (simbólico), o inconsciente que revela um saber que em grande parte escapa ao eu da consciência. Saber que não se conhece, que não se domina, pelo qual nenhum sujeito é responsável, mas que, não raro, irrompe nas decisões, nas sempre presentes brechas da razão; saber constituído de "símbolos e significações que determinam o sujeito à sua revelia, permitindo-lhe referir-se a ele, consciente e inconscientemente, ao exercer sua faculdade de simbolização" (ROUDINESCO; PLON, 1998, p. 714).

Para além da controvérsia entre livre-arbítrio e determinismo, e dos motivos políticos que levaram Santo Agostinho a escrever De libero arbítrio (Ver AGOSTINHO, 1995), o inconsciente, a hipótese posta em 1900 (FREUD, 2001) e demonstrada por Freud desde então (FREUD, 1996; FREUD, 2010, p. 99-150), e a tradição, em que o julgador está, já que é ser-no-mundo (HEIDEGGER, 2009; GADAMER, 2006, p. 40), não podem ser negados. Não existe decisão que seja controlada exclusivamente pela razão. As pulsões, em especial a pulsão de morte (irrepresentável), e a naturalização da tradição tornam duvidosa (ou, ao menos, extremamente difícil) a possibilidade de tornar consciente o que do inconsciente e da tradição produzem efeitos na valoração das provas judiciais, mas, por outro lado, tornam evidente que não existe liberdade absoluta de decidir a partir das provas.

III – UMA TENTATIVA DE CONCLUIR

O livre convencimento motivado não passa de um mito, um "enunciado do impossível" (LACAN, 1992, p. 132), com conteúdo manifesto a ocupar um lugar que antes ficava vazio na dogmática processual penal. Um mito, que, como a verdade, tem uma estrutura de ficção (Cf. LACAN, 2008, p. 253) e parte da crença de que o sujeito é capaz de julgar de acordo com a sua consciência em atenção unicamente às provas que constam dos autos. Dogmático e coletivo, como todo mito, o "livre convencimento motivado" produz efeitos de verdade. Aliás, o dever de motivar a valoração dada à prova liga-se à verdade (ao lado da liberdade, um dos valores da jurisdição penal), ao amor à verdade, essa "coisa que zomba da falta a ser da verdade" (LACAN, 1992, p. 54).

O julgador cartesiano para se confortar com o mito, que passa a exercer a função das fantasias (pois torna racional – e aceitável – aquilo que, por vezes, parte do desconhecido), ignora o determinismo da linguagem, o campo do Outro, local em que verdadeiramente se forjam o Sujeito e suas decisões. Por outro lado, esse mesmo julgador é capaz de "analisar a significação de seus sonhos, de se rememorar e explorar sua subjetividade, de confrontar com o recalcamento e o conflito interno, de trabalhar seu determinismo in-

consciente para dele se emancipar" (ROUDINESCO, 2009, p. 207).

As tentativas de desvelar o julgador (e essas tentativas, para se tornarem efetivas, só podem ser promovidas pelo próprio julgador), o inconsciente e a tradição que a cerca, permitem identificar preconceitos, precondições (não raro, autoritárias), paranoias, perversões e outras patologias, bem como associar (associação que nunca é livre) elementos que gravitam em torno da valoração da prova, condicionando-a. Há, de fato, um potencial libertário em conhecer o que, em grande parte, determina o julgador (o juiz, para interpretar, deveria antes se interpretar), mas não se pode, ingenuamente, acreditar que esse processo de desvelamento é capaz de pleno êxito. Com Lacan pode-se afirmar que "não se trata de passar de um patamar inconsciente, mergulhado na obscuridade, para o patamar consciente, sede da clareza, através de sabe-se lá que misterioso elevador" (LACAN, 2003, p. 146), mas de aprender a reconhecer a finitude humana e, em consequência, a fragilidade da razão como limite à opressão.

Sob certo aspecto, a resultante da valoração, a decisão, apresenta-se como um sintoma, vez que surge no entrelaçamento entre Real, Simbólico e Imaginário e, em que pese o inconsciente ser "estruturado como uma linguagem" (LACAN, 2008, p. 27), "ao Real falta representação psíquica" (COUTINHO JORGE; FERREIRA, 2009, p. 32). O inconsciente, portanto, nunca se revela por inteiro. Cabe, portanto, a partir desse sintoma, ou seja, depois do evento da decisão (que não é livre), expor livremente razões para justificá-la à luz do Estado Democrático de Direito. Isso porque, se não há liberdade antes da decisão ser produzida pelo julgador, "há absoluta Liberdade Só-Depois" (MAGNO, 2005, p. 45).

Para além da postura dogmática atrelada ao paradigma do sujeito cartesiano (eu da consciência), o dever de motivar as decisões não pode mais significar a necessidade de expor as razões de fato e de direito que o levaram à opção probatória, isso porque não foi a razão que produziu, com exclusividade, essa decisão. A partir dessa premissa, o dever de motivar deve ser compreendido como uma autoanálise, uma forma de controle a posteriori exercido pelo próprio julgador acerca da legitimidade democrática de sua decisão (na realidade, é a fundamentação que transforma um evento em decisão) e, ao mesmo tempo, uma tentativa de persuadir a sociedade desse acerto. Em outras palavras, a fundamentação da decisão, que só é criada após o evento, funciona como interdição ao arbítrio, uma espécie de super-eu da dogmática.

BIBLIOGRAFIA:

AGOSTINHO, Aurélio. O livre-arbítrio; trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

COUTINHO JORGE, Marco Antônio; FERREIRA, Nadiá Paulo. Lacan, o grande freudiano. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal; trad. Juarez Tavarez. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos; trad. Walderedo Ismael de Oliveira. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

_____. Os chistes e sua relação com o inconsciente; trad. sob a direção geral de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

_____.Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos; trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica; trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo; trad. Márcia Sá Cavalcante Sshuback. Petrópolis: Vozes, 2009.

LACAN, Jaques. O seminário, livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise; trad. M.D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

_____. O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise; trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

_____. El seminário de Jaques Lacan: libro 4: La relación com El objeto. Buenos Aires, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. Curso de processo penal, vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAGNO, MD. Psicanálise: arreligião. Rio de Janeiro: NovaMente, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. O processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUINET, Antonio. A descoberta do inconsciente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Dicionário de psicanálise; trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ROUDINESCO, Elisabeth. Em defesa da psicanálise; trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.