

O CONTRADITÓRIO PRÉVIO E A MOTIVAÇÃO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO: O RECONHECIMENTO COMO UM FUNDAMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO

THE RIGHT TO BE HEARD BEFORE THE ADMISSIBILITY OF THE ACCUSATION AND THE DECISION REASONING: THE RECOGNITION AS A PHILOSOPHICAL-POLITICAL BASIS

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

Doutor em Direito (UFPR). Mestre em Direito (UFPR). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

RESUMO

O juízo de admissibilidade da acusação, como estabelecido atualmente na legislação brasileira, não contempla o contraditório prévio e a exigência de fundamentação. Isto implica a inconstitucionalidade da decisão relativa à ação penal, fato que representa severa afronta à esfera de direitos constitucionais do acusado. Aqui, os direitos à motivação (CR, art. 93, IX) do juízo de admissibilidade da acusação e ao seu contraditório prévio recebem da teoria do reconhecimento de Axel HONNETH um possível fundamento filosófico-político, como a expressão de uma luta social (virtual) protagonizada pelos cidadãos socialmente excluídos, que estão fadados a ser o alvo principal do sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE: Ação penal; admissibilidade da acusação; contraditório; motivação; teoria do reconhecimento (Axel Honneth).

ABSTRACT

The admissibility of the accusation, as currently provided by the Brazilian law does

not establish the previous right to be heard and does not require the decision reasoning. This implies the unconstitutionality of this decision concerning the criminal action, what causes severe damage to the sphere of constitutional rights of the accused. Here, the rights to the decision reasoning (Brazilian Constitution, art. 93, IX) and the right to be heard before the admissibility of the accusation receive from the theory of *recognition* (Axel Honneth) a possible philosophical-political basis, as the expression of a social struggle starred by the socially excluded people, which are bound to be the main target of the criminal justice system.

KEYWORDS: Criminal action; admissibility of the accusation; right to be heard; decision reasoning; recognition theory (Axel Honneth).

INTRODUÇÃO

Este pequeno ensaio tem como objetivo – algum tempo depois de uma reforma do Código de Processo Penal (2008) em que se perdeu a oportunidade de (re)afirmar garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa – de procurar, na teoria do reconhecimento de Axel HONNETH, um possível fundamento material para os direitos constitucionais do acusado no momento do juízo de admissibilidade da acusação.

Para tanto, após breve exposição do problema da inconstitucionalidade do atual juízo de admissibilidade da acusação e da teoria do reconhecimento em Axel HONNETH, pretende-se verificar se o discurso das garantias constitucionais pode encontrar uma fundamentação teórica mais consistente a partir das leituras propostas.

1 A AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A AÇÃO PROCESSUAL PENAL E DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO: O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS DO ACUSADO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

Estabelecidas garantias constitucionais a todo acusado em processo penal, sobreleva-se em relevância o momento processual em que o juiz investiga a

presença das condições à admissibilidade da acusação. Ainda que, aqui, já devesse estar presente a paridade de armas conferida pelas garantias da *ampla defesa* e do *contraditório*, a prática judiciária demonstra que a posição do acusado é francamente desfavorável e atenta contra aquelas próprias garantias.

Dois são os principais fatores que determinam esse desequilíbrio (sem mencionar o fato de que o Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, foi concebido no âmbito de uma política processual repressiva e ideologicamente inspirada no fascismo):¹ em primeiro lugar, o entendimento jurisprudencial de que o ato do recebimento da denúncia não contém carga decisória e, por isso, não demanda motivação; e, também, a ausência de contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação.

No que diz com a primeira destas questões – a motivação fático-jurídica da decisão judicial que recebe a denúncia ou a queixa – como se sabe, o Supremo Tribunal Federal entende se tratar de mero despacho de expediente, sem conteúdo decisório e, portanto, fora do âmbito de aplicação do art. 93, IX, da Constituição da República, que exige a motivação de *todas* as decisões em processo administrativo ou judicial.² Ainda, note-se que o Código de Processo Penal não prevê recurso à impugnação da decisão que recebe a denúncia. Apesar disso, entende-se que a decisão que deixa de receber a acusação deve ser motivada³ e comporta recurso ordinário.

A interpretação da Corte Suprema, apesar dos quase vinte anos de Constituição democrática, esbarra na constatação mais evidente que qualquer estudo teórico sobre o tema proporciona: a decisão sobre a admissibilidade da

¹ Como indica a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689/1941), o vigente Código é uma adaptação ao caso brasileiro do Código de Processo Penal italiano de 1930, o *Codice Rocco*, elaborado, sob encomenda de Benito MUSSOLINI, por Alfredo ROCCO e Vincenzo MANZINI, todos fascistas.

² Inúmeras são as decisões judiciais neste sentido. Eis alguns exemplos: “*Denúncia – Recebimento – Fundamentação*. Mostra-se razoável o ato do juízo no que se reporte ao inquérito formalizado” (STF – HC – j. 7.11.95 – Rel. Marco Aurélio – JSTF-LEX 212/339); “*Habeas corpus – Recebimento de denúncia – Ausência de fundamentação – Alegação de ofensa ao art. 93, IX, CF – Inocorrência*. ‘O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo MP não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da CF de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, não reclama, em consequência, qualquer fundamentação’ (STF – HC – Rel. Celso de Melo – DJU 23.9.94).

³ “O despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de ‘decisão’, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação (art. 394 do CPP); a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa (art. 516 do CPP), aliás, único caso em que cabe recurso (art. 581, I, do CPP).” (STF – [HC 72.286](#), Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 28-11-95, *DJ* de 16-2-96). No mesmo sentido: [HC 70.763](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-6-94, *DJ* de 23-9-94.

acusação tem por conteúdo decisório as “condições da ação penal”, seja para afirmar sua presença ou ausência. Indubitavelmente há um conteúdo decisório e, portanto, uma decisão, que deve ser motivada.

Disso, já disse Fauzi Hassan CHOUKR (2001, p. 84) que

“a garantia constitucional da motivação surge em mais este instante, mas ainda não devidamente aculturada pelos magistrados no exercício da prática forense. Com efeito, em obediência à norma constitucional, tanto a decisão de conteúdo positivo (recebimento) como o negativo (rejeição) deveriam ser fundamentadas. Na hipótese negativa os motivos ensejadores serão o norte para uma eventual manifestação recursal, enquanto na hipótese positiva dão a certeza às partes da existência, ao menos nesse momento inicial, das condições para o exercício do direito de ação.”

Ainda, é digno de nota, sobre o tema, que o Projeto de Lei 4.207/01⁴, originário da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, em seu art. 396, determinava a obrigatoriedade da motivação: “O juiz fundamentadamente decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa”. Como se sabe, porém, tal projeto foi alterado durante sua tramitação e o novo procedimento ordinário segue sem determinar expressamente a motivação da decisão que recebe a acusação.⁵

O outro problema que importa enfrentar diz com a garantia constitucional do contraditório, que deve permear todo o desenvolvimento do processo, mas não encontra lugar no juízo de admissibilidade da acusação em diferentes procedimentos penais, incluindo o principal deles, o comum ordinário. Isto a despeito, como se verá, da reforma do Código de Processo Penal realizada em meados de 2008. Nesses casos, ao oferecimento da denúncia ou queixa segue-se o ato processual equivalente ao juízo de admissibilidade, sem qualquer manifestação prévia do acusado, isto é, sem possibilidade de exercício do contraditório. É manifesta, neste sentido, a inadequação constitucional de tais procedimentos.

É bem verdade, no entanto, que os procedimentos estabelecidos em leis processuais penais especiais mais recentes, posteriores à Constituição de 1988,

⁴ Texto do Anteprojeto de Código de Processo Penal da comissão integrada pelos seguintes juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual: Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rene Ariel Dotti, Rogério de Lauria Tucci e Sidnei Beneti, **Diário Oficial da União**, Seção 2, nº 15-E Brasília - DF, de 21 de janeiro de 2000.

⁵ É verdadeiro que, diante do comando constitucional do art. 93, inciso IX, desnecessário é que o Código preveja expressamente que a decisão deve ser fundamentada.

costumam prever o ato da defesa prévia ao juízo de admissibilidade da acusação. É o caso, por exemplo, da Lei 8.038/1990, que institui normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (estendidas aos processos de competência originárias dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça pela Lei 8.658/1993): oferecida a denúncia, o artigo 4.º daquela lei prevê prazo de 15 (quinze) dias ao acusado para oferecer resposta escrita (cujas razões poderão ser, nos termos do art. 6.º, objeto de sustentação oral) antes da decisão sobre a admissibilidade da acusação. Este contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação se verifica – porém, com menor grau de garantias processuais –, também, a título de exemplo, nos procedimentos da Lei 9.099/1995, relativo aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 81), e da Lei 11.343/2006, aplicado aos crimes, nela previstos, relacionados às drogas ilícitas (art. 55).

Sem embargo, a conveniência – para não dizer necessidade – do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação não era desconhecida do legislador anterior à Carta Magna de 1988. As situações em que ele existia, porém, denotam o caráter seletivo e repressivo da legislação processual penal brasileira. Com efeito, desde 1941, o Código de Processo Penal já estabelecia o contraditório prévio no procedimento especial dos crimes praticados por funcionários públicos (arts. 514 e 516), e, também, a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), no procedimento aplicável aos crimes praticados por meio da imprensa (art. 43, § 3º).

Com efeito, dar efetividade ao direito de defesa do acusado, nesse momento processual, é um dos requisitos à plena adequação constitucional do direito processual penal pátrio. Nas palavras de SOUZA NETTO (2003, p. 129), o contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação se trata

“de intento destinado a dotar o processo de faculdades equivalentes entre as partes; e de impedir acusações sem o preenchimento das condições da ação e regularidade da acusação, que aí devem ser discutidas. Matéria de real importância, sempre foi extremamente descuidada no nosso processo penal, mormente nos ritos ordinário e sumário, onde não há previsão da defesa prévia, ou seja, anterior ao juízo de admissibilidade, restando a reprovabilidade ao juiz da causa, que nem sempre preocupa-se com a efetiva avaliação. Tanto que, de modo equivocado, não poucos pensavam, ou pensam, tratar-se de um mero despacho, quando, em verdade, é, por evidente e óbvio, uma decisão interlocutória.”

A nova redação proposta, inicialmente, para os procedimentos processuais penais, com as alterações introduzidas pela Lei 11.719/2008, pretendia assegurar o contraditório prévio ao recebimento da denúncia. Todavia, a intervenção da Câmara dos Deputados durante a tramitação do Projeto de Lei 4.207/01 acabou por frustrar aquele intento e promoveu verdadeira incoerência técnica na redação do Código de Processo Penal. De fato, em dois momentos distintos da estrutura procedimental fala-se em “recebimento” da denúncia, um antes e outro depois da citação e da manifestação do réu. Numa interpretação literal da lei, porém, não há previsão de contraditório antes do juízo de admissibilidade. Este tema foi muito bem abordado por Lênio Luis STRECK (s.d.), Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (2008) e Antonio Acir BREDÁ (2009), todos sugerindo como solução a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade de um juízo de admissibilidade sem contraditório prévio.

Ainda, sobre este tema, afirma Aury LOPES JÚNIOR (2003, p. 173) que se deveria estabelecer um período intermediário, entre as fases pré-processual e processual, caracterizado por uma audiência contraditória (semelhante à prevista na Lei 8.038/1990), em forma oral, inclusive com aporte de provas e argüição de testemunhas (em número reduzido): “Na essência, a função é a mesma, mas a forma dos atos (oralidade ou escrita) é completamente diferente e afeta, em última análise, a máxima eficácia do direito de defesa. Do contrário, teremos um ato simbólico, de pouca ou nenhuma eficácia para a defesa.”⁶

⁶ A experiência processual penal norte-americana corrobora as palavras do autor: Naquele sistema processual, há uma audiência preliminar na qual o juiz verifica se efetivamente existe uma *probable cause*. É momento equivalente ao nosso juízo de admissibilidade da acusação, que toma lugar (a *preliminary hearing*) poucas horas após a prisão do acusado: “Quando uma pessoa é acusada de um *major crime [felony]*, a ela se pode dar uma audiência preliminar, ou interrogatório, perante o magistrado, habitualmente em algumas horas após a sua detenção. (...). O propósito da audiência preliminar é determinar se há prova suficiente justificando submeter o acusado aos procedimentos seguintes pelo *grand jury* ou pelo tribunal. (...). Se o acusado for desonerado após a audiência preliminar, isto normalmente conclui a prossecução do caso, mas ele pode ser novamente detido sob a mesma acusação se mais tarde, por alguma razão, for considerado que ele possa ser melhor processado. Por outro lado, se for mantido para julgamento, ele pode ser liberado sob fiança ou detida na prisão local.” (CALDWELL; NARDINI, 1977, pp. 210-211). Convém, ainda, mencionar que a *preliminary hearing*, segundo a Suprema Corte (*Coleman vs. Ala*, 1970), é fase processual em que se faz necessária a presença de advogado, sob pena de violação à Sexta Emenda (ISRAEL, 1993, p.360). [Tradução livre de: “*When a person is accused of a major crime, he may be given a preliminary hearing, or examination, before the magistrate, ordinarily within a few hours after his arrest. (...). The purpose of the preliminary hearing is to determine whether there is sufficient evidence to justify holding the accused for further proceedings by the grand jury or the trial court.(...). If the accused is discharged after the preliminary hearing, this usually concludes the prosecution of the case, but he may be rearrested on the same charge if for any reason it later appears that he may be*”

Por tudo, fundamental é que à defesa seja dada a oportunidade de manifestação sobre a conduta descrita na acusação antes de seu recebimento e, também, que o juiz fundamente a decisão interlocutória que a recebe, como manda a Constituição.

Recentemente, em manifestação que pode mudar os rumos deste incorreto entendimento judicial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira MENDES, por ocasião do juízo de admissibilidade das acusações oferecidas como resultado do Inquérito 2.245, do Ministério Público Federal, instaurado para investigar o “caso dos mensaleiros”, afirmou que a denúncia não pode ser recebida por carimbo e ressaltou a necessidade do contraditório prévio. Na íntegra, o preâmbulo de seu voto, proferido em 24 de Agosto de 2007:

“TRIBUNAL PLENO – INQUÉRITO 2.245 – EXPLICAÇÃO – O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, também já me ocorreu a dúvida que assaltou a Ministra Cármen Lúcia, a partir da sustentação, quanto à responsabilidade da Diretora Ayanna Tenório. No entanto, diante dos esclarecimentos realizados pelo Relator, entendo que a questão está sanada. Tenho uma impressão, e gostaria, nesses breves minutos, de dizer que o Tribunal está, como tem sido destacado pela mídia, a realizar um julgamento histórico. Tanto a atuação, aqui, do Ministério Público quanto a da defesa são dignas dos maiores encômios: transparentes, claras e necessárias para fazermos uma avaliação deste complexo processo. Por outro lado, cresce-me a convicção da importância deste procedimento. Na semana passada, discutíamos, em relação a um caso vinculado a este complexo evento, o recebimento da denúncia. Eu dizia da importância desta fase de defesa prévia no âmbito de primeiro grau. Lá se dizia, então, que as denúncias são recebidas com um carimbo. Claro que eram descrições. Não eram elogios, porque denúncia não pode ser recebida com carimbo. É preciso que se afirme e reafirme isso. Na verdade, carregar um processo criminal é algo muito grave. Não basta a informação de que as pessoas responderão depois, que depois se fará a defesa, ameaçando de forma muito forte a dignidade da pessoa humana ou, às vezes, usando o processo como pena. Sabemos muito bem disso. É preciso, portanto, que esta Corte reafirme esses princípios, porque não está apenas a julgar um caso. Na verdade, esta Corte dá lições permanentes para todas as demais Cortes do país. Por isso este julgamento assume este caráter emblemático. Não podemos permitir que o processo se convolve em pena; formular denúncias que se sabem inviáveis para, depois, nos livrarmos dos nossos problemas de consciência e tendermos à opinião pública, ou coisa que tal, e saibamos que aquele carrega, para sempre às vezes, a pecha do processo que se sabe inviável. Os colegas da Segunda Turma devem se lembrar de um caso hoje histórico. Não conheço, na história penal do Tribunal, dos tempos recentes, algo mais bizarro que a denúncia por conta dos dólares no Afeganistão. Não conheço nada mais bizarro. Denúncia recebida pelo Tribunal Regional Federal de São Paulo e preservada pelo STJ, só corrigida, por unanimidade, pela Segunda Turma no julgamento do HC nº 84.388/SP, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa

more successfully prosecuted. If, on the other hand, he is held for trial, he may be released on bail or detained in the local jail.”]

(julgado em 14.12.2004, DJ 19.5.2006). O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Voto meu, Ministro Gilmar Mendes. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Saúdo Vossa Excelência. Vejam, portanto, a importância, inclusive, do *habeas corpus* que chega a esta Casa. Quase que uma infantilidade tramitava, e se levaria o processo para frente. Por quê? O TRF recebeu a denúncia inviável; o STJ a manteve, e somente esta Corte pôde corrigir o equívoco. Portanto, é fundamental, neste momento inicial, fixarmos essas linhas, vitais para o processo do Estado de Direito. Este, como sabemos, não conhece soberanos. Talvez seja uma das suas mais adequadas definições. Já se disse, em outro tempo, que Estado de Direito era aquele no qual se batia às portas de alguém às seis horas da manhã e se sabia que quem estava a bater era o leiteiro e não a polícia. Hoje a polícia até pode bater à porta, às vezes com um mandado judicial desfundamentado. É preciso termos cuidado com todas essas evoluções. Por isso faço este preâmbulo que, de certa forma, balizará também o meu pensamento neste julgamento como um todo, tendo em vista as experiências aqui vividas.”

Neste sentido, acredita-se que a teoria do reconhecimento de Axel Honneth pode oferecer substrato filosófico político para um fortalecimento do discurso das garantias no processo penal, razão pela qual promover-se-á um sobrevoo sobre seus elementos básicos.

2 A TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH: A GRAMÁTICA MORAL DOS CONFLITOS SOCIAIS

A teoria do reconhecimento de Axel HONNETH parte da noção de uma experiência moral, pré-teórica, que serviria como fundamento para a compreensão intersubjetiva de uma luta por reconhecimento, que seria uma reação legítima à injustiça e ao desrespeito. Embora pertença à escola de pensamento de HABERMAS, deste se distancia na medida em que funda sua teoria da intersubjetividade numa noção de experiência, cujo núcleo seria a luta pelo reconhecimento, fundada em noções intuitivas de justiça.

HONNETH sugere a existência de um déficit sociológico nas abordagens teóricas que lhe precederam na Escola de Frankfurt (ADORNO-HORKHEIMEIR e HABERMAS), eis que não tomam a ação social como mediador entre as estruturas econômicas e o indivíduo. Mesmo em HABERMAS, a despeito da importância da sociologia em seu enfoque teórico, não se corrige tal déficit, eis que a intersubjetividade comunicativa não está estruturada sobre a luta e o conflito social,

pilar da Teoria Crítica (NOBRE, 2003, p. 16).⁷ Por esta razão, “preferirá partir dos conflitos e de suas configurações sociais e institucionais para, a partir daí, buscar as suas lógicas. Com isso, torna-se possível, em princípio, construir uma teoria do social mais próxima das ciências humanas e de suas aplicações empíricas” (*Ibidem*, p. 17).

Este é o campo em que o autor elabora sua teoria do reconhecimento, construída a partir de uma (re)leitura do HEGEL da fase de Jena, lido através da obra psicológica de George Herbert MEAD. De fato, a interação humana é descrita com base no conflito, e o reconhecimento surge como elemento fundamental na gramática moral dos conflitos. E esta, por sua vez, é descrita como uma luta por reconhecimento.

Em síntese apertada, seu objetivo parece ser demonstrar como as experiências morais dos sujeitos resultam num processo de denegação do reconhecimento, de modo que o conflito teria uma dimensão moral, refletida numa luta por reconhecimento (HONNETH, 2003). Aqui, sentimentos morais podem alcançar uma amplitude tal que os levam à configuração em movimentos sociais ou lutas políticas. Assim, a *gramática dos conflitos sociais* estaria representada por esta dinâmica social do reconhecimento, com suas etapas no desrespeito, na luta pelo reconhecimento e na mudança social (NOBRE, 2003, p. 18).

Ainda, há que se considerar a concepção formal de eticidade como o padrão normativo de justificação da normatividade, na condição de elemento da dinâmica do reconhecimento. Nas palavras de HONNETH (2003, p. 271), “o conceito de ‘eticidade’ refere-se ao todo das condições intersubjetivas das quais se pode demonstrar que servem à auto-realização individual na qualidade de pressupostos normativos.” O reconhecimento, portanto, eis que seria o único caminho para uma auto-relação positiva, alcançaria o grau de condição indispensável: “Os diversos padrões de reconhecimento representam condições intersubjetivas que temos de pensar necessariamente quando queremos descrever estruturas universais de uma vida bem-sucedida” (*Ibidem*).

Sobre a atualização da obra de HEGEL, note-se que HONNETH afirmou que sua abordagem

⁷ Ainda, afirma NOBRE que “a reconstrução habbermasiana parece a Honneth por demais abstrata e mecânica, ignorando largamente o fundamento social da Teoria Crítica, que é o conflito social” (*Ibidem*, p. 17).

“desvia-se da tradição que remonta a Kant porque se trata para ela não somente da autonomia moral do ser humano, mas também das condições de auto-realização como um todo; por isso, a moral, entendida como ponto de vista do respeito universal, torna-se um dos vários dispositivos de proteção que servem ao fim universal da possibilitação de uma vida boa (*Ibidem*).”

Promove-se, pois, uma elevação da moralidade no sentido da eticidade; o justo é o que se funda no reconhecimento recíproco.

De fato, HEGEL retoma a noção de luta social entre os homens, empregada por MAQUIAVEL e HOBBS em suas abordagens, em um contexto teórico diferente, orientado pela filosofia da unificação de HÖLDERLIN e da leitura de PLATÃO e ARISTÓTELES sobre a *intersubjetividade* como elemento constitutivo da filosofia política (*Ibidem*, p. 37).

Para aquele autor, uma ciência filosófica da sociedade deve superar os equívocos atomísticos do direito natural moderno, que se caracteriza pelo erro básico de considerar o “ser do singular” como “o primeiro e o supremo”. Sujeitos isolados seriam a base natural para socialização humana. Uma “comunidade de homens” deve ser entendida como um modelo abstrato de “muitos associados”, ignorando-se uma unidade ética de todos. HEGEL pretende, em seu enfoque, descrever tal estado de totalidade ética: “comunidade eticamente integrada de cidadãos livres”.

Neste espaço de compreensão, são estabelecidos os traços gerais de uma coletividade ideal que surge, diferentemente daquela concebida pelo direito natural (restrição recíproca dos espaços privados da liberdade), como a possibilidade da realização da liberdade de todos os indivíduos em particular. Nesta toada, os usos e costumes são o meio no qual se procede a integração de tal liberdade e são o que torna possível o exercício de uma liberdade ampliada. A propriedade, porém, segue como uma espécie de liberdade negativa, porém, constitutiva do todo ético.

Para tais fins, todavia, haver-se-ia que reconstruir a própria filosofia social, eis que a moderna, atomística, não dá conta disto e, assim, propõe-se a substituição das categorias atomísticas por outras fundadas no vínculo social entre os sujeitos.

Segundo HEGEL, nos *Escritos de Jena*, citado por HONNETH, “O povo [...] por natureza [é] anterior ao indivíduo, pois se o indivíduo não é nada de autônomo isoladamente, então ele tem de estar, qual todas as partes, em uma unidade com o

todo” (2003, p. 43). Toda filosofia social deve, portanto, partir do vínculo ético entre os sujeitos.

Entretanto, esta “eticidade natural” se converte em uma organização social, definida como totalidade ética. No lugar do contrato social, HEGEL põe a pressuposição da existência de obrigações intersubjetivas na qualidade de uma condição de todo processo de socialização humana (*Ibidem*, pp. 38-48).

A noção de “reconhecimento” ganha importância aqui, na medida em que é projetado o processo intersubjetivo de um reconhecimento mútuo para dentro das formas comunicativas de vida, promovendo assim uma releitura da filosofia política de MAQUIAVEL e HOBBS, para concluir que a luta não se trata de um confronto para a autoconservação, mas para o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana:

“se os sujeitos precisam abandonar e superar as relações éticas nas quais eles se encontram originariamente, visto que não vêm plenamente reconhecida sua identidade particular, então a luta que procede daí não pode ser um confronto pela pura autoconservação de seu ser físico; antes, o conflito prático que se acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana (*Ibidem*, p. 48).”

É nos *Escritos de Jena*, no *Sistema da eticidade*, que este modelo teórico ganha contornos definitivos, em que se parte não da luta de todos contra todos, mas das formas de reconhecimento inter-humano, passando por suas violações, que HEGEL chama de “Crime” e que, então, resulta num estado de integração social, concebível como uma relação orgânica de pura eticidade.

Destas três fases da construção relativa à teoria da sociedade, num primeiro momento, o indivíduo é afastado das determinações naturais por duas etapas de reconhecimento recíproco: a primeira na relação de pais e filhos, em que se reconhece como indivíduo amante e carente de amor, numa relação de dependência, que é superada pela própria família, no sentido de uma “negatividade interna” e independência do filho; e a segunda, ainda como Eticidade natural, as relações de troca entre proprietários, originadas das primeiras, mas transformadas em pretensões de validade universal, dentro das relações jurídicas, que para o autor estão inseridas no próprio âmbito da eticidade natural (*Ibidem*, pp. 49-52).

A totalidade, porém, se constrói a partir da diferença, e aqui importa a noção

de “crime”. O decurso da luta resulta de certas perturbações no convívio social, que se configuram em formas de um exercício negativo da liberdade abstrata. O “crime” é ato ligado ao pressuposto social das relações jurídicas, e nasceria de um vício no processo de reconhecimento, eis que o motivo interno do “criminoso” é constituído pela experiência de não se ver reconhecido de maneira satisfatória na etapa de reconhecimento mútuo. O autor menciona, como exemplo, o roubo, que seria uma modalidade de crime na qual além do patrimônio, o próprio sujeito é atingido como “pessoa” e pode reagir a tal violação, inserindo-se aí o sentido da “luta” (de pessoa contra pessoa), que, todavia, já se encontra pré-decidiado, eis que só uma das partes tem uma pretensão legítima no conflito. O sujeito agredido é que tem prevalência, eis que para ele se trata da reafirmação de sua personalidade inteira. Disto resulta, como etapa final, a sujeição do criminoso, isto é, a luta pela “honra”, que se caracteriza como uma relação afirmativa consigo próprio, ligada ao pressuposto do reconhecimento intersubjetivo.

Embora o texto seja vago em diversos pontos, compreende-se de forma geral as finalidades teóricas de HEGEL. Nota-se que os atos destrutivos não teriam um carácter meramente negativo, mas tais atos propiciam a criação de relações de reconhecimento eticamente mais maduras, a partir das quais se constrói uma “comunidade de cidadãos livres” (HONNETH, 2003, pp. 53-57).

Na passagem da eticidade natural para a absoluta, o papel dos conflitos está ligado à evolução do saber sobre a própria identidade, com o aumento dos “crimes”, bem como ao saber sobre sua dependência recíproca. Isto se percebe pela destruição das formas jurídicas de reconhecimento, pois ferindo a pessoa em seu direito e em sua honra, o “criminoso” faz perceber a necessidade do reconhecimento mútuo.

Por fim, como etapa última desta interação social, nota-se o papel de uma “intuição recíproca”, pela qual o indivíduo se “intui” “em cada um como a si mesmo”, que é superior ao reconhecimento cognitivo, e pode ser descrita como *solidariedade*, desde uma base comunicativa na qual os indivíduos se reúnem numa comunidade ética (*Ibidem*, pp. 58-60).

Após esta construção, porém, fundada numa perspectiva filosófica aristotélica, na Filosofia do Espírito (1803-4), HEGEL dá à luta por reconhecimento uma versão distinta, baseada no paradigma filosófico da consciência, o que promove

um fortalecimento do aspecto subjetivo da questão em detrimento de seu aspecto intersubjetivo. O reconhecimento em HEGEL, pois, que importa a HONNETH é aquele de Jena.

Com tais pilares teóricos, HONNETH constrói sua teoria do reconhecimento, que permearia sua *gramática moral dos conflitos sociais*, na qual os movimentos políticos e lutas sociais representam um papel importante na realização do indivíduo.

3 O RECONHECIMENTO COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À MOTIVAÇÃO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

Como se viu, HEGEL usa a noção de “crime” para explicar uma das etapas de desenvolvimento das relações sociais de reconhecimento. Considerar-se-á, aqui, tal concepção de crime como um elemento de sua abordagem teórica que não tem a pretensão de dar uma explicação jurídica, e tampouco sociológica, para o fenômeno criminoso. O autor, aqui, em verdade, trata do desrespeito, que tem um lugar na gramática moral dos conflitos sociais e não corresponde ao conceito jurídico de crime.

Tal observação é particularmente relevante quando se considera que o objetivo deste texto é encontrar uma base filosófica para alguns direitos dos acusados em processos penais, que *podem* ser autores de crimes. De fato, todo o discurso sobre a criminalidade que se versará aqui não guarda relação com o sentido utilizado pelo jovem HEGEL em sua abordagem sobre o reconhecimento.

Sem embargo, tomar-se-á, aqui, a noção honnethiana de reconhecimento em cotejo com certo conhecimento criminológico contemporâneo, sendo oportuno lembrar trecho já citado de sua obra: “Os diversos padrões de reconhecimento representam condições intersubjetivas que temos de pensar necessariamente quando queremos descrever estruturas universais de uma vida bem-sucedida” (2003, p. 271).

A partir daqui, por hipótese, admitir-se-á que a supracitada distinção realizada pelo Código de Processo Penal, prevendo contraditório prévio ao recebimento da denúncia e motivação do juízo de admissibilidade da acusação para certos crimes, como aqueles praticados por funcionários públicos, e deixando de

prever em relação aos delitos sujeitos ao procedimento comum ordinário, como uma situação de desrespeito, em que os processos de reconhecimento mútuo não se completam.

Isto é muito evidente quando se percebe que os casos penais sujeitos à apuração pelo procedimento ordinário são aqueles que dizem com tipos penais normalmente praticados pela parcela mais pobre da população, excluída total ou parcialmente da sociedade de consumo, como os crimes patrimoniais, contra os costumes e contra a vida.

A lei processual penal, desde 1941, perpetrava grave ofensa ao princípio da isonomia, conferindo certos direitos processuais aos funcionários públicos – portanto, à classe média – e negando-os aos cidadãos “marginalizados”. Considerando que o exercício do poder estatal orientado à elaboração das leis não esta ao alcance de tais “excluídos”, a ausência de tais direitos processuais representa a falta do reconhecimento mútuo.

Mais amplamente, inúmeras são as abordagens teóricas da criminologia contemporânea que demonstram como o sistema penal serve ao controle social de populações com potencial criminógeno,⁸ de modo que o direito penal serviria, assim, à perpetração de uma situação de não-reconhecimento.

A motivação do juízo de admissibilidade da acusação e o contraditório prévio visam proteger direitos caríssimos dos cidadãos, ligados à reputação, honra, dignidade e integridade física e psíquica. Evidentemente que há de ser considerada iníqua a instauração do processo penal contra alguém sem um justo motivo para tal, isto é, quando não preenchidas as condições da ação penal.⁹ Aqui, o contraditório e

⁸ Não se pretende citar todas, mas é possível indicar o *labeling approach* e a *criminologia crítica*. Recomenda-se, entre outras, as leituras de: RUSCHE, Georg. **Labor market and penal sanction: thoughts on the sociology of criminal justice**. In: *Punishment and penal discipline* (Org. Anthony M. Platt e Paul Takagi). Berkeley: Crime and Social Justice Associates, pp. 10-16, 1980; RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 1999; DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006; YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002; WACQUANT, Löic. **Punir os pobres: a administração da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

⁹ Importa perceber que as condições da ação penal são o filtro que protege o cidadão de ser submetido injustamente ao processo penal, que, diga-se de passagem, por si só já pode ser considerado uma pena, como disse CARNELUTTI em suas “*Lezioni sul processo penale*”. Por essa razão há que se ter muita clareza sobre o objeto do juízo de admissibilidade da acusação e, neste sentido, parece de todo inadequado procurar na teoria do direito processual civil os elementos filtrantes que, antes, devem ser encontrados na legislação processual penal.

a motivação das decisões judiciais, ao que se poderia incluir a recorribilidade das decisões (não prevista em relação ao juízo positivo de admissibilidade na legislação brasileira), são requisitos indispensáveis à guarda daqueles direitos fundamentais dos acusados.

Tais hipóteses colocam a questão do reconhecimento num plano, talvez, diverso do pretendido por HEGEL, eis que se pretende reconhecer o potencial autor de um crime como um cidadão. Todavia, é justamente neste aspecto que reside a ofensa ao reconhecimento mútuo, eis que importa sobretudo proteger o cidadão acusado, porém inocente, compreendendo-se o processo penal como seu instrumento de garantia; notadamente na vigência do princípio da presunção de inocência (CR/88, art. 5º, LVII).

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que os direitos à motivação (CR, art. 93, IX) do juízo de admissibilidade da acusação e ao seu contraditório prévio recebem da teoria do reconhecimento de Axel HONNETH um possível fundamento filosófico-político, como a expressão de uma luta social (virtual) protagonizada pelos cidadãos, excluídos da possibilidade do “ter”, que estão fadados a ser alvo do sistema penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 1999;
- BREDA, Antonio Acir. **A reforma do processo penal. A fase postulatória dos procedimentos ordinário e sumário ou uma sucessão de equívocos**. Cadernos Jurídicos, Ordem dos Advogados do Brasil, seção Paraná, Curitiba, n.º 4, jul. 2009;
- CALDWELL, Robert G.; NARDINI, William. **Foundations of law enforcement and criminal justice**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1977;
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP**. O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 8 - 8, 21 out. 2008;
- DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de

Janeiro: Revan/ICC, 2006;

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad.: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003;

ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure: constitutional limitations – in a nutshell**. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993;

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

NOBRE, Marcos. “Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a Teoria Crítica”. *In*: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad.: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003;

RUSCHE, Georg. **Labor market and penal sanction: thoughts on the sociology of criminal justice**. *In*: Punishment and penal discipline (Org. Anthony M. Platt e Paul Takagi). Berkeley: Crime and Social Justice Associates, pp. 10-16, 1980; _____.; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004;

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003;

STRECK, Lenio Luiz. **A jurisdição constitucional e o "duplo juízo de admissibilidade" do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica**, *in* www.leniostreck.com.br;

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres: a administração da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004;

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.