

ENSAIO SOBRE UMA TEORIA GERAL DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia, Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências, Professor de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia e Professor de Direito Penal da Faculdade Batista Brasileira

RESUMO

O presente texto é de caráter introdutório. Os atos de comunicação são tratados aqui como atos de linguagem. Tal texto é uma breve introdução a uma concepção que compreende o Processo Penal como um Processo no Limite da Linguagem. O texto também destaca aspectos político-criminais e criminológicos acerca dos atos de comunicação.

1. INTRODUÇÃO.

A citação, a intimação e a notificação são atos de comunicação no processo penal¹. E isso, certamente, não representa para o leitor mais informado acerca do tema qualquer novidade. Sendo assim, para que possamos analisar esses atos de comunicação, ainda que em linhas gerais, impõe-se de imediato o dever de entendê-los como tais, ou seja, de entendê-los como atos de uma comunicação que venha a ocorrer dentro do processo.

Nessa breve introdução em torno dos atos de comunicação, esclarecemos, desde já, que não temos em mira os atos de cientificação que venham a ser realizados antes de se poder afirmar categoricamente que existe processo. Vale dizer, temos em mente apenas os atos de comunicação ocorrentes dentro do processo, dito de outra maneira, já tendo se constituído perfeitamente o processo².

Feita tal observação, pensamos que a citação, a intimação e a notificação, para que sejam entendidas como atos de comunicação precisam obedecer ao que chamamos de

¹ Consideramos a citação, a intimação e a notificação como atos de comunicação, uma vez que tais atos têm em comum a transmissão de uma informação. A finalidade de tais atos propiciou a elaboração, nessa oportunidade, do esboço de uma teoria geral dos atos de comunicação.

² Não se confunda aqui a idéia de processo com a idéia de ação.

*núcleo essencial*³ do ato de comunicação. Mas o que seria o núcleo essencial do ato de comunicação? A nosso ver, seria o núcleo em comum que todo ato de comunicação deve possuir. Esse núcleo é constituído pelos seguintes elementos: a) emissor; b) receptor; c) informação e d) instrumento utilizado para comunicação.

Note-se, assim, que o núcleo essencial dos atos de comunicação se aproxima em demasia do núcleo essencial do objeto do processo, vez que se o processo penal for compreendido enquanto linguagem (linguagem em sua concepção convencionalista), este, necessariamente, exigirá uma (re)construção dos atos de comunicação, ainda que estes sejam entendidos apenas enquanto uma possibilidade (pois as expectativas dos interlocutores são menores do que as possibilidades de ação), ou seja, ainda que a comunicação possa ser entendida enquanto construção de uma possibilidade (construção de uma possibilidade de relato-conteúdo da mensagem de acordo com a generalização de conteúdo determinada pela ideologia prevalecente), a qual, por sua vez, pode ser, em tese, (des)construída (reconstruída, reorganizada de acordo com uma nova ideologia dada a fluidez das convenções lingüísticas).

Portanto, o núcleo essencial do ato de comunicação é o núcleo essencial do próprio mérito do processo (compreendido esta como oportunidade de reconstituição e reconstrução do fato pretérito supostamente delituoso). Não se utiliza aqui a palavra essencial com o escopo de mitigar a natureza aberta (combinação da incompletude do conhecimento científico com a modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica) e mutável (a conjugação de igualdade fundamental de categoria, mútua substitutibilidade dos critérios adequados de justiça e renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas) que caracteriza a própria idéia de processo. Tal palavra deve ser compreendida enquanto notícia de um processo atrelado ao caso penal. O processo é um produto cultural. Logo, o essencial é a instrumentalidade casuística do processo.

Desta forma, o emissor é sempre o Estado-Juiz. O receptor é o réu, o autor, a testemunha, o perito, o intérprete e qualquer outra pessoa que interesse ao processo. A informação é o conteúdo que se quer comunicar por meio da citação, da notificação ou da intimação. Tal informação pode ser alusiva a fato novo, a fato pretérito ou, ainda, a fato futuro do processo. O instrumento utilizado para comunicação pode ser o correio, o mandado a ser cumprido pelo oficial de Justiça, o telefone, o fax, o *e-mail*⁴, o edital ou qualquer outro meio hábil, a depender de qual seja o ato de comunicação que esteja sendo considerado.

Convém consignar, ainda, que o núcleo essencial dos atos de comunicação por nós aqui proposto, não deve ser entendido, mas compreendido. Compreendido enquanto fenômeno existencial marcado pela sua singularidade. Em outros termos, o ato de comunicação enquanto ato do processo e o processo enquanto instrumento de resolução de casos, deve ser percebido pelos sujeitos do processo em sua temporalidade, materialidade, num só termo, em sua contingência. Se assim não for, acabar-se-á por preferir a singularidade do caso diante da padronização das decisões judiciais, isto é, far-se-á a opção por um processo marcado pela lógica da *performace*, do resultado, da

³ A locução núcleo essencial é, em si, uma redundância, vez que é próprio da idéia de núcleo o significado de essência. Todavia, nos utilizamos da expressão com o escopo de conferir maior destaque a idéia.

⁴ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Citação por e-mail no processo penal: proposta a ser pensada*. Revista Brasileira de Direito Público, v. 13, p. 195-200, 2006.

eficiência, típica da celeridade que assola a contemporaneidade e grifa a suposta pós-modernidade. A lógica da *performace* que substitui a lógica da verdade.

Não se diga que somos partidários de um processo que tem em mira uma idéia de verdade real, vez que estamos cientes de que a verdade real é uma ficção odiosa e uma impossibilidade gnosiológica, se não para os pirrônicos, ao menos para os céticos. Toda verdade que se produz no processo é uma verdade construída (é convenção, pois decorre da linguagem), produto de um ato de interpretação e que, por esse motivo, deve se ver sujeita ao controle dos princípios, entendidos enquanto normas. Portanto, um processo compreendido enquanto linguagem é um processo que sobreleva uma verdade construída e que tem uma postura de desconfiança frente à *performace*. Neste processo, os atos de comunicação assumem papel de destaque, pois são instrumentos que potencializam a construção da verdade e que acabam por conferir maior legitimidade à decisão construída.

Releva notar, assim, que mister se faz redimensionar o papel dos sujeitos processuais diante de um processo que se lastreia na comunicação. Redimensionar pode significar *funcionalizar* esses sujeitos, mas pode representar também *desconstruí-los* a partir de novos paradigmas. Esses paradigmas podem ser os de uma modernidade tardia ou, em outros termos, de uma pós-modernidade. Podem ser. Se, devem ser ou não, é preciso que a comunidade de intérpretes deflagre tal discussão. O objetivo do presente texto é ser a primeira centelha dessa discussão.

Desta forma, entende-se que os atos de comunicação devem ganhar uma nova significação no processo penal contemporâneo, vez que o próprio processo penal deve ser entendido enquanto processo de linguagem. Num só termo, em dias atuais, quando se assiste à crise do direito, da democracia e do processo penal, a linguagem, a nosso ver, é a última estratégia da qual o Estado pode lançar mão para (re)legitimar o processo e a decisão produzida por esse.

Sendo assim, um estudo dos atos de comunicação é também um estudo de um processo enquanto possibilidade de comunicação. O processo enquanto possibilidade de comunicação é um processo que prima pela singularidade dos casos, que não se norteia por uma verdade mítica e que não se subordina aos apelos de uma celeridade superficial que acaba por padronizar as decisões e a conceber o processo como uma mercadoria à disposição na prateleira de uma sociedade de consumo. O processo enquanto possibilidade de comunicação é também um obstáculo ao sensacionalismo midiático; é uma excelente oportunidade de (re)discussão do papel dos meios de comunicação numa sociedade democrática e, mais ainda, das repercussões nocivas causadas por estes na seara criminal.

Ante o exposto, percebe-se que, assim como qualquer ato de comunicação, a citação, a intimação e a notificação devem apresentar tais características.

2. DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

Tecidas essas considerações preliminares, cabe agora passarmos ao exame dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação. Diga-se, desde já, que tanto as observações feitas na abordagem introdutória como os esclarecimentos sobre os quais ora iremos discorrer, dizem respeito a uma teoria dos atos de comunicação, que

poderemos chamar de teoria geral da comunicação ou dos atos de comunicação⁵. Dito de outra forma, os pilares que ora trazemos a público são aplicáveis, consideradas as peculiaridades de cada ato, à citação, à notificação e à intimação. Portanto, não deve incorrer o operador e o estudioso do direito em tal falha, ou seja, no equívoco de imaginar que essas explicações guardam pertinência apenas à intimação e à notificação, sem se referir à citação. Enfatize-se que tais noções são, por conseguinte, de índole abrangente.

Nesse momento o leitor poderia estar se indagando: qual a distinção entre pressuposto e requisito? E somada a tal pergunta, acrescentaríamos duas outras mais: qual a distinção entre pressuposto, requisito e condição? Tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste? Passemos, então, a um esboço de resposta a cada uma dessas perguntas.

No que tange ao pressuposto, ao requisito e à condição, pensamos que a distinção entre tais elementos esteja no *momento em que se observa o ato jurídico*, isto é, encontra-se no momento de realização do ato jurídico. Se é certo que o ato de comunicação é um ato processual, força é convir que todo ato processual é um ato jurídico e, como tal, submete-se, dadas as devidas proporções, à teoria geral dos atos jurídicos. Sendo assim, pensamos que pressuposto são todos os elementos que devam existir previamente (no pretérito) à realização do ato processual (ato jurídico).

Por outro lado, os requisitos são todos os elementos que devam estar presentes (no momento presente) no instante em que o ato processual está sendo consumado. Por sua vez, a condição, como já antecipa o Código Civil (CC, art. 121: “Considera-se condição [...] evento *futuro* e incerto”), são todas as circunstâncias que possam vir a ocorrer no futuro. Nesse passo, convém assinalar que o direito civil nos ensina que pode haver duas espécies de condição, quais sejam: a resolutiva e a suspensiva.

Dessa forma, portanto, nota-se que o ato jurídico pode ser analisado em três momentos distintos: pretérito, presente e futuro. Vale dizer, o ato jurídico deve ser percebido no seu antes, no seu durante e no seu depois. Logo, se isso se observa quanto a ele, o mesmo deve ocorrer quanto ao ato processual, como ato jurídico que é.

Cientes de que a proposta de distinção de tais expressões pode merecer diversas críticas da doutrina, advertimos que a distinção que ora estabelecemos, como todo argumento jurídico, tem cunho subjetivo e valorativo e que, por isso, não pode ser tomado de forma inquestionável. Dessa maneira, toda crítica é produtiva e encontra papel relevante na produção do conhecimento hermenêutico-jurídico.

Respondidas as duas primeiras indagações, cabe a nós agora enfrentar a última: tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste?

A nosso ver, os pressupostos do ato de comunicação (citação, intimação e notificação) são: a) a previsão legal do ato de comunicação; b) a relação jurídica processual em desenvolvimento⁶. De outro lado, os requisitos são: a) o Estado-Juiz

⁵ A proposição de uma teoria geral dos atos de comunicação não deve revelar que acreditamos numa teoria geral do processo. Valemo-nos da expressão, pelo contrário, com o escopo de conceber uma teoria para os atos de comunicação específica para o processo penal. Ademais, também aqui nos valem do uso de expressão redundante, qual seja, teoria geral, mas assim o fazemos com o escopo de conferir maior ênfase a idéia dada a peculiaridade da idéia quando aplicada a um ramo do direito processual.

⁶ Fez-se uso aqui de tal expressão, pois entendemos que a relação jurídica processual se inicia com o oferecimento da ação penal, se desenvolve com o recebimento da petição inicial (denúncia ou queixa-crime) por parte do magistrado e se aperfeiçoa com a realização da citação válida. Note-se, também, que

(emissor da mensagem); b) o receptor (réu, autor, perito, testemunha etc.) da mensagem; c) o conteúdo da mensagem, ou seja, o ato processual que foi realizado ou que será realizado; e d) o instrumento processual utilizado para fazer a comunicação, isto é, se foi carta precatória, ou carta rogatória, ou AR, ou *e-mail* etc.

Sendo o Estado-Juiz o emissor da mensagem e compreendo-se que o juiz é a reserva última de garantia do processo, deve-se destacar, desde já, que o ato de emitir uma mensagem é um ato de grande responsabilidade. O ato de emitir a mensagem é ato de controle. Esta responsabilidade evidencia-se seja na prática defeituosa do ato, seja omissão na prática do ato. O Estado-Juiz garantidor não é ilha de decisões monocráticas, é arquipélago de decisões democráticas, pois o ato de comunicação enquanto ato jurídico é também ato de decisão e, enquanto este é ato que potencializa a democracia, à medida que é ato de convocação. Ato que convoca a participar de algo, no caso, o processo.

Logo, o emissor da mensagem não é um carimbador de orações genéricas de índole imperativa (cite-se!), é o construtor do edifício complexo (formado por diversos materiais) que é a norma; é, em suma, o provocador-controlador. Em outros termos, o Estado-Juiz enquanto emissor da mensagem é um provocador, aquele que impulsiona e não se vê constrangido pela inércia. Todavia, esta provocação é limitada pela mensagem que se transmite e pelo destinatário da mensagem. Portanto, o Estado-Juiz não deve ser impulsionador por vocação, mas apenas nos limites da prática do ato de comunicação, vez que a própria mensagem servirá de obstáculo a sua espontaneidade, a qual deve, em regra, até prova em contrário, ser entendida de forma suspeita. A espontaneidade do magistrado não é sinônima de justiça. A justiça é a maquiagem que melhor encobre as injustiças. Razão assiste a Aristóteles ao consignar que a justiça, maior das virtudes, está no meio⁷.

O receptor da mensagem é o destinatário desta. Não é o receptor que deve se adaptar ao emissor, ou a intenção deste ao transmitir a mensagem, pelo contrário, é o emissor que deve se empenhar para que a mensagem possa ser compreendida pelo receptor. O emissor não comprometido com a comunicação, ainda que considerada enquanto possibilidade fictícia é agente descomprometido com a interlocução. O emissor deve ter, pois, como fim mediato o receptor e, como fim imediato, a mensagem. A recepção da mensagem é também ato complexo, pois é produto da interpenetração da capacidade intelectual do receptor, da contingência do ato de comunicação, da temporalidade da mensagem e da historicidade do evento comunicativo. Logo, a recepção da mensagem não é dado estático-singelo é fenômeno aberto, mutável e diferenciado (singular). A recepção da mensagem, em suma, é casuística. Sendo assim, o ato que determina a realização da comunicação (exemplo, citação) e o ato que executa esta tentativa de comunicação, não devem ser entendidos como atos sistemáticos, mas, sim, enquanto *aporia*. Por conseguinte, o esforço de possibilidade de comunicação entre o emissor e o receptor é o empenho de se chegar ao ‘lugar comum’, ou, como querem outros, de se alcançar uma ‘zona de consenso’. Numa palavra, o ato de comunicação, seja o que determina seja o que o executa, é um ato prudente (*prudentia*).

não se quer com isso afirmar que em fase pré-processual, quando ainda não há processo que seja inviável a prática de ato de comunicação. Alguns desses atos de comunicação poderão se dar nesta fase. Todavia, estes não constituem o foco do presente trabalho.

⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

No processo penal, em regra, o receptor é pessoa de baixa escolaridade. Tal circunstância comum é exemplo de dado que evidencia a problematidade da comunicação.

A mensagem, por seu turno, é fluida por vocação, pois é estado, ou seja, é processo. A mensagem não é um dado latente, não é essência cristalizada, não é espírito inacessível, a mensagem é, a um só tempo, construção e (des)construção. A mensagem é incerteza à medida que é possibilidade. A mensagem é dúvida (interrogação) e não afirmação. Desta forma, se constata que a mensagem é fenômeno contingenciado pela percepção dos interlocutores. Se a mensagem é fenômeno ela não é *ser-assim*, mas *ser-aí*, ela não é essência, mas existência, ela não é concebida nem contemplada, mas construída e manipulável. Por conseguinte, a mensagem é complexo interativo subordinado a pré-compreensão dos sujeitos emissor e receptor e delimitada pelo círculo hermenêutico de cada um dos sujeitos comunicantes. Em síntese, a mensagem é, em si, singularidade.

Com efeito, a mensagem não deve ser padrão e rotina do Estado-Juiz, deve ser esforço de comunicação. A mensagem é o elemento desencadeador da democracia. Portanto, não há como pensar em processo num regime democrático e em decisão legítima, se a mensagem é negligenciada. A democracia e a legitimidade exigem um compromisso de esforço comunicativo. Este esforço deve encontrar no Estado-Juiz o seu maior garante. Mais que isso, a repartição de funções entre os sujeitos do processo e a isenção de ânimo do julgador são potencializadas por meio do esforço comunicativo.

A mensagem é comprometida se não encontrar no instrumento adequado o seu exercício. O instrumento adequado amplifica a possibilidade de comunicação, estreita o abismo existencial entre os interlocutores e potencializa que o *eu* se projete no *outro*. O instrumento é artifício cultural, logo, não deve ser está, mas é. O instrumento deve ser adaptável à mensagem e aos interlocutores. Não é o instrumento que se impõe ao *sujeito de fala*, aquele é que se subordina a esse.

Com tal esboço deseja-se estabelecer que é preciso um processo penal fincado no *ato de fala*, construído a partir da linguagem e, em consequência disso, que se redimensione a importância dos atos de comunicação e a função dos sujeitos processuais, enquanto sujeitos de fala.

Mas, ao final de tais explicações, poderia restar ainda a seguinte dúvida: qual a finalidade do ato de comunicação? E, mais que isso, qual o fundamento do ato de comunicação?

3. DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

A finalidade do ato de comunicação é transmitir uma mensagem com sucesso. Finalidade é a pretensão a uma possibilidade num contexto informativo-oportuno. A finalidade pode ser liberdade, ou não. Seja como for, transmitir uma mensagem não é tarefa singela. A comunicação de uma mensagem não é uma circunstância necessária, pois são controladas as informações interferentes. A comunicação é possibilidade, pois as informações intercorrentes durante o processo de fala são fluídas, as expectativas dos interlocutores decorrente da seletividade do ato de fala são menores que as possibilidades de conduta comunicativa. Mas o processo penal, como agir normativo institucionalizado (quanto ao cometimento) e generalizado (quanto ao relato) que o é, visa criar uma atmosfera de segurança com o escopo de atuar como mecanismo

estabilizador das relações sociais e, ao mesmo tempo, como instrumento de decisão artificial dos conflitos (o processo seleciona os seus conflitos, não tem por fim o conflito em sua inteireza, mas em sua parcialidade).

Diante da ficção comunicativa dogmática criada pelo processo quanto ao sucesso da transmissão da mensagem, será possível afirmar que finalidade do ato de comunicação é também a transmissão da mensagem, mas não apenas, pois é também a interferência na esfera de liberdade de atuação do receptor, como ato de controle do emissor (complementariedade comunicativa). Desta forma, nestes limites bem restritos, o escopo de qualquer ato de comunicação é dar publicidade de um evento que aconteceu ou que está por acontecer a uma determinada pessoa que faça parte (entendido no seu sentido amplo) do processo. Isto é, a finalidade direta do ato de comunicação é a publicidade interna ao processo.

Mas essa seria apenas uma finalidade imediata. Uma outra finalidade do mesmo ato é a que podemos denominar de mediata ou indireta. Nesse sentido, o ato de comunicação tem por objetivo deixar registrado e certificado dentro dos autos do processo que tal mensagem foi transmitida, de maneira efetiva ou fictícia, ao destinatário previsto em lei, ou seja, a finalidade indireta do ato de comunicação é dar conhecimento às demais pessoas estranhas à relação processual da mensagem que se quis comunicar.

Nesse sentido, o ato de comunicação é também uma prestação de contas à sociedade, o que, na verdade, todo processo é, na medida em que serve aos ditames da Democracia. Por isso, a finalidade indireta do ato de comunicação é a publicidade externa ao processo, ou seja, é ter nos cidadãos, e não apenas nos sujeitos processuais, co-participantes do processo de elaboração da decisão, operadores diretos da democracia. Se o poder emana do povo antes de ser exercido em nome deste, deve ser exercido por esse ou com o aval deste. Logo, a decisão judicial deve ser exercitada com o aval de seus co-participantes. A decisão judicial deixa de ser um ato monocrático e transforma-se num ato democrático.

Quanto aos fundamentos dos atos de comunicação, pensamos que estes sejam os seguintes: a) o princípio da publicidade, b) o princípio da ampla defesa, c) o princípio do devido processo legal, d) o princípio do contraditório, e) o princípio da motivação das decisões e f) o princípio democrático⁸.

Tratam-se de princípios largamente estudados na doutrina⁹, mas que merecem nessa oportunidade ser explicitados e aprofundados tendo por escopo destacar a relevância do papel desempenhado pelos atos de comunicação no processo penal contemporâneo, promovendo-se, assim, uma (re)fundação desses atos à luz do princípio democrático.

Quanto ao princípio da publicidade, este é o fundamento mais emergente dos atos de comunicação, uma vez que, mesmo num primeiro olhar mais aligeirado sobre eles, já se percebe sua nota marcante. Note-se que tal princípio é também o primeiro a conferir a importância crescente que tais atos vêm ganhando na sociedade contemporânea. O princípio da publicidade é, a um só tempo, fundamento e finalidade do ato de comunicação. Finalidade, como destacado linhas atrás, se considerado como finalidade imediata e mediata. Fundamento, se tomado como expressão de legitimidade do

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 74-75.

⁹ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 86-92

processo. Em outras palavras, a publicidade serve de fundamento ao ato de comunicação, pois maximiza a legitimidade desse e, por via de consequência, do próprio processo.

No que diz respeito ao princípio da ampla defesa, esse se presta a fundamento do ato de comunicação, pois garante ao réu uma comunicação clara, determinada e objetiva da imputação que lhe é feita, de sorte a proporcionar-lhe a efetiva garantia de defesa, seja técnica e, também, por meio da autodefesa, seja em sua presença e, ainda, em uma audiência, seja numa defesa efetiva, seja, ainda, na admissibilidade de prova ilícita (apenas em favor do acusado). Note-se que a ampla defesa é, a nosso ver, fundamento do ato de comunicação, pois a falta de comunicação se não inviabiliza defesa conspira para que esta não seja ampla. Em outros termos, o ato de comunicação potencializa defesa, à medida que a comunicação confere concretude ao caráter dialético do processo.

No que concerne ao princípio do devido processo legal¹⁰, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido pela doutrina sob dois aspectos: formal ou procedimental (*procedural due process*) e material ou substancial (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido procedimental e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado, em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, esse princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da oralidade ou, ainda, do duplo grau de jurisdição. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo.

Tecidas tais considerações, cabe assinalar, então, que o princípio do devido processo legal é também fundamento dos atos de comunicação, pois exige que esses sejam praticados de acordo com as regras previamente estabelecidas na lei processual e sejam exercitados da maneira mais justa. Entendemos aqui como exercício da maneira justa o esforço que deve ser empreendido para garantir que o ato de comunicação seja real, evitando-se, ao máximo, a sua realização pela via fictícia. Enfatize-se, o princípio do devido processo legal é fundamento do ato de comunicação, seja porque o ato de comunicação deva ter seu procedimento de realização previamente delimitado em lei, seja porque o ato de comunicação deva ser instrumento potencializador de uma decisão justa. O ato de comunicação maximiza o caráter equitativo de uma decisão prudente.

No que tange ao princípio do contraditório, entendendo-se esse como corolário do princípio da isonomia das partes e, por conseguinte, como garantia de paridade de armas, o tomamos como outro fundamento dos atos de comunicação, em razão de que tais atos devem ser compreendidos como expressão efetiva da igualdade de oportunidades durante o trâmite do processo. Os atos de comunicação favorecem o exercício do dissenso pelas partes, para que, ao final do processo, possa-se construir um consenso. Os atos de comunicação amplificam as oportunidades processuais e redesenham alguns institutos processuais, a exemplo, da preclusão, que, agora, num

¹⁰ Cumpre assinalar que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara processual penal, uma vez que não há crime nem pena sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que é estudado pela doutrina processual civil. Compartilha-se, aqui, do entendimento de Friedrich Müller que toda decisão judicial é, em certa medida, constitutiva.

processo comunicativo, demanda ser reapreciada. A comunicação enquanto possibilidade oportuniza a participação na decisão.

Por sua vez, o princípio da motivação¹¹ das decisões presta-se a fundamento dos atos de comunicação, pois esses devem decorrer de uma decisão judicial, produzindo-a e reproduzindo-a. Esclarecendo, os atos de comunicação só existem na medida em que se apresentam como fruto de uma decisão judicial fundamentada. Se entendermos que o processo é um instrumento que produz estigmas¹², que se presta a rotular os sujeitos por eles envolvidos, perceberemos que os atos de comunicação são também, em certa medida, a primeira expressão desta estigmatização¹³, pois é a partir desse momento que o sujeito passivo processual passa a ser rotulado pelo contexto social. Sendo assim, a decisão de determinar um ato de comunicação deve ser necessariamente uma decisão judicial, uma vez que ela deve ser fundamentada, ponderada e equilibrada. É preciso não olvidar a circunstância de que o processo penal potencializa o conflito trazido a juízo

Por outro lado, é o ato de comunicação que produz e reproduz a decisão que por meio dele é expressa. Produz, como elemento integrante e constituinte do ato de decisão, ou seja, constitutivo da manifestação de poder, tendo-se em foco o Estado-Juiz. E reproduz, na medida em que é compreendido por aquele a quem se destina, reverberando na conduta futura (após a realização do ato de comunicação) do sujeito-destinatário.

Por fim, o ato de comunicação encontra seu fundamento último e mais relevante no princípio democrático, tendo em vista que, se observado por esse prisma, tal ato confere legitimidade à decisão que vier a ser proferida. Entende-se por legitimidade a circunstância em que a decisão que será imposta às partes é produto da participação ativa que estas desempenham na relação processual. Nesse sentido, a decisão judicial é fruto do dissenso inicial entre as partes, voltado à busca de um consenso. E, na construção desse consenso ou de um lugar comum, é de grande importância o papel dos atos de comunicação, pois relaciona e problematiza a pretensão do sujeito emissor e a resistência do sujeito destinatário. O ato de comunicação desnuda o problema que é o processo. O caso trazido é um problema, mas o processo, certamente, é outro.

4. DO DESTINATÁRIO DO ATO DE COMUNICAÇÃO

¹¹ Note-se que o princípio da motivação está fundado em motivos fáticos e jurídicos e tal princípio, juntamente com o princípio da publicidade, são os limites mais evidentes contra a prática de atos arbitrários e abusivos. A motivação pode ser também compreendida a melhor das máscaras da pré-compreensão do julgador.

¹² Convém salientar que o processo, além de ser um instrumento estigmatizante, pode ser também elemento propulsor de uma criminalização secundária, na medida em que, em vez de prevenir a prática de delitos, preste-se a produzi-los. Sendo assim, o ato de comunicação, mais especificamente a citação, deve ser devidamente motivado e proporcional, pois deve o juiz também ter em consideração, ao determinar a citação, que esta é estigmatizante e, em alguns casos, causa de criminalização secundária. Ressalte-se, por oportuno, que a relação jurídica processual somente se aperfeiçoa com a realização da citação válida do réu.

¹³ Ao colocarmos em voga a estigmatização provocada pelo processo, bem como pelo ato de comunicação em si, queremos também deixar aberta a possibilidade de se discutir a responsabilização civil do Estado-Juiz pelo ato de comunicação praticado com erro ou dolo, que venha a causar prejuízo ao sujeito-destinatário do ato, seja no que toca aos lucros cessantes, seja no que concerne aos danos emergentes (materiais e/ou morais). Entrementes, ciente de que o tema é movediço, preferimos não fazer, por ora, qualquer assertiva mais incisa acerca do assunto, seja sustentando a possibilidade de indenização, seja repelindo qualquer idéia nesse sentido.

O destinatário do ato de comunicação variará de acordo com a espécie de ato praticado. Isso porque, enquanto a citação só se pode dar, em regra, na pessoa do réu, sendo esse, por conseguinte, o seu sujeito destinatário por excelência, o mesmo não ocorre quanto aos demais atos de comunicação.

A intimação e a notificação são atos de comunicação bastante semelhantes quanto ao sujeito destinatário. Em razão dessa circunstância, fez-se aqui a opção de cuidar do sujeito destinatário de tais atos de comunicação a partir de uma única perspectiva. Logo, quando se mencionar a expressão notificação, as considerações feitas acerca desse ato serão válidas e aplicáveis à intimação.

Quanto ao sujeito destinatário da notificação (e/ou intimação), convém formular, de imediato, a seguinte indagação: a notificação (e/ou intimação) só se destina às testemunhas e aos réus?

A resposta a tal pergunta é não. Em todas as oportunidades em que a autoridade determinar que seja alguém comunicado de que deve fazer ou deixar de fazer algo, resultando a desobediência na cominação de uma sanção, então, pode-se falar, de maneira técnica, em notificação.

Releva notar que está excluído dessa conceituação o chamamento inicial, que se faz por meio de citação. Dessa maneira, notificam-se as testemunhas para que venham depor. Caso as *testemunhas* não atendam à convocação, sujeitar-se-ão às sanções estabelecidas nos artigos 218 e 219 do CPP. Notifica-se o *réu* para presenciar a oitiva das testemunhas. E se desatender ao comunicado? Nesse caso, o processo continuará à sua revelia, de acordo com o artigo 367 do CPP. Notifica-se o *expert* a estar presente diante da autoridade ou em lugar determinado. A violação submetê-lo-á à cominação prevista no parágrafo único do artigo 277.

Igual atitude será adotada contra o *intérprete*, quando notificado, por força do que pontifica o artigo 281 do *codex*. A *vítima* é notificada para se fazer presente diante da autoridade para dar declaração, uma vez que sua inobservância redundará na adoção do que dispõe o parágrafo único do artigo 201. Os *jurados* são notificados a comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Na hipótese de desatendimento, a eles serão aplicadas as sanções inscritas no artigo 443. Qualquer que seja o ato do processo, deverá ser o *assistente de acusação* notificado, tendo em vista que sua desobediência provocará a cominação imposta no § 2º do artigo 271.

Notificado ainda deverá ser o *querelante*, quando disser respeito a ato processual a que deva comparecer, uma vez que a sua ausência resultará em preempção, de acordo com o inciso III do artigo 60. Note-se que o *membro do Ministério Público* e o *defensor* são também notificados, e o seu desatendimento pode levar o magistrado, na primeira situação, a prestar tal notícia ao procurador-geral de Justiça e, na segunda, a cominar a regra disposta no artigo 265 do *codex*.

Convém assinalar, por conseguinte, que o único sujeito processual a quem a notificação não se dirige é ao juiz, pois este é sempre o emissor da mensagem (do comando) a ser comunicada, não podendo, portanto, ser jamais o seu receptor. Contudo, quando fazemos tal assertiva estamos tendo em mente uma relação jurídica simples dialética, uma vez que, se ao lado dessa relação surge uma nova relação, tornando-se uma relação complexa, como, por exemplo, na exceção de suspeição, o juiz também poderá ser destinatário de uma notificação.

Feitas tais considerações, tratemos, agora, de forma breve, da Teoria da Ação Comunicativa, concebida por Jürgen Habermas, de sorte a aprofundarmos a discussão acerca do ato de comunicação em si.

5. DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASINA

Antes de explicarmos a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas, tentaremos nessas primeiras linhas elaborar uma síntese do pensamento desse importante filósofo alemão.

Habermas, descendente legítimo da Escola de Frankfurt, desenvolveu a chamada Teoria da Ação Comunicativa. Sua proposta tinha por objetivo ser um instrumento de superação da razão iluminista (razão instrumental), que, segundo o filósofo alemão, fora transformada em um novo mito e encobria a dominação burguesa. Sendo assim, tal autor propôs o cultivo à lógica da troca de idéias e informações entre os sujeitos históricos, estabelecendo o diálogo¹⁴ como forma de produção de conhecimento.

Estabelecido o diálogo como forma de produção de conhecimento, Habermas, então, em momento seguinte, propôs duas abordagens teóricas possíveis à sociedade: a) o Sistema, que se refere à “Reprodução Material” norteada pela lógica instrumental (adequação dos meios aos fins), e b) o Mundo da Vida, que se refere à “Reprodução Simbólica”, uma *rede de significados* que compõem determinada *visão de mundo*. Esses significados estão vinculados aos fatos objetivos, às normas sociais e aos conteúdos subjetivos.

Segundo Habermas, durante a Modernidade¹⁵, assistiu-se à colonização do mundo da vida pelo sistema, bem como a uma crescente instrumentalização do conhecimento, o que se evidencia no surgimento do direito positivo e na circunstância de restringir o debate normativo aos técnicos e especialistas.

Diante desse quadro, então, Habermas elaborou sua filosofia voltando-se para o estudo da Ética e do Conhecimento. Note-se, a propósito, que sua tese para explicar a Produção de Saber Humano recorre, de certa forma, ao evolucionismo de Charles Darwin, isso porque a falibilidade possibilita desenvolver capacidades mais complexas de conhecer a realidade (evolucionismo, assim, por meio dos erros).

Habermas defende uma ética universalista, deontológica, formalista e cognitivista. Segundo o autor, os princípios éticos não devem ter conteúdo. Por meio das discussões (discurso¹⁶), da participação nas decisões públicas, deve-se possibilitar a avaliação dos conteúdos normativos demandados naturalmente pelo mundo da vida.

Percebe-se, assim, que a teoria de Habermas é uma Teoria Discursiva em prol da Integração Social e tem como conseqüência a Democracia e a Cidadania. Tomada por base a sua teoria, a resolução dos conflitos vigentes na sociedade deve ser resultado do consentimento de todos concernidos. Dessa forma, a Justiça, de acordo com o pensamento de Habermas, é a possibilidade que o destinatário do comando normativo deve ter de influir na elaboração da norma. Logo, só há justiça por meio da democracia, do *agir comunicativo*¹⁷, que se ramifica por meio do *discurso*.

¹⁴ Pensamos que uma das formas de se viabilizar tal diálogo dentro do processo se dá por meio da realização dos atos de comunicação.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶ O discurso como problematização do diálogo.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. São Paulo: Edições 70, 2000.

Esclarecidos, preliminarmente, alguns aspectos acerca do pensamento habermasiano. Passemos, então, a tratar das três idéias fundamentais desenvolvidas por esse respeitado filósofo alemão, a saber: a) a esfera pública, b) a reconciliação da hermenêutica com o positivismo e c) a teoria da ação comunicativa.

A esfera pública é o espaço no qual as pessoas discutem sobre a vida, mas que não se confunde com as esferas da vida doméstica, da igreja ou do governo. Nesse espaço, as idéias seriam examinadas, discutidas e argumentadas.

Convém salientar, a propósito, que, segundo Habermas, o espaço da esfera pública¹⁸ tem diminuído sob a influência das grandes corporações e do poder da mídia. A redução da esfera pública é, para Habermas, uma estratégia de divisão e de conquista.

Quanto à reconciliação da hermenêutica e do positivismo, a sociedade e as ciências culturais humanas são domínios estruturados ao redor de símbolos. Os símbolos são objetos de interpretação e, por isso, qualquer metodologia que negligencie a hermenêutica está destinada ao fracasso. Sendo assim, existe um terceiro nível de lógica: o de poder e dominação que são explicados por uma teoria crítica.

No que diz respeito à Teoria da Ação Comunicativa, Habermas, então, afirma que a linguagem é a base de sua filosofia. A linguagem é tomada como “ato de fala”¹⁹, consideradas as suas entonações e com uma função pragmática. Em outras palavras, a teoria de Habermas acerca da linguagem é performática²⁰.

A linguagem, segundo Habermas, é justificada em quatro níveis de validade: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis); b) que o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) que o emissor se justifica por certas normas que são invocadas no uso do idioma; e d) que o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida). Percebe-se, assim, que a teoria da ação comunicativa questiona a definição de verdade²¹ como valor de caráter universal.

Feitos tais esclarecimentos, tentaremos, agora, explicar com um pouco mais de profundidade a teoria discursiva de Jürgen Habermas.

A Teoria do Agir Comunicativo²² analisa as instituições jurídicas e propõe um modelo em que se interpenetram Justiça, Razão Comunicativa e Modernidade. Nesse sentido, o Direito²³ é *facticidade* quando se realizam os desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. Por outro lado, o Direito é *validade* quando suas normas se fundam em *argumentos racionais ou aceitáveis* por seus destinatários.

¹⁸ Segundo Habermas, a internet é a mais nova esfera pública.

¹⁹ O escopo do ato de fala é o convencimento do outro, que tem como pressuposto a pretensão de validade do falante e do receptor, de sorte a produzir o consenso.

²⁰ Nesse passo, é importante destacar que há diversas “teorias da linguagem”, podendo-se falar, de forma sintética, em três variantes: a) teoria performática (Habermas) – linguagem como “ato de fala”; b) teorias existencialistas (Heidegger e Gadamer) – a linguagem é uma relação existencial entre o homem e si mesmo e o objeto e si mesmo, tomados como fenômenos históricos; c) teoria sintático-semântica (Paulo de Barros de Carvalho, entre outros) – a linguagem como sintaxe (o estudo da relação entre um vocábulo e os demais vocábulos na composição de uma oração) e como semântica (o estudo da relação entre o vocábulo e o objeto da informação).

²¹ Habermas sustenta que toda verdade é uma verdade consensual. A verdade consensual é aquela que absolve o *dissenso*.

²² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

²³ Habermas não admite uma resposta única e estática para o fenômeno do Direito, uma vez que o entende como um fenômeno dinâmico e em constante metamorfose.

A tensão existe, portanto, na relação entre *elementos sancionatórios* e *elementos de autolegislação*. A sanção (facticidade) restringe o nível de *dissenso*, que é superado quando as normas jurídicas são emanções do povo (validade). A tensão se verifica entre *coerção* do Direito – que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia de *autolegislação* – ou seja, da suposição de autonomia política dos cidadãos associados, o que resgata a pretensão da legitimidade das próprias regras, isto é, racionalmente aceitáveis.

Habermas defende, assim, o abandono de uma razão prática e a assunção de uma razão comunicativa. A razão comunicativa não oferece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa. A razão comunicativa afasta-se da tradição prescritiva da razão prática.

Convém assinalar, então, que Habermas quer situar a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no *plano discursivo procedimental*²⁴.

Releva notar, por oportuno, que Habermas, por meio da teoria da ação comunicativa, sustenta que a *linguagem* supera a dimensão sintática e semântica e constitui o *médium de integração social*, ou seja, o mecanismo pelo qual os agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente as pretensões de validade discursivas aceitas por todos.

Visto dessa forma, segundo a filosofia habermasiana, o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática²⁵ dos cidadãos institucionalizados juridicamente. É nesse contexto, então, que Habermas defende, portanto, a substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, sustentada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por *procedimentos discursivos*²⁶, chegam à norma.

Dessa maneira, a fundamentação do Direito²⁷, a sua medida de legitimidade, é definida pela *razão do melhor argumento*. O Direito, segundo Habermas, deve ser a emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais. Sendo assim, nas sociedades contemporâneas pós-metafísicas torna-se inviável a fundamentação do direito numa suposta ordem natural, numa dimensão ética ou numa moral metafísica.

Portanto, o princípio do discurso, após assumir forma jurídica, transforma-se em princípio da democracia. Logo, é por intermédio de uma concepção discursiva e procedimental que se pode construir uma presunção de legitimidade e racionalidade de conteúdo de uma norma.

Diante do exposto, pensamos que os atos de comunicação no processo penal devem ser entendidos, dadas as devidas proporções, como “atos de fala”, ou seja, a partir de uma compreensão performática da linguagem. Nesse sentido, tais atos devem ser compreendidos como instrumentos de construção de uma verdade consensual, que restará manifestada, ao final de um processo comunicativo-dialético, no ato de decisão e manifestação de poder que é a sentença. Verdade consensual essa, que, a nosso ver, é aquela que absolve o *dissenso*, afastando-se, dessa forma, qualquer referência ao decadente dogma da verdade real.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia II*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2001.

²⁵ Para Habermas, ao contrário de Hannah Arendt, a democracia tem como ponto de partida o dissenso e como ponto final a construção do consenso.

²⁶ O discurso, segundo Habermas, reduz a arbitrariedade e o subjetivismo das decisões.

²⁷ Habermas entende o Direito como fenômeno de autocompreensão das sociedades modernas.

Note-se que, ao consideramos os atos de comunicação no processo penal à luz da teoria do agir comunicativo, acreditamos que tais atos devem, também, estar submetidos aos quatro níveis de validade da linguagem mencionados por Habermas, que são, novamente, aqui reproduzidos: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis); b) que o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) que o emissor se justifica por certas normas que são invocadas no uso do idioma; e d) que o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida).

Sendo assim, os atos de comunicação conferem legitimidade à decisão obtida por meio do processo, na medida em que tal decisão é fruto do melhor argumento (argumento é racional e aceitável) e é construída a partir do dissenso e em busca do consenso.

Tecidos alguns esclarecimentos sobre a teoria da ação comunicativa e estabelecida uma vinculação entre esta e os atos de comunicação no processo penal, analisemos, agora, tais atos sob as perspectivas da política criminal, da criminologia e da Constituição.

6 A POLÍTICA CRIMINAL, A CRIMINOLOGIA E A CONSTITUIÇÃO

Os atos de comunicação, assim como o processo penal, devem ser analisados também sob o prisma da política criminal e da criminologia²⁸. Ou seja, a doutrina moderna, a nosso ver, não pode mais continuar a tratá-los apenas sob o aspecto dogmático, mas também deve compreendê-los como instrumentos de uma política criminal escolhida pelo Estado, a qual produz as mais variadas conseqüências criminológicas.

É importante que se perceba o conteúdo político criminal que se encontra encoberto pelas normas prescritas pelo Código de Processo Penal. Tal conteúdo se manifesta sob diversos aspectos, vejamos alguns: a) a proibição ou a permissão da citação por hora certa no processo penal; b) o maior ou menor elenco de hipóteses que autorizam a citação por edital; c) a própria existência da citação por edital no processo penal moderno; d) a opção por determinar a suspensão do processo no caso descrito pela norma do artigo 366 do CPP, não se permitindo, em princípio, o julgamento do réu à revelia; e) a maior ou menor limitação na utilização de novos mecanismos tecnológicos (*e-mail*, telegrama, telefone etc.) para a realização dos atos de comunicação; f) o pequeno número de normas dispensadas pelo Código de Processo Penal ao tratar da intimação e da notificação; g) a despreocupação técnica do Código de Processo Penal ao empregar como sinônimos as expressões notificação e intimação; h) a omissão do legislador em não ter delimitado, expressamente, um prazo máximo para suspensão do processo e da prescrição, entre outros aspectos.

Descoberto o *véu das reais intenções* do legislador, é deveras salutar, no momento seguinte, que o intérprete também perceba as conseqüências de ordem criminológica²⁹ que tais opções implicam ou podem implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a estigmatização do réu com a determinação do ato de citação; b) a criminalização secundária que a citação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o

²⁸ GARCIA PABLOS, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

caráter simbólico dos atos de comunicação; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de citação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente citada, ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente. Essas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Ademais, note-se, ainda, que tais atos de comunicação devem ser, agora, (re)interpretados sob o comando da Constituição Democrática de 1988, não podendo mais ser analisados, exclusivamente, à luz da legislação infraconstitucional. Tal assertiva implica, a nosso ver, as seguintes conseqüências: a) os atos de comunicação devem ser tomados como garantias individuais do cidadão ante o Estado; b) devem ser analisados à luz dos princípios constitucionais; c) devem ter o seu alcance delimitado pelos valores constitucionais; d) devem ter os seus contornos definidos por um processo legislativo democrático, além de outras conseqüências aqui não mencionadas.

Tecidas tais considerações, queremos destacar, uma vez mais, que o presente trabalho deve ser compreendido pelo leitor como um trabalho em construção. Em trabalho futuro, será feito um esforço para edificar um processo penal comunicativo. Desta forma, o presente texto é uma estação em meio à tortuosa e complexa, seletiva e contingente ferrovia do processo penal comunicativo.