

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo*

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos pressupostos e dos requisitos dos atos de comunicação. 3 Das finalidades e dos fundamentos dos atos de comunicação. 4 Do destinatário do ato de comunicação. 5 Da Teoria da Ação Comunicativa habermasiana. 6 A política criminal, a criminologia e a Constituição.

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 novidade alguma. Assim, para que possamos analisar esses atos de comunicação, ainda que em linhas

* Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo é 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. É também analista previdenciário do INSS-BA na Procuradoria Federal Especializada.

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.

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, se constituído perfeitamente o processo.

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 *núcleo essencial do ato de comunicação*. Mas o que seria o núcleo essencial do ato de comunicação? A nosso ver, seria o núcleo 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.

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*, o edital ou qualquer outro meio hábil, a depender de qual seja o ato de comunicação que esteja sendo considerado.

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 dos 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 comunicação. 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 genérica e 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. Assim, pensamos que pressuposto é todo o elemento que deve existir previamente (no pretérito) à realização do ato processual (ato jurídico).

Por outro lado, os requisitos são todos os elementos que devem 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”), é toda circunstância que possa 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 desenvolvimento. De outro lado, os requisitos são: a) o Estado-Juiz (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.

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 dos fundamentos dos atos de comunicação

A finalidade do ato de comunicação é transmitir uma mensagem com sucesso. Em outras palavras, o escopo de qualquer ato de comunicação é dar publicidade de um evento que aconteceu ou que está por acontecer a 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. 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 o 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.

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 democrático².

Trata-se de princípios largamente estudados na doutrina³, 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 refundação 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 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 comunicação clara, determinada e objetiva da imputação que lhe é feita, de sorte a proporcionar-lhe a efetiva garantia de defesa, seja técnica, seja por meio da autodefesa.

No que concerne ao princípio do devido processo legal⁴, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido

² Sobre a importância do princípio democrático, consultar FERRAJOLI, 2002, p. 74-75.

³ NERY JUNIOR, 1999, p. 30-40; 127-148; 165-166 e 172-177.

⁴ Cumpre assinalar que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara

pela doutrina sob dois aspectos: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual 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 isonomia entre as partes. 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.

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 a elas, 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 comu-

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.

nicação favorecem o exercício do dissenso pelas partes, para que, ao final do processo, possa-se construir um consenso.

Por sua vez, o princípio da motivação⁵ das decisões presta-se a fundamento dos atos de comunicação, pois esses devem decorrer de decisão judicial, produzindo-a e reproduzindo-a. Esclarecendo, os atos de comunicação só existem na medida em que se apresentam como fruto de decisão judicial fundamentada. Se entendermos que o processo é um instrumento estigmatizante⁶, que se presta a rotular os sujeitos por eles envolvidos, perceberemos que os atos de comunicação são também, em certa medida, a primeira expressão dessa estigmatização⁷, pois é a partir desse momento que o sujeito passivo processual passa a ser rotulado pelo contexto social. 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.

⁵ Note-se que o princípio da motivação está fundado em motivos fáticos e jurídicos e, juntamente com o princípio da publicidade, é o limite mais evidente contra a prática de atos arbitrários e abusivos.

⁶ 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.

⁷ 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, cientes 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.

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 essas 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, 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.

4 Do destinatário do ato de comunicação

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 esse é sempre o emissor da mensagem (do comando) a ser comunicada, não podendo, portanto, ser jamais o seu receptor. Contudo, quando fazemos tal assertiva temos em mente uma relação jurídica simples, dialética, uma vez que, se ao lado dessa relação surge 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 Habermas⁸, tentaremos nestas 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 bur-

⁸ HABERMAS, 2004.

guesa. Assim, tal autor propôs o cultivo à lógica da troca de idéias e informações entre os sujeitos históricos, estabelecendo o diálogo⁹ 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 Modernidade¹⁰, 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 (discurso¹¹), da partici-

⁹ Pensamos que uma das formas de se viabilizar tal diálogo dentro do processo se dá por meio da realização dos atos de comunicação.

¹⁰ HABERMAS, 2002a.

¹¹ O discurso como problematização do diálogo.

pação 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 conseqüências 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*¹², que se ramifica por meio do *discurso*.

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 pública¹³ 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

¹² HABERMAS, 2000.

¹³ Segundo Habermas, a Internet é a mais nova esfera pública.

e, por isso, qualquer metodologia que negligencie a hermenêutica está destinada ao fracasso. 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”¹⁴, consideradas as suas entonações, e como função pragmática. Em outras palavras, a teoria de Habermas acerca da linguagem é performática¹⁵.

A linguagem, segundo Habermas, é justificada em quatro níveis de validade: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis); b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor se justifica por certas normas que são invocadas no uso do idioma; e d) 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 verdade¹⁶ como valor de caráter universal.

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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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).

¹⁶ Habermas sustenta que toda verdade é uma verdade consensual. A verdade consensual é aquela que absolve o *dissenso*.

A Teoria do Agir Comunicativo¹⁷ analisa as instituições jurídicas e propõe um modelo em que se interpenetram Justiça, Razão Comunicativa e Modernidade. Nesse sentido, o Direito¹⁸ 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.

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, ao contrário da razão prática, não oferece tipo algum de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa. Ela se afasta 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*¹⁹.

Releva notar, por oportuno, que Habermas, por meio da teoria da ação comunicativa, sustenta que a *linguagem* supera a

¹⁷ HABERMAS, 2002b.

¹⁸ Habermas não admite resposta única e estática para o fenômeno do Direito, uma vez que o entende como fenômeno dinâmico e em constante metamorfose.

¹⁹ HABERMAS, 2001.

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 democrática²⁰ dos cidadãos institucionalizados juridicamente. É nesse contexto, então, que Habermas defende, portanto, a substituição da razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, sustentada na pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por *procedimentos discursivos*²¹, chegam à norma.

Dessa maneira, a fundamentação do Direito²², a sua medida de legitimidade, é definida pela *razão do melhor argumento*. O Direito, segundo Habermas, deve ser a emanação da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais. Assim, nas sociedades contemporâneas pós-metafísicas torna-se inviável a fundamentação do Direito numa suposta ordem natural, numa dimensão ética ou numa moral metafísica.

O princípio do discurso, portanto, 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.

²⁰ Para Habermas, ao contrário de Hannah Arendt, a democracia tem como ponto de partida o consenso, e, como ponto final, a construção do consenso.

²¹ O discurso, segundo Habermas, reduz a arbitrariedade e o subjetivismo das decisões.

²² Habermas entende o Direito como fenômeno de autocompreensão das sociedades modernas.

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 da 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, dessa forma, qualquer referência ao decadente dogma da verdade real.

Note-se que, ao considerarmos 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) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor se justifica por certas normas que são invocadas no uso do idioma; e d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida).

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 a 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 criminologia²³. Dessa forma, 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, prazo máximo para suspensão do processo e da prescrição, entre outros aspectos.

²³ Sobre a criminologia, consultar GARCÍA-PABLOS; GOMES, 2003.

Descoberto o *véu das reais intenções* do legislador, é deveras salutar, no momento seguinte, que o intérprete também perceba as conseqüências de ordem criminológica²⁴ 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 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 processo legislativo democrático, além de outras conseqüências aqui não mencionadas.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra, 2006.

GARCÍA-PABLOS, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002b.

_____. *Direito e democracia II*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2001.

_____. *Racionalidade e comunicação*. São Paulo: Edições 70, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.