

A esfera pública jurídica em Habermas entre a tensão dos limites do Estado democrático de direito e o cerne anárquico da ação comunicativa¹

Ricardo Juozepavicius Gonçalves

Resumo: O objetivo deste texto será revisitar o conceito de esfera pública jurídica presente em *Facticidade e validade* de Jürgen Habermas, em meio a sua teoria da ação comunicativa e sua concepção de democracia deliberativa procedimental. A esfera pública jurídica é um espaço de participação social à tematização de discursos de fundamentação entre os processos de produção legislativa e os discursos de aplicação do direito. A proposta será mobilizar o significado deste conceito em meio a tensão de duas características da reconstrução habermasiana do

1 Este trabalho é uma atualização crítica do texto “*O conceito de esfera pública jurídica em Jürgen Habermas: subsídios para uma teoria crítica do direito no Brasil contemporâneo*” fruto de minha dissertação de mestrado (GONÇALVES, 2017) e apresentado em sessão do grupo PósDebate, coordenado por estudantes da pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, no primeiro semestre de 2018. Agradeço aos organizadores do PósDebate e a todas e todos os participantes pelos comentários e sugestões naquela oportunidade. Uma versão ampliada e revisada do texto apresentado foi publicada posteriormente (GONÇALVES, 2018). Este estudo e seus desdobramentos foram possíveis graças ao apoio da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, processos n. 2015/13077-7 e 2016/12908-5.

direito moderno: por um lado, a necessidade de institucionalização dos fluxos comunicativos produzidos neste espaço limítrofe entre sistema e mundo da vida nos moldes do paradigma do Estado democrático de direito; e, por outro lado, o cerne anárquico espontâneo e não plenamente organizável inerente à ação comunicativa. Por fim, indica-se algumas possibilidades teóricas dessa tensão, entre os limites e potenciais das instituições do Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Habermas, Facticidade e validade, ação comunicativa, esfera pública jurídica, democracia, direito.

INTRODUÇÃO

Em *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*, Jürgen Habermas (2020) realiza uma longa e detalhada reconstrução do direito moderno, à luz de critérios necessários para que esses elementos estejam con-dizentes com uma teoria da democracia deliberativa e procedimental. Tendo em vista um modelo político que permita a efetiva participação social dos cidadãos e cidadãs na elaboração das diretrizes e da efetivação do Estado constitucional, de modo a fo-mentar a radicalização e o aprofundamento da democracia.

Facticidade e validade foi publicado em 1992, no contexto da reunificação alemã após a queda do muro de Berlim. O momento histórico de sua produção – em meio a derrocada do socialismo de Estado e uma aparente vitória e consolidação do capi-talismo democrático – remete a um período em que as lutas sociais necessitavam aderir um processo de limitação e de adequação às formas institucionais das demo-cracias representativas. Modelo este que, de saída, já apresentava entraves diante da burocratização excessiva, do autocentramento em procedimentos formais de tomada de decisão sem uma efetiva participação social, cuja agenda oficial mostrava-se redu-zida apenas à autorização de compensações e redistribuições paliativas atenuantes às disfuncionalidades da economia capitalista (MELO; SILVA, 2020).

Durante o percurso do livro, partindo de sua teoria da social centrada na ação comunicativa elaborada nos anos 1980, Habermas realiza análises sobre os fundamen-tos e desafios do Estado de direito, da separação de poderes e da jurisdição constitu-cional. Ao final, apresenta sua compreensão procedimental do direito como proposta para superar as limitações e deficiências que diagnostica na incapacidade do modelo liberal do Estado constitucional de responder à altura certos desafios e demandas sociais da época, nos contextos norte-americano e europeu.

É durante a formulação de sua proposta que Habermas menciona o termo “esfera pública jurídica” para fazer referência a um espaço que esteja conectado aos processos jurídicos deliberativos e tenha capacidade de fortalecer o elo entre direito e democra-cia, a partir da abertura de canais para participação social – permitidos por instituições

jurídicas dotadas de alguma “porosidade”. Este espaço aproveitaria, assim, a força da ação comunicativa originada na vida social e permitiria a tematização de questões e argumentos que ultrapassem os tradicionais saberes técnico-jurídicos especializados, permitindo a produção e consolidação de discursos de fundamentação dotados de maior grau de legitimidade social. No entanto, o conceito de esfera pública jurídica parece estar em uma tensão entre a impossibilidade de uma institucionalização sem perdas dos fluxos comunicativos da vida social e uma institucionalização excessiva que os limite demasiadamente.

A proposta deste texto será revisitar o conceito de esfera pública jurídica a partir de uma atualização crítica, tendo como pano de fundo a tensão entre duas características da reconstrução habermasiana do direito moderno presentes em *Facticidade e validade*². Por um lado, a necessidade de institucionalização dos fluxos comunicativos produzidos neste espaço limítrofe entre sistema e mundo da vida³ nos moldes do paradigma do Estado constitucional e, por outro, o cerne anárquico inerente à ação comunicativa habermasiana que não permite o seu pleno controle e organização nos moldes institucionais.

O conceito de esfera pública jurídica indica algumas possibilidades teóricas para repensar as conexões entre direito e democracia, sem abandonar ou negar as tensões indicadas acima. Para realizar essa análise apresenta-se, em primeiro lugar, alguns aspectos da concepção de direito exposta em *Facticidade e Validade* e os atributos do conceito de esfera pública jurídica em meio à teoria social habermasiana; segundo, estrutura-se algumas interpretações acerca da posição de centralidade dos processos de institucionalização na teoria de circulação de poder habermasiana e suas tensões internas, indicando suas consequências para o conceito de esfera pública jurídica; e, por fim, confronta-se os elementos anteriores com o cerne anárquico da ação comunicativa, tratando das suas consequências para o conceito de esfera pública jurídica.

2 A tarefa empreendida nesta oportunidade coincide com a recente publicação de uma nova tradução brasileira revisada de *Facticidade e validade* (2020), integrante do projeto coletivo de tradução da extensa produção do autor para o português, empreendida em um projeto editorial coletivo realizado por tradutores especializados em sua obra, com cuidados de padronização e adequação do léxico conceitual em relação a literatura já consolidada sobre a obra habermasiana.

3 Distinção presente em *Teoria da Ação Comunicativa* (1984) em que o sistema corresponde ao domínio da vida social em que ocorre a “reprodução material da sociedade”, que exige atividades racionais estratégicas e instrumentais pautadas na coordenação dos indivíduos para atingir determinada finalidade calculada. Já o mundo da vida é o espaço informal orientado pelas atividades racionais comunicativas, ou seja, o âmbito da vida social no qual se desenvolvem formas de interação baseadas no entendimento comunicativo, que se reproduz baseado em significados universais atribuídos previamente aos falantes.

1. A esfera pública jurídica em *Facticidade e validade*

1.1 O direito compreendido entre fluxos comunicativos e o sistema dual habermasiano

Em *Facticidade e validade*, Habermas realiza uma detalhada reconstrução discursiva do direito moderno, com análises sobre os fundamentos e desafios do Estado de direito, da separação de poderes e da jurisdição constitucional à luz de critérios necessários para que esses elementos sejam conectados com uma teoria da democracia deliberativa que permita a efetiva participação social em seus desenvolvimentos.

A análise de Habermas inicia com uma apresentação da estrutura da ação comunicativa, remetendo à sua *Teoria da Ação Comunicativa* (1984). Por meio dessa exposição, Habermas indica que há uma tensão sempre presente nos pressupostos da comunicação intersubjetiva cotidiana entre a facticidade das condições concretas de comunicações atuais e os pressupostos ideais vinculados à expectativa de uma “comunicação livre de dominação” (HABERMAS, 2020: 57). O seu diagnóstico é que essa tensão altera as condições de integração social ao longo dos processos históricos de modernização, demonstrando-as ao longo de sua reconstrução do direito moderno ocidental.

Nesse diagnóstico, o direito moderno é ilustrativo desta tensão pois acaba vinculado tanto à ação comunicativa cotidiana quanto aos recursos sistêmicos, sendo dependente de ambos os campos sociais e possuindo um caráter ambivalente⁴. Nessa estrutura, o direito ocupa uma posição privilegiada na compreensão das condições históricas de

4 Sobre o processo de colonização em sentido amplo na teoria social habermasiana: “O desacoplamento entre sistema e mundo da vida dá lugar a um processo de colonização do mundo da vida por parte do sistema, ou seja, um processo de monetarização e burocratização das relações sociais em geral, de modo que a lógica da racionalidade com respeito a fins, ou a racionalidade cognitivo-instrumental, se impõe sobre a racionalidade comunicativa como um todo, e isso justamente nos núcleos de reprodução simbólica. O princípio de integração social, o meio do entendimento linguístico, entra em choque com o princípio de integração sistêmica. Com tal ideia de colonização sistêmica do mundo da vida, Habermas pode retraduzir em termos próprios a teoria marxista da alienação e da reificação. Nesse sentido, ela está também no fundamento da análise crítica das patologias modernas, resultantes de perturbações nos processos de reprodução cultural, levando a fenômenos de perda de sentido, na integração social, provocando estados de anomia e, por fim, na socialização, conduzindo a psicopatologias.” (REPA, 2008: 67-68). Nesse sentido, o direito é apresentado por Habermas como dotado de uma ambiguidade inerente. Apesar de possuir potencial transformador das relações entre sistema e mundo da vida, o direito também atua como colonizador: “o direito não será considerado pelo autor nem como um veículo unilateral de conquistas democráticas, nem como um simples instrumento de dominação político-econômica, mas como uma instância que se reproduz sob uma tensão constante entre imperativos sistêmicos e demandas provenientes da sociedade civil, na qual se manifestam de modo particularmente explícito os conflitos, as lutas e as patologias da modernidade tardia (SILVA, 2013: 134). O caráter ambivalente específico do direito será tratado na seção 2 deste trabalho.

integração das sociedades modernas, pois busca estabilizar expectativas de conduta por meios coercitivos institucionalizados, sem impedir, em princípio, a circulação dos fluxos com potenciais crítico-transformadores da ação comunicativa (HABERMAS, 2020: 56-57).

Na teoria da ação comunicativa, o direito é considerado como um médium, um transformador de fluxos comunicativos entre sistema e mundo da vida (HABERMAS, 2020: 125-126). O arranjo do direito em sua teoria social permite conectar análises empíricas sobre as dinâmicas de processos políticos reais, à luz das possibilidades e bloqueios para a ocorrência de “trocas” de fluxos comunicativos originados na sociedade civil com arenas “oficiais” de formação da opinião e da vontade – motivo pelo qual o conceito político de esfera pública que permeia a obra habermasiana desde os anos 1960, continua central em *Facticidade e validade*⁵.

As dinâmicas entre fluxos comunicativos são ilustradas por Habermas a partir do modelo de Bernhard Peters, utilizando a metáfora de um sistema de “comportas” ou “eclusas”, que indica possíveis aberturas nos núcleos sistêmicos permitida por uma esfera pública sensível capaz de captar fluxos comunicativos advindos do mundo da vida e conectá-los aos núcleos sistêmicos (HABERMAS, 2020: 452-453). Esse modelo indica a possibilidade de “irrigação” destes centros com os fluxos comunicativos produzidos na sociedade civil, em momentos em que as “comportas” se abrem e permitem a passagem desses fluxos.

A transposição das “comportas” está ancorada em um conceito político de democracia deliberativa e procedimental voltado para a sua própria manutenção e radicalização, representadas “pelos procedimentos democráticos e do Estado constitucional, com o que os influxos do poder comunicativo, oriundos da periferia, atingem o centro do sistema político (parlamento, tribunais e administração)” (REPA, 2008: 69). Sendo também dependentes de processos prévios de formação da opinião e da vontade nas esferas públicas informais, que podem se infiltrar nas instâncias “oficiais” de liberação e decisão.

Essas trocas e a existência de espaços capazes de captá-los e reverberá-los para outros campos sociais, junto a possibilidade de que infiltrem os núcleos sistêmicos, são consideradas por Habermas como centrais para o próprio funcionamento adequado de uma democracia. Isto é, para que possam se compreender simultaneamente como destinatários e autores das leis, as cidadãs e os cidadãos precisam ter meios de fazer com que as experiências cotidianas de injustiça e desrespeito possam ser tematizadas pela sociedade civil, tendo possibilidades concretas de fazer “vibrar as estruturas” que

5 Cf. o capítulo VIII “Sobre o papel da sociedade civil e da esfera pública política” de *Facticidade e validade*.

definem “as relações de força entre sociedade civil e sistema político” (HABERMAS, 2020: 480), visando incessantes alterações e atualizações.

1.2 O direito como um “médium” e o conceito de esfera pública jurídica

Habermas compreende que o paradigma liberal do direito, suas formas institucionais e a sua linguagem funcionam como um médium entre o sistema e o mundo da vida – campos sociais que tendem a ficar desacoplados na modernidade diante dos modelos de racionalização conflitantes caracterizados pela racionalidade instrumental predominante no sistema, e a comunicativa no mundo da vida (SILVA, 2013: 138). Nesse quadro teórico, os processos jurídico-democráticos fomentam possibilidades de transformar os fluxos comunicativos gerados nas bases sociais do mundo da vida em imperativos eficazes frente não apenas a seus participantes e destinatários, mas também aos sistemas econômico, político e administrativo.

Esses processos possibilitam inversões de fluxos de poder na direção não habitual da “periferia” ao núcleo sistêmico. A partir da iniciativa de agentes sociais que disseminam fluxos comunicativos em “fóruns públicos informais”, os conteúdos podem ser elaborados, condensados em temas e posicionamentos, e tematizados como questões de relevância pública, podendo influenciar os centros decisórios e a agenda oficial de problemas e discussões. Em *Facticidade e validade*, o direito é descrito como um médium que possibilita essas dinâmicas – isto é, que o poder comunicativo produzido no mundo da vida exerça influência ou mesmo que se transforme em poder sistêmico. No entanto, Habermas reforça que não é possível prever os efeitos contraditórios que essas dinâmicas poderão ocasionar, estando sempre passíveis de disputas e de diferentes resultados e consequências (HABERMAS, 2020: 204).

Nesse sentido, Habermas menciona a necessidade de um espaço social próximo aos processos jurídicos e com capacidade de conduzir essas dinâmicas. O conceito de esfera pública jurídica (*Rechtsöffentlichkeit*) é citado em meio a essas preocupações no último capítulo de *Facticidade e validade*, momento em que Habermas indica o seu diagnóstico do que considera uma “crise do Estado de direito” por suas limitações estruturantes, ao mesmo tempo em que expõe sua proposta de compreensão procedimental do direito:

No paradigma procedimental do direito, devem estar protegidos, antes de tudo, as condições procedimentais do processo democrático. Essas condições ganham uma importância central capaz de lançar outra luz a muitos casos de colisão. Os lugares vazios deixados pelo participante privado autônomo do mercado e pelo cliente das burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam dos discursos políticos para fazer valer interesses feridos e que, por meio de sua articu-

lação, cooperam na elaboração dos critérios para o tratamento igualitário dos casos diferentes. Na medida em que os programas legais exigem uma concretização configuradora de direitos, de tal modo que a justiça, apesar de todas as cautelas, tenha de tomar decisões na zona cinzenta entre a produção legislativa e a aplicação do direito, os discursos jurídicos de aplicação precisam ser complementados de forma clara com elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase legisladora da opinião e da vontade demandam por certo um outro tipo de legitimação. Esse ônus legitimatório adicional poderia ser satisfeito com a obrigação de a justiça oferecer justificações frente a um ampliado fórum judiciário crítico. Para isso, seria necessária a institucionalização de uma esfera pública jurídica que vá além da atual cultura de especialistas e que seja suficientemente sensível para transformar decisões fundamentais problemáticas em foco de controvérsias públicas. (HABERMAS, 2020: 555).

A esfera pública jurídica é referida como um espaço posicionado no limite entre as demandas sociais presentes no mundo da vida e os canais de abertura para o sistema jurídico e suas instituições. Localiza-se, portanto, na fronteira entre sistema e mundo da vida, na “periferia sistêmica” – na área de encontro entre os dois campos do social. A esfera pública jurídica possuiria a função de realizar uma conexão específica entre as instituições jurídicas e a sociedade, constituindo um espaço dotado de uma sensibilidade mais aguda para os novos e urgentes problemas sociais tratados na linguagem dos direitos, sendo possível captá-los e identificá-los antes que as instituições jurídicas estatais e de forma mais apurada.

Uma das possibilidades de “irrigação” dos fluxos comunicativos nas arenas “oficiais” seria através da recepção das demandas relacionadas a direitos de indivíduos e grupos por meio de canais proporcionados por um espaço que permita exercer influência nos centros decisórios judiciais. Essa estrutura discursiva da democracia que acompanha o conceito de esfera pública jurídica, baseia-se na mobilização política e no aproveitamento da força e dos temas da ação comunicativa formada na periferia sistêmica. Assim, o devido esclarecimento e deliberação de questões políticas depende da consolidação e institucionalização de uma prática de argumentação pública, isso porque, na perspectiva habermasiana, os fluxos comunicativos receberão determinado “tratamento” conforme os procedimentos democráticos, necessitando de algum grau de institucionalização para que possam influenciar as arenas jurídicas.

No entanto, esse momento de contato entre os dois campos do social por meio da teoria deliberativa procedimental habermasiana está permeado por um dilema político presente e não resolvido em sua obra. Por mais que Habermas parta do paradigma liberal do Estado constitucional e de sua configuração, ele também reconhece suas limi-

tações durante toda a reconstrução em *Facticidade e validade*, apresentando também uma perspectiva crítica frente ao liberalismo, com o intuito de fortalecer a atividade dos cidadãos na formação da opinião e da vontade, para uma efetiva democracia radical. Assim, sua compreensão geral a partir de seu diagnóstico sobre os desafios enfrentados pelos sistemas políticos da época e pela crise da democracia é que o próprio modelo liberal estaria fadado a ruir sem um efetivo aprofundamento democrático.

Nesse sentido, a centralidade institucional e a limitação procedimental presentes na obra habermasiana se conectam juridicamente aos processos comunicativos da esfera pública. Contudo, os aspectos sistêmicos mantêm sua autonomia intacta, pois as estruturas comunicativas da esfera pública não dispõem do tipo específico de poder para efetivarem os imperativos dos centros decisórios. Ou seja, a ação comunicativa e os fluxos de poder originados no mundo da vida podem, mediante canais abertos e sensíveis, influenciar a maneira como o poder estatal irá se efetivar por meio de procedimentos democráticos, porém os meios coercitivos permanecem a atuar mediante a racionalidade instrumental.

A proposta de Habermas em relação a esfera pública jurídica indica a possibilidade e necessidade da existência e manutenção de um espaço que seja limitado apenas pelo caráter procedimental, sem a definição prévia dos temas que ali poderão ser tratados. Isso pode significar, de forma concreta, abrir as portas dos tribunais para que uma maior diversidade de posições possa ser ouvida e publicizada – adquirindo, assim, caráter de argumentos passíveis de discussão jurídica e até mesmo passíveis de fundamentar decisões judiciais. Sem a abertura e sensibilidade possibilitada por uma esfera pública jurídica, isto é, sem ser continuamente alimentado por fluxos comunicativos advindos da sociedade civil, o próprio sistema jurídico tende a se enrijecer, correndo o risco de perder a capacidade de sustentar um caráter democrático e deliberativo (MELO; SILVA, 2020: 15).

A função dos participantes externos ao sistema de justiça funcionaria, então, como um elemento mediador para a própria atividade decisória jurisdicional. As decisões judiciais ocorrem entre os discursos consolidados na produção legislativa e a necessidade de aplicação, entre esses dois momentos pode haver uma zona cinzenta em casos difíceis que necessitam de outra espécie de discursos para preenchê-los, quando os dois outros se mostram insuficientes. Essa zona cinzenta entre eles deve ser complementada pelos discursos jurídicos de fundamentação, que precisam trazer elementos diferentes ou mesmo externos para auxiliar na solução da controvérsia, indicando outros caminhos para solucioná-la.⁶

6 A compreensão da esfera pública jurídica como um espaço que fomenta a produção democrática de discursos de fundamentação que ultrapassam as razões legislativas e jurídicas, pode dialogar em alguma medida com

A compreensão da esfera pública jurídica como um espaço que fomenta a produção democrática de discursos de fundamentação que ultrapassam as razões legislativas e jurídicas – isto é, as discussões técnico-jurídicos tradicionalmente fechadas dos especialistas – é ilustrado por Habermas como um amplo “fórum judiciário crítico” (*justizkritischen Forum*), que serviria para exercer controle desses discursos de fundamentação e que uniriam os descompassos entre a atividade da produção legislativa e o momento da aplicação do direito, possibilitando inclusive preencher lacunas, quando necessário.

Para isso, seria necessária a institucionalização de uma esfera pública jurídica que vá além da cultura de especialistas própria do campo jurídico. O cerne deste espaço se choca com o pano de fundo de saberes especializados pressupostos no funcionamento habitual das instituições jurídico-decisórias, os quais definem a caracterização das questões sociais a elas levadas segundo formas paradigmáticas de sua interpretação. Uma esfera pública jurídica que não limita previamente as formas de abordagem e de argumentos sobre um tema, possibilita que essas razões não adentrem as arenas oficiais judiciárias moldadas em um enquadramento dogmático já padronizado, ao menos acerca do conteúdo que poderá ser tematizado.

O objetivo maior de um espaço como este, portanto, será transformar argumentos sobre questões passíveis de decisões jurisdicionais em foco de controvérsias públicas. Pensando desta forma, a solução da questão não significa a sua conclusão. A discussão pública aberta a diferentes argumentos provenientes das múltiplas fontes sociais em uma arena judicial carrega o potencial de fazer o tema reverberar também a outros campos sociais. Sendo os temas discutidos e tornados públicos em meio a um procedimento judicial de grande repercussão política e midiática – como ocorreu, por exemplo, em algumas das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos⁷ –, estes poderão ter ressonância na esfera pública e na sociedade como um todo, levando a outras e novas discussões a respeito do tema, ou à problematização de novos temas.

a proposta de Klaus Günther sobre as diferenças dos momentos e da natureza dos discursos de justificação e de aplicação, propondo o que chama de um “senso de adequação” na atividade adjudicatória para mitigar essas incompletudes e deficiências (Cf. GÜNTHER, 1993).

7 Neste sentido, as audiências públicas em um tribunal constitucional podem ser consideradas como uma associação formadora da opinião dentro de uma instituição judiciária, em torno da qual pode se cristalizar uma esfera pública jurídica. Essa associação se forma e deve garantir a participação e argumentação de acordo com os procedimentos e pressupostos democráticos, evitando ao máximo as desigualdades de participação, sob pena de não cumprir seu fundamento de existência (Sobre o tema das audiências públicas como ilustrativa do conceito de esfera pública jurídica, ver GONÇALVES, 2018 e 2017).

2. A centralidade institucional e as tensões com a ação comunicativa: limitações ao conceito de esfera pública jurídica

A menção ao conceito de esfera pública jurídica na estrutura procedimental do direito de Habermas localiza-se em meio a uma limitação que acompanha todo o projeto de *Facticidade e validade*. Por mais que forneça uma estrutura teórica visando o aprofundamento da democracia, as possibilidades efetivas de um “fórum judiciário crítico” em meio ao desenho institucional das democracias liberais podem ser drasticamente limitadas ou mesmo tornadas inócuas, quando mobilizadas de forma acrítica de acordo com este modelo político.

Habermas não trata diretamente dessas limitações quanto à concepção de esfera pública jurídica, mas indica a existência de déficits democráticos na consolidação da ideia de Estado democrático de direito durante todo o percurso do livro. Por mais que a radicalização da participação social esteja no centro de suas preocupações, ele a observa sempre tendo como foco principal as possibilidades de institucionalização por meio de sua proposta de um paradigma deliberativo e procedimental do direito e da democracia.

De acordo com a análise feita por William Scheuerman, Habermas acaba apresentando em *Facticidade e Validade* uma “visão profundamente ambígua da democracia moderna” (SCHEUERMAN, 2014: 158), quando mobiliza duas interpretações conflitantes e em certos aspectos incompatíveis em sua teoria democrática. Isso porque desenvolve o seu modelo de democracia deliberativa de acordo com variadas compreensões e vertentes teóricas que são “política e intelectualmente incoerentes” (*ibid.*).

Scheuerman argumenta que Habermas traça os contornos de uma teoria democrática radical baseada em uma forte concepção de igualdade social que teria a capacidade de supervisionar os mecanismos burocráticos estatais e do mercado. No entanto, não leva às últimas consequências essa possibilidade regulatória que supervisiona as influências entre núcleo sistêmico e mundo da vida, sendo que este modelo fica apenas no âmbito de um dever-ser abstrato ao longo de todo o livro. Junto a isso, Habermas apresenta ao longo da obra um modelo que Scheuerman considera como “defensivo” de democracia deliberativa – em que as instituições democráticas exercem apenas funções tímidas de “contenção” sobre os processos de mercado e administrativos, nos quais os públicos deliberativos, na maior parte do tempo, tendem a permanecer “em estado de repouso” (HABERMAS, 2020: 480).

Para Scheuerman, isso faz com que Habermas corra o risco de “abandonar os impulsos críticos” que motivaram o seu trabalho intelectual (SCHEUERMAN, 2020: 159), levando-o a uma postura defensiva e “resignada” face às concessões feitas à teoria dos sistemas para elaborar uma teoria social adequada à modernidade. O que o leva a apresentar uma proposta de “democracia radical” que busca apenas estabele-

cer um novo equilíbrio entre as diferentes fontes de integração social; sendo que, no fim, os poderes localizados no núcleo sistêmicos parecem sempre prevalecer em maior ou menor grau (SCHEUERMAN, 2014: 169). A despeito dessas críticas, ao mesmo tempo é possível encontrar no modelo habermasiano de circulação de poder tentativas reiteradas de subordinar os sistemas econômico, administrativo e burocrático ao controle, supervisão e direcionamento da esfera pública e do direito. Isso porque os sistemas permanecem em certa medida “abertos” aos fluxos comunicativos originados no mundo da vida pois dependem do direito e dos procedimentos do Estado democrático de direito para se organizarem (LUBENOW; NEVES, 2008: 251).

Esse conflito interno na teoria de circulação de poder habermasiano “entre radicalismo e resignação”, para usar os termos de Scheuerman, leva também a uma compreensão ambígua do direito em *Facticidade e Validade* (SILVA, 2013: 141). O direito é considerado como um médium que permite a integração entre sistema e mundo da vida, pertencendo a ambos os campos. Conectando-se diretamente aos meios de integração do sistema burocrático-estatal – já que recebe deste último a capacidade de manter as expectativas de comportamento por meio do uso coercitivo da força – ao mesmo tempo em que expõe seus imperativos sistêmicos de controle e eficiência às exigências de “racionalização comunicativa”.

Dessa forma, o direito une, em uma chave ambígua, a racionalidade instrumental e a comunicativa, isto é, une os mecanismos coercitivos de integração às exigências da legitimação discursiva do direito. Ao ocupar os dois campos do social, o direito é capaz de abrir canais para que as demandas oriundas de interações comunicativas possam infiltrar os núcleos sistêmicos com a pretensão de influenciar ou alterar seus direcionamentos de forma legítima. No entanto e de forma diversa, os campos sistêmicos podem aproveitar e manipular a força legitimadora do direito a fim de disfarçar a imposição de seus imperativos funcionais, conferindo aparência de legitimidade a uma dominação sistêmica democraticamente ilegítima (SILVA, 2013: 144).⁸

Facticidade e validade desenvolve-se levando em consideração esse caráter ambíguo do direito. Segundo Habermas, a observação das democracias contemporâneas mostra que a reprodução do direito tende a permanecer – na maior parte do tempo e em seus pontos fundamentais – dependente das instituições legislativas e jurídicas. E

8 Nas palavras de Habermas: “Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.” (HABERMAS, 2020: 76-77).

mesmo que as instituições legislativas, por sua própria natureza, sejam mais abertas à sociedade, suas configurações impedem e dificultam a circulação de novos agentes sociais e fluxos comunicativos.

Apesar da centralidade institucional voltada ao Estado de direito presente em *Facticidade e validade* e da falta de uma indicação de solução para uma efetiva democratização radical, Habermas também reconhece que a legitimidade do direito possui uma abertura inerente. Mesmo sendo estruturada por procedimentos juridicamente previstos, a legitimidade do direito precisa se alimentar também de fontes comunicativas que extrapolem o conhecimento técnico dos especialistas e os campos da produção e aplicação do direito. Isso significa que a legitimidade social do direito exige que os procedimentos jurídicos se encontrem submetidos às constrições racionalizadoras de um discurso racional prático, cujas exigências ultrapassam os campos específicos do saber técnico-jurídico e a linguagem especializada dos operadores do direito. Nesse sentido:

apenas as garantias dos direitos fundamentais não podem proteger a esfera pública e a sociedade civil contra deformações. As estruturas comunicativas da esfera pública precisam ser mantidas intactas por uma sociedade civil dotada de vitalidade. Na medida em que a esfera pública política, em certo sentido, tem de estabilizar a si mesma, mostra-se a notável autorreferencialidade da práxis comunicativa da sociedade civil. Os textos daqueles que, com suas manifestações na esfera pública, reproduzem simultaneamente suas próprias estruturas, revelam o subtexto sempre idêntico que se refere à função crítica da esfera pública em geral. Além de seu conteúdo manifesto, o sentido performativo dos discursos públicos atualiza a função de uma esfera pública política não distorcida enquanto tal. As instituições e garantias jurídicas da livre formação da opinião repousam sobre o terreno instável da comunicação política daqueles que, uma vez utilizando-as e, ao mesmo tempo, interpretando-as em seu conteúdo normativo, também as defendem e radicalizam. (HABERMAS, 2020: 469)

A concepção habermasiana de democracia deliberativa exige, portanto, que a legitimidade do Estado democrático de direito esteja vinculada a um processo de formação coletiva da opinião e da vontade que é configurada a partir dos fluxos comunicativos cotidianos e espontâneos produzidos na sociedade civil. O direito é incapaz de cumprir suas próprias exigências de forma interna, necessitando dos fluxos produzidos na esfera pública. Estes que, em contraposição às características sistêmicas, possuem um caráter fluido e espontâneo, que não podem ser completamente organizados e controlados, sendo, sobretudo, incapazes de serem produzidos ou assegurados nas formas jurídicas estritas.

Pensar a possibilidade de uma esfera pública jurídica em certa medida externa às instituições estatais traz à luz outras características presentes em sua obra, vinculada a descrição da ação comunicativa. Há nela um certo “cerne anárquico” que não é, *prima facie*, compatível com os moldes institucionais. Confrontar esses elementos em torno do conceito de esfera pública jurídica expõe uma tensão que não fica resolvida na obra de Habermas: por um lado, a confiança no caráter procedimental democrático para dar conta das diferentes demandas que surgirão no mundo da vida e sua capacidade de absorvê-las; por outro, o reconhecimento de que há um “cerne anárquico” que sempre estará desafiando a forma institucional do Estado constitucional e que poderá encontrar outros canais – localizados tanto no mundo da vida, quanto em outras áreas do sistema que não o judiciário – para formar discursos de fundamentação de caráter jurídico-normativo, em diferentes graus e arranjos.

3. O cerne anárquico da ação comunicativa em tensão com as limitações da centralidade institucional: consequências para o conceito de esfera pública jurídica

No prefácio de *Facticidade e validade*, Habermas reconhece a existência do que chama de um “cerne anárquico” presente em sua concepção de ação comunicativa. Para ele, as instituições do Estado democrático de direito precisariam “se alimentar” desse cerne anárquico “caso pretendam efetivamente garantir liberdades subjetivas iguais” (HABERMAS, 2020: 27). Essa característica anárquica está vinculada com a própria concepção habermasiana da modernização das sociedades ocidentais, caracterizado como um processo de ampliação dos aspectos da vida cotidiana submetidos ao questionamento comunicativo – possibilidades críticas de “caráter explosivo” capazes de reconfigurar os saberes culturais, as instituições sociais e as estruturas de personalidade segundo os termos sempre passíveis de atualização da ação comunicativa. Habermas se refere à deliberação como possuindo essa natureza “anárquica” e “caótica” que se une à expectativa de que na vida “moderna” todo conteúdo pode vir a ser problematizado, questionado e transformado segundo processos de entendimento livres de coerção. Assim, a forma como Habermas entende a institucionalização da democracia absorve esse cerne anárquico de sua teoria da ação comunicativa.

No capítulo VIII de *Facticidade e validade*, em que Habermas trata sobre o papel da sociedade civil e da esfera pública política, o cerne anárquico da ação comunicativa é abordado de forma mais evidente. Em sua compreensão, a esfera pública não é um campo social passível de institucionalização, ela não pode ser controlada plenamente pelo poder burocrático, econômico ou administrativo. Nela são originados focos de deliberação e de fluxos comunicativos que não podem ser produzidos pelos núcleos sistêmicos. No entanto, os processos democráticos dependem desses momentos e

dessas fontes anárquicas advindas do mundo da vida para manter suas estruturas (SILVA, 2020: 118). Sem elas, não haveria a “irrigação” dos núcleos sistêmicos e das instituições do Estado de direito com as pretensões advindas das sociedades civil. Portanto, nos processos democráticos há a necessidade de manter espaços para esses momentos anárquicos deliberativos que possuem a função de manter a força e a pulsão das instituições ao longo do tempo, de forma a acompanhar as mudanças sociais.

No caso do direito o aspecto coercitivo não neutraliza o aspecto anárquico dos fluxos comunicativos, na realidade, precisa se alimentar deles. Essa tensão está sempre presente entre a racionalidade instrumental – proveniente dos meios de integração do sistema burocrático-estatal, já que recebe deste último a capacidade de manter as expectativas de comportamento por meio do uso coercitivo e organizado da força – e a racionalidade comunicativa – proveniente das exigências sociais da comunicação pública e das deliberações críticas e anárquicas ocorridas no mundo da vida, sem possibilidade de um controle pleno. Esta ambiguidade e tensão que faz com que Habermas, como já mencionado, compreenda o direito como um médium que permite a integração entre sistema e mundo da vida, pertencendo, ao mesmo tempo, a ambos os campos.

Na concepção de Habermas, essa característica do direito moderno não deve ser desfeita e sim sempre mantida e reelaborada em novos termos. Reestabelecer essa tensão evita recair em ossificações de sentido e insistir em determinados atributos como sendo essenciais ou “naturais” da ideia de direito moderno – isso tanto nas compreensões de sociedade ou nos aspectos de legitimação do direito dentro de certas vertentes teóricas consideradas tradicionais. Essa postura deixa compreensões e significados a respeito do sistema dos direitos abertos a possíveis dissoluções e constantes reelaborações em meio aos processos de formação democrática da opinião e da vontade pelos próprios concernidos, cidadãos e cidadãos.

Nesse ponto, o conceito de esfera pública jurídica pode oferecer uma reflexão produtiva. Conforme indicado, ele faz referência a um campo deliberativo que reforça a necessidade e a possibilidade de “irrigação” do sistema jurídico com o conteúdo produzido deliberativamente e inserido nas arenas oficiais via procedimentos do Estado constitucional. A tensão entre o cerne anárquico e a limitação do Estado constitucional encontra neste espaço um ponto de radicalização e ao mesmo tempo de confronto direto. Nesse sentido, dois tipos de instituições governamentais deveriam sustentar uma ou várias formas de esferas públicas jurídicas, pois possuem funções importantes na deliberação pública e ao mesmo tempo dependem da “irrigação” de conteúdos proporcionadas por elas: os parlamentos e os tribunais. Em ambos os espaços, a deliberação faz parte dos procedimentos internos de suas funções, possuindo

caráter público, sendo transmitidos e acompanhados pela mídia, e permitindo discussões, fundamentações, ingresso de agentes sociais interessados e etc.

No entanto, esses espaços são apenas parcialmente abertos e tendem a recair em bloqueios característicos dos sistemas administrativos, em diferentes intensidades. Da perspectiva de uma teoria da circulação do poder que busque demonstrar mecanismos que evitem os processos de dominação dos núcleos sistêmicos perante as formas de ação comunicativa, o direito e os mecanismos de participação social assumem grande relevância, pois apresentam uma abertura estrutural para que os agentes sociais possam interferir no sistema político e ganhar espaço em detrimento dos núcleos sistêmicos. Podemos dizer que, em meio a essa tensão, a esfera pública jurídica exerce uma função contínua de “reequilibrar a balança” que pende para o sistema em relação ao mundo da vida. É uma forma de inserir o “caráter explosivo” da esfera pública e da deliberação de forma a reequilibrar as forças sociais advindas do mundo da vida, em uma forma de “explosão controlada”.

Para além dos espaços tradicionais do desenho institucional do Estado de direito, também é possível pensar em outros espaços mais afastados dos núcleos sistêmicos, em que o objetivo seja produzir fluxos comunicativos para alimentar de conteúdo o sistema jurídico: espaços deliberativos “não legalistas” que tematizem questões sobre direito e democracia, em arranjos institucionais menos circunscritos do que aqueles dos parlamentos ou dos tribunais. Locais onde os discursos de fundamentação possam alimentar os núcleos sistêmicos jurídicos, como pode ser tarefa da pesquisa em direito e da própria ciência de forma ampla, das universidades ou mesmo de centros de produções jurídicas populares e independentes, mediante elaboração de estudos, diretrizes à aplicação do direito e à atuação jurisdicional, ou de produções e discussões de sobre legislações vigentes ou futuras.

Na teoria social de Habermas, portanto, a esfera pública compreendida de forma ampla exerce a importante função na realização do princípio discursivo da legitimação democrática. A esfera pública jurídica, especificamente, segue o mesmo princípio em relação ao direito, em meio às tensões inerentes à obra habermasiana entre as limitações do Estado constitucional e sua concepção procedimental deliberativa e o cerne anárquico que a acompanha. O conceito de esfera pública jurídica apresenta-se, portanto, como um ponto de reflexão produtivo para reequilibrar essas tensões em sua obra e repensar as dinâmicas de circulação de poder entre os campos sociais. O conceito representa um vetor teórico que permite tensionar a centralidade institucional presente na obra habermasiana junto ao cerne anárquico social que acompanha *Facticidade e validade* e sua teoria da ação comunicativa, tendo o direito como arena de confronto e visando compreender as possibilidades de fortalecimento do seu elo com a democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em *Facticidade e validade*, Habermas expõe sua compreensão do fenômeno jurídico e sua ligação necessária com uma ordem de legitimação democrática. O direito aparece na obra como uma fonte ambígua de integração social, um médium que combina o aspecto coercitivo jurídico à exigência de ser conectado com normas geradas segundos processos discursivos de formação da opinião e da vontade.

Da mesma forma como ocorre com os demais âmbitos da vida social, o direito tende a sofrer processos de colonização de seus componentes comunicativos, podendo recair a um funcionamento sistêmico de suas práticas e instituições. Para Habermas, porém, a tarefa de uma teoria crítica da sociedade é justamente a de evitar uma descrição conformista dessas tendências e fornecer diagnósticos sobre as possibilidades de resistência e de inversão desses processos de colonização, realizando investigações sobre os potenciais impulsos democratizantes que emergem da sociedade civil e que buscam exercer influência nos núcleos sistêmicos.

O reconhecimento de que o direito é incapaz de cumprir suas exigências funcionais e normativas segundo recursos próprios, necessitando de uma contínua “irrigação” de fluxos comunicativos do mundo da vida, faz com que o conceito político de esfera pública habermasiana também exerça forte influência em sua compreensão do direito nas democracias ocidentais. Habermas ressalta o cerne anárquico inscrito na esfera pública, demonstrando o seu caráter espontâneo e não plenamente organizável nos formatos sistêmicos, mas que constitui “alimento” à contínua pulsação e funcionamento das instituições de caráter democrático e, conseqüentemente, às instituições judiciárias tradicionalmente fechadas aos especialistas.

Nessa estrutura teórica, o conceito de esfera pública jurídica citado por Habermas indica a existência de um vetor teórico produtivo. Na sua compreensão de circulação de poder, a esfera pública jurídica consiste em um espaço limítrofe entre o “caráter explosivo”, “anárquico” e “incontrolável” dos fluxos comunicativos gerados nos focos de produção deliberativa no mundo da vida e os canais institucionais jurídicos que possuem algum grau de abertura para que esses fluxos adentrem o núcleo sistêmico jurídico.

A esfera pública jurídica pode ser definida como um espaço limítrofe de maior sensibilidade à apreensão desse “caráter explosivo” presente na ação comunicativa, aproveitando esses fluxos para manter a vitalidade das instituições judiciárias, radicalizando o seu caráter democrático. Assim, a forma como a sociedade utiliza o médium do direito está diretamente conectado à existência, abrangência e amplitude de uma esfera pública jurídica sustentada por instituições judiciárias “porosas” que permitam tematizações conforme os procedimentos democráticos. Espaços como esses visariam reequilibrar as tendências de prevalência sistêmica e a própria centralização da teoria

social de Habermas nos procedimentos do Estado constitucional, amenizando, em alguma medida, as limitações que os acompanham – mas mantendo e reestabelecendo a tensão presente na teoria social habermasiana.

Dessa forma, sem abandonar ou negar as tensões presentes na obra de Habermas entre as limitações institucionais e a caráter anárquico da deliberação social advindo da ação comunicativa, o conceito de esfera pública jurídica indica diferentes possibilidades teóricas para repensar conexões entre direito e democracia, sobre o aprofundamento da participação social nos centros jurídico-decisórios e sobre a consolidação de uma cultura de argumentação pública relativa a direitos. Esses aspectos permitem sustentar reflexões sobre desenhos institucionais alternativos para mitigar as insuficiências e deficiências de participação social nas instituições judiciárias e na produção dos discursos de fundamentação entre seus bloqueios e as possibilidades de superá-los, valorizando a manutenção do dissenso nos processos democráticos de forma a radicalizá-los.

REFERÊNCIAS

- GONÇALVES, Ricardo, 2018. O conceito de esfera pública jurídica e a audiência pública sobre cotas raciais no Supremo Tribunal Federal. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 103.
- GONÇALVES, Ricardo, 2017. *O Conceito de Esfera Pública Jurídica entre Jürgen Habermas e Axel Honneth*. 117 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- GÜNTHER, Klaus, 1993. *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*. New York: SUNY Press.
- HABERMAS, Jürgen, 2020. *Facticidade e validade*. Trad. Felipe Gonçalves Silva; Rúrion Melo. São Paulo: UNESP.
- HABERMAS, Jürgen, 1984. *The Theory of Communicative Action*. 2. v. Boston: Beacon Press.
- LUBENOW, Jorge; NEVES, Raphael, 2008. “Entre promessas e desenganos: lutas sociais, esfera pública e direito”. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 249-267.
- MELO, Rúrion; SILVA, Felipe Gonçalves, 2020. “Apresentação à edição brasileira”. In: HABERMAS, Jürgen, 2020. *Facticidade e validade*. Trad. Felipe Gonçalves Silva; Rúrion Melo. São Paulo: UNESP.
- REPA, Luís Sérgio, 2008. “Direito e Teoria da Ação Comunicativa”. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 55-71.
- SCHEUERMAN, William, 2014. Entre radicalismo e a resignação: teoria democrática em Direito e democracia, de Habermas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 13, Brasília, janeiro – abril, p. 155-185.

- SILVA, Felipe Gonçalves, 2013. “Habermas e ambiguidade do direito moderno”. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (Org.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo, Saraiva, p. 134-153.
- SILVA, Felipe Gonçalves, 2020. Para além da legalidade: Direito e antilegalismo na teoria crítica recente. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v. 25, n. 3, p. 113-136.