

## COMENTÁRIO

---

### HABERMAS E AS POSSIBILIDADES DE INOVAÇÃO INSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SOBRE AS ESFERAS PÚBLICAS JURÍDICAS

Lucas Fucci Amato

#### Introdução

O texto de Ricardo Juozepavicius Gonçalves sobre o conceito de esfera pública jurídica em Habermas (especificamente na obra *Facticidade e validade*, de 1992) tem várias virtudes: 1) a clareza na exposição da arquitetura conceitual habermasiana; 2) o apontamento de algumas hesitações e indefinições da obra e do autor na sua tentativa de não meramente reconstruir, mas também ultrapassar, em uma direção democratizante, a herança liberal na configuração do Estado de direito; 3) a indicação, ainda que sumária, de formas institucionais que exemplificariam a concretização de esferas públicas jurídicas.

Tais esferas públicas jurídicas haveriam de irrigar, com suas demandas “anárquicas” provenientes do mundo da vida, os discursos de justificação do direito produzidos em parlamentos e tribunais, com isso institucionalizando uma dinâmica participativa que sustentasse um alto grau de dissenso na argumentação sobre direitos, pressionando os Poderes organizados para processarem considerações atinentes ao entendimento intersubjetivo. Demandas sobre compreensões culturalmente compartilhadas, solidariedade e integração social, socialização e identidade pessoal – dimensões da ação comunicativa e das estruturas simbólicas do mundo da vida, para Habermas (2012: 252-253) – seriam canalizadas em discursos não meramente “legalistas” diante dos legisladores e aplicadores do direito. De um lado, tal ação comunicativa se imporia sobre tais Poderes, em vez de ser ela mesma capturada e constrangida pelos impera-

tivos sistêmicos que marcam a racionalidade estratégica e instrumental burocrática, política e econômica, na qual o Estado e suas autoridades estão enredados. De outra parte, considerar – ainda que parcialmente – as demandas estruturadas deliberativamente naquelas esferas públicas jurídicas permitiria aos centros organizados de decisão – notadamente, aos juízes – adensarem sua legitimação para tomar decisões mais ativas sobre concretização de direitos, criando direito ou desenvolvendo o que a legislação deixou indeterminado, com isso complementando seus discursos de aplicação do direito posto com discursos de justificação universalizáveis e imparciais.

Procurando desenvolver e complementar os pontos levantados no texto de Gonçalves, este comentário indicará duas questões: primeiro, qual o lugar ocupado pelo conceito esfera pública na trajetória teórica habermasiana e qual a importância de distinguir a esfera pública política da(s) esfera(s) pública(s) jurídica(s); em segundo lugar, como imaginar a institucionalização dessas esferas jurídicas, para além de uma mentalidade puramente centrada na ressonância da jurisdição constitucional.

### *1. Diferenciação e conexão entre as esferas públicas política e jurídica*

O conceito de “esfera pública” comparece na obra de Habermas (2014) desde 1962, aludindo ao advento da sociedade burguesa europeia, a partir da superação da sociedade estratificada e do Estado absolutista por duas vias: a emergência de uma esfera econômica que se desprende do âmbito doméstico e passa a enfatizar a autonomia privada exercida (publicamente) no mercado; o surgimento colateral de espaços voltados à discussão pública dos temas políticos, sobretudo pelo desenvolvimento da imprensa. Trata-se, enfim, da opinião pública enquanto âmbito pelo qual a sociedade civil se apresenta no domínio político. Com o progresso da produção teórica habermasiana, tal temática veio a encontrar-se com sua preocupação central nos anos de 1970 (HABERMAS, 2002): como superar a “crise de legitimação” que marcava naquele período (nos países do Atlântico Norte) o Estado social, crescentemente burocratizado no provimento de benefícios e serviços públicos, mas pouco capaz de garantir a lealdade das massas; ao lado disso, havia ainda a crise econômica (e fiscal) e a crise de motivação (baixa integração sociocultural). Para fechar o triângulo, as preocupações com a opinião pública e com a crise de legitimação encontraram-se com a empreitada de Habermas nos anos 1980: superar a tradição anterior da Escola de Frankfurt (de Adorno e Horkheimer), que considerava a modernidade como irremediavelmente marcada pelo domínio da razão instrumental, voltada ao emprego calculado de pessoas e coisas para fins utilitários de maximização do dinheiro e do poder – com isso, a razão abandonaria seus constrangimentos normativos, conduzindo ao progresso técnico tanto quanto ao esvaziamento da liberdade em um “mundo administrado”. A saída habermasiana foi a indicação de espaços nos quais se desenvolve, em linguagem

comum, no “mundo da vida”, o discurso voltado ao entendimento e aos valores, ao juízo estético e moral – enfim, à “ação comunicativa”. A partir daí é que o direito passará a ser vislumbrado como um campo ambíguo, de contenção normativa dos imperativos estratégicos sistêmicos, ou de legitimação da colonização do mundo da vida pela administração política e econômica.

É sob esse pano de fundo que faz sentido tratar as esperanças habermasianas sobre o quanto os novos movimentos sociais e a sociedade civil organizada embalariam uma esfera pública pluralista, capaz de catalisar a cultura política liberal e legitimar o Estado democrático de direito. Entretanto, até aqui se trata da esfera pública dirigida à política – da opinião pública propriamente dita. Um dos méritos do texto de Gonçalves é diferenciar tal locus da(s) esfera(s) pública(s) jurídica(s), sobre o que a obra de Habermas é bem menos caudalosa.

Seu grande opositor no debate da teoria social alemã de fins do século XX, Niklas Luhmann, também não indica claramente qual seria a esfera pública do direito (que, para Luhmann, é um sistema, ao contrário da concepção habermasiana). Entretanto, a teoria dos sistemas indica que o mercado é a “esfera pública” ou o “ambiente interno” do sistema econômico (traduzindo qualquer problema social em termos de preço, e precificando igualmente os pagamentos, a oferta e a demanda); e aponta que a opinião pública seria o equivalente para o sistema político. É possível dimensionar que a esfera pública jurídica seria diferenciada pela referência à “personalidade jurídica” em sentido amplo – aos sujeitos de direitos (AMATO, 2020). Desse modo, se conseguiria distinguir qual é o espelho das decisões judiciais: a referência interpretativa e argumentativa a tais artefatos jurídicos personalizados e sustentados pelo direito válido (direitos subjetivos, deveres, responsabilidades e sanções). Com isso, por exemplo, podem ser diagnosticadas criticamente tendências disfuncionais, como a politização das decisões judiciais – sua referência não a normas válidas e direitos reconhecidos, mas à opinião pública mediada pelos meios de disseminação de massa.

Voltando, porém, a Habermas, sua remissão a uma esfera pública jurídica parece ter uma pretensão um tanto quanto oposta: abrir espaços para discursos de justificação não apenas na arena legislativa, mas igualmente no auditório judicial, facultando aos intérpretes do direito não apenas a possibilidade de remeter-se, de modo formalista e positivista, ao direito válido (em discursos de aplicação), mas também de legitimar-se para decisões mais criativas ou ativas, ouvindo demandas da sociedade civil que não necessariamente se prendem a uma interpretação *de lege lata*. Em que medida tal politização da interpretação jurídica não carrega, porém, os riscos de produzir um efeito adverso: não de pressionar os tribunais com demandas espontâneas e anárquicas do mundo da vida, mas sim de legitimar algumas organizações e autoridades – como movimentos organizados da sociedade civil e autoridades togadas – a imponham suas

demandas estratégicas, setoriais e potencialmente particularistas (ainda que disfarçadas de um discurso não enviesado por poder e dinheiro) na definição das pautas sociais? Tal questão nos leva ao próximo passo.

## 2. Inovações institucionais para institucionalizar a ação comunicativa

Como estruturar, em condições aceitáveis e realistas da sociedade atual, mecanismos que concretizem um discurso próximo do ideal de uma comunicação não constrangida e dirigida pelos meios sistêmicos do poder e do dinheiro, mas voltada às demandas emergentes do mundo da vida? Quando descemos da descrição do nascimento da opinião pública na Europa revolucionária – em seus salões, clubes e cafés – e nos perguntamos quais organizações e procedimentos que permitiriam a canalização da influência de uma esfera pública jurídica sobre os tomadores de decisão (as autoridades encarregadas de aplicar o direito), começam a surgir problemas e indefinições na proposta habermasiana (ver AMATO, 2017a).

Muitas vezes no imaginário jurídico e político contemporâneo, o legislativo é visto como uma arena de representação política marcada por decisões tomadas por votos e definidas por um placar – a regra da maioria. A argumentação legislativa é tida como definida não tanto pela competição pluralista de ideologias e plataformas em nome das quais os representantes teriam sido eleitos, mas sobretudo pela pressão de grupos de interesse organizados. Já a jurisdição constitucional é vista como um “fórum de princípios”, um espaço para reflexão sobre o direito, mutações interpretativas e argumentos dirigidos a um auditório aproximadamente imparcial, racional e cuidadoso.

Habermas ocupa uma posição privilegiada – ao lado de outros autores, como Rawls, Dworkin e Alexy – em uma onda de pensamento jurídico e político que traçou uma inovação institucional do período pós segunda guerra mundial: a difusão global de mecanismos de controle judicial abstrato de constitucionalidade e mesmo de cortes constitucionais em um sentido mais estrito. Há quem caminhe no sentido de admitir mesmo que o ideal de um discurso racional e universalista só é capaz de se realizar hoje em dia nas argumentações dos juízes da Suprema Corte – aí estaria a verdadeira dimensão republicana da vida política moderna, na qual os ideais clássicos da vida ativa e da deliberação pública voltada ao bem comum se realizariam em primeiro lugar pelas autoridades judiciárias – e, secundariamente, pelos cidadãos, que podem comentar os planos morais abstratos e neutros revelados nos votos dos juízes (MICHELMAN, 1988; ver a crítica de VARGAS, 2017)!

A legitimação teórica do caráter imparcial e neutro da interpretação e criação judicial do direito acaba por obscurecer o fato de que o judiciário (especialmente em sua cúpula e no exercício da jurisdição constitucional) é suscetível a pressões políticas e tende a alinhar suas pautas e votos a tais pressões – não é um *bunker* contramajori-

tário, em isolamento olímpico diante de interesses em conflito e poderes políticos e econômicos em competição<sup>9</sup>. Isso varia, é verdade, conforme a tradição e o desenho institucional do Estado e de seus tribunais – mas parece especialmente evidente na experiência brasileira recente, embora não seja uma singularidade nacional.

De outro lado, uma visão não idealizada da chamada “sociedade civil” – que é a responsável por alimentar a esfera pública política ou jurídica – evidencia igualmente que movimentos sociais, grupos de interesse e seus representantes e especialistas (cientistas, religiosos e demais *experts*) não pairam sobre a sociedade, mas são igualmente profissionais e organizações burocratizadas, com seus interesses setoriais e suas estratégias de protesto ou de litígio estratégico, de alargamento interpretativo do direito posto ou de crítica totalizante às instituições. Especialmente em uma sociedade desigual como a brasileira, é ainda mais verdade que apenas as minorias estão organizadas – seja para influenciarem representantes políticos e juízes, seja para pautarem a imprensa e fazerem uso dos mecanismos de participação e audiência direta –, enquanto as maiorias sociais vivem desorganizadas, sem veículos estruturados para a advocacia de seus interesses.

Diante dessas evidências fica claro que o escopo de esferas públicas jurídicas não pode se prender à mera demanda por mecanismos como as audiências públicas em cortes superiores. Gonçalves sugere em seu texto que haveria, na estruturação dessas esferas, um papel relevante para a “pesquisa em direito” e para “centros de produções jurídicas populares e independentes” que discutam “legislações vigentes ou futuras”. Complementando essas sugestões, e caminhando na direção de não confundir o jurídico com o judicial (afinal, as esferas públicas jurídicas, como reconhece Gonçalves, também se alinhariam à argumentação legislativa, por exemplo), pontuo conclusivamente duas linhas de aprofundamento da investigação sobre as possibilidades de estruturação de esferas públicas jurídicas.

A primeira linha diz respeito à exploração de outras arenas de produção do direito – para além do judiciário, e especialmente para além das supremas cortes ou tribunais constitucionais – em que faria sentido instituir mecanismos procedimentais que demandassem uma justificação decisória em linha com as demandas da ação comunicativa. Ora, se o poder é onipresente na sociedade, em todos seus subsistemas e organizações, a contenção da dinâmica de sufocamento das liberdades pela dominân-

---

9 Tal interdependência das decisões judiciais em relação à organização política vale inclusive para decisões progressistas; por exemplo, a determinação judicial do fim da segregação racial nas escolas americanas (os casos *Brown vs. Board of Education* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954-55) dependeu não de uma liderança iluminista e vanguardista dos juízes, mas das pressões advindas de um contexto político protagonizado pela capacidade de organização e mobilização do movimento de direitos civis da população negra (KLARMAN, 1994).

cia da ação estratégica sobre a ação comunicativa precisa ocorrer tanto diante do poder estatal quanto diante da sociedade civil – nas escolas, universidades, hospitais e empresas também há crescente burocratização, diante da qual se poderiam instituir diques de contenção pela exigência de uma argumentação racional e inclusiva. Nessa linha caminha, por exemplo, a teoria do “constitucionalismo societal” (SCIULLI, 1992; 2001; ver também AMATO, 2014).

A segunda linha de exploração prática e experimentação sobre como concretizar esferas públicas jurídicas diz respeito à pesquisa jurídica – ou seja, ao papel dos discursos produzidos nas faculdades de direito. Qual o tipo de discurso jurídico apto a catalisar a esfera pública, abordando movimentos sociais e lideranças políticas, legisladores e juízes? Além do discurso dogmático – voltado a interpretar o direito posto e dirigido para a atividade cotidiana de reprodução desse direito na prevenção e solução de controvérsias por advogados e juízes –, seria interessante que a pesquisa jurídica enfatizasse uma “antidogmática” (AMATO, 2017b): pesquisas *de lege ferenda*, investigações com dimensão comparada e histórica, que consigam extrapolar os limites da institucionalidade jurídica vigente para apresentar propostas de novas formas de organização, pelo direito, do próprio sistema jurídico, mas também do Estado e da sociedade civil, da economia e dos outros âmbitos sociais. Teorias sociais como a de Habermas e tantos outros serviriam, assim, como bússolas para identificarmos problemas estruturais da sociedade, desvelando as formas jurídicas que os sustentam e explorando, pelo direito, as formas institucionais alternativas.

## REFERÊNCIAS

- AMATO, Lucas Fucci, 2014. *Constitucionalização corporativa*. Curitiba: Juruá.
- AMATO, Lucas Fucci, 2017a. Justiça social e instituições: a visão de Unger comparada ao liberalismo igualitário e à teoria crítica. *Revista Estudos Políticos*, v. 8, n. 2, p. 90-114.
- AMATO, Lucas Fucci, 2017b. *Construtivismo jurídico: teoria no direito*. Curitiba: Juruá.
- AMATO, Lucas Fucci, 2020. Personalidade jurídica, mercado e opinião pública: uma visão sistêmico-institucional. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 7, n. 2, p. 78-96.
- HABERMAS, Jürgen, 2002. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen, 2012. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- HABERMAS, Jürgen, 2014. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP.
- KLARMAN, Michael J. Brown, racial change, and the civil rights movement. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 1, p. 7-150, 1994.
- MICHELMAN, Frank, 1988. Law's republic. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537.

SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCIULLI, David. *Corporate power in civil society: an application of societal constitutionalism*. New York: New York University Press, 2001.

VARGAS, Daniel Barcelos, 2017. A terceira margem do constitucionalismo republicano: uma crítica a Frank Michelman. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 731-747.