

Esfera pública, democracia discursiva e legitimação das agências reguladoras no Brasil*

Marcelo Lennertz**

1. Introdução

O processo de surgimento das agências reguladoras no Brasil é parte de uma série de reformas institucionais implementadas na década de 1990, que resultaram no que se tem denominado “modelo regulador de Estado”¹. Diferente do modelo anterior, caracterizado pela intervenção direta do Estado na economia através das empresas estatais, o Estado regulador foi idealizado a partir do discurso segundo o qual apenas as denominadas “atividades exclusivas” deveriam ser exercidas diretamente pelo Estado, enquanto que as “atividades não-exclusivas” deveriam ser delegadas à iniciativa privada², sob a supervisão estatal.

* Este artigo tem sua origem em dissertação defendida para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio: Agências Reguladoras e Democracia no Brasil: Entre Facticidade e Validade (disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610349_08_pretextual.pdf).

** LLM, Yale Law School; Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Email: mr_lennertz@hotmail.com.

1 Esta é a denominação adotada pela maioria dos juristas brasileiros, que se apóiam num conceito jurídico de regulação (ver a respeito: ARAGÃO, 2004). Paulo Mattos, porém, prefere utilizar a expressão “novo estado regulador”, em razão de adotar um conceito econômico de regulação, segundo o qual qualquer forma de intervenção na economia por parte do Estado pode ser classificada como atividade de regulação estatal. Ver a respeito: MATTOS, 2006a, p. 33 e ss.

2 Ver a respeito: BRESSER PEREIRA, 1997.

De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado – PDRAE³, a privatização de atividades essenciais – ainda que não-exclusivas do Estado – à sociedade, deveria vir acompanhada da criação de entidades regulatórias tecnicamente especializadas, dotadas de alto grau de autonomia política e capazes de estabelecer, com a agilidade e flexibilidade necessárias, marcos normativos voltados para a correção de falhas de mercado e maximização do bem-estar social. Em alguns setores, essas entidades regulatórias foram constituídas sob a forma de agências reguladoras⁴.

Todavia, desde sua criação, as agências reguladoras foram – e continuam sendo – objeto de críticas relacionadas, principalmente, a um suposto déficit de legitimidade democrática de sua atuação como agentes elaboradoras de políticas públicas. O principal alvo dos ataques seria o alto grau de autonomia política decisória – em relação aos agentes públicos eleitos – de que gozam essas entidades administrativas⁵. Isso porque, se, do ponto de vista econômico, a justificativa dessa autonomia reside na necessidade de previsibilidade e de prevalência de critérios técnicos para a tomada de decisão⁶ – e, portanto, de blindagem contra interferências políticas indevidas –, das perspectivas jurídica e política não há uma justificativa capaz de gerar consenso quanto ao elevado grau de autonomia decisória atribuído a uma instituição formada por dirigentes que não foram eleitos pelo povo e que não estão sujeitos à *accountability* eleitoral.

É nesse sentido que se verificam, entre boa parte dos juristas, questionamentos quanto à atuação de formulação de políticas públicas dessas entidades, que, de forma explícita ou não, gravitam em torno do tema de sua legitimidade democrática⁷.

3 Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República/Imprensa Oficial, setembro de 1995.

4 Sobre o processo de formação das primeiras agências reguladoras brasileiras, ver: NUNES, 2007.

5 Esse alto grau de autonomia – muitas vezes denominado “independência” – das agências reguladoras é entendida como a ausência de subordinação hierárquica dessas entidades aos órgãos do Poder Executivo, o que, na prática, faz com que o Conselho Diretor da agência seja a última instância decisória administrativa em matérias de sua competência. Fundamentais para que seja assegurada a independência das agências seriam a sua autonomia orçamentária e financeira e a impossibilidade de exoneração *ad nutum* (GUERRA, 2005, p. 15) dos seus dirigentes (ARAGÃO, 2004, p. 1; SUNDFELD, 2006, p. 24) – nomeados por mandato determinado (SUNDFELD, 2006, p. 25) – pelo Poder Executivo.

6 Ainda que, como destacado por Mattos, dentro da técnica existe espaço escolha política (MATTOS, 2006a, p. 248).

7 Esse é o caso, por exemplo, das alegações de que esse tipo de atuação pelas agências seria vedado por conta da proibição constitucional de delegação legislativa, ou que ela representaria uma usurpação de

O objetivo do presente estudo é analisar a consistência de uma proposta teórica que procura abordar o tema da legitimidade democrática da atuação de elaboração de políticas públicas das agências reguladoras no Brasil com apoio no conceito de democracia discursiva proposto por Jürgen Habermas⁸. Mais especificamente, tratarei do modo como Mattos⁹ busca construir uma saída teórica para o problema da formulação de políticas públicas por entidades administrativas burocraticamente insuladas numa democracia por meio da compreensão dos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios dessas entidades – notadamente, as consultas públicas – como espaços potencialmente capazes de gerar decisões democraticamente legítimas.

Para tanto, apresentarei, inicialmente, a proposta teórica de Mattos, buscando reconstruir a maneira pela qual o autor incorpora em sua obra insumos da teoria discursiva da democracia e do direito de Jürgen Habermas (2). Em seguida, explorarei as implicações para a tese de Mattos do não enfrentamento do tema da necessidade de adaptação do modelo discursivo de esfera pública política para sua utilização no Brasil (3). Ao final, em sede de conclusão (4), resumirei as principais idéias apresentadas no texto e sustentarei minha posição acerca da proposta de Mattos.

2. Democracia discursiva e as agências reguladoras brasileiras

O trabalho de Mattos tem o caráter declarado de uma proposta de ruptura com o que o autor identifica como “o padrão de análise jurídica da questão da legitimidade das agências reguladoras”¹⁰. Isso porque, segundo

competências institucionais do Poder Legislativo, ou, ainda, que violaria o princípio da separação dos Poderes. Como explica Mattos, tal questão tem como pano de fundo a tensão entre insulamento burocrático e legitimidade no debate sobre Estado e democracia no Brasil (MATTOS, 2006a, pp. 226 e segs.).

8 Essa perspectiva teórica se insere num projeto mais amplo desenvolvido pelo Núcleo de Direito e democracia do CEBRAP, do qual Paulo Todescan Lessa Mattos foi pesquisador. De forma resumida, pode-se dizer que o percurso teórico percorrido por Jürgen Habermas para solucionar o problema dos fundamentos da legitimidade do Direito e do poder administrativo nas sociedades modernas consiste na reconstrução da idéia de Estado de Direito na modernidade sobre as bases de um novo tipo de racionalidade – a racionalidade comunicativa –, o que pressupõe a possibilidade de que o poder comunicativo gerado nas esferas públicas informais, constituídas no mundo da vida, possa ser institucionalizado através da política e do *medium* do Direito, a fim de influenciar a Administração Pública e o mercado. Ver a respeito: HABERMAS, 2003a, I.

9 Mattos, 2006a.

10 Logo na introdução de sua obra, afirma o autor: “Os modelos de análise predominantes na doutrina jurídica brasileira em matéria de direito administrativo e direito econômico não são, a meu ver, suficientes para compreender a complexidade do funcionamento do Estado regulador e, principalmente, as condições

ele, entre os principais autores dos Direitos administrativo, constitucional e econômico no Brasil, a legitimidade ou ilegitimidade da atuação das agências reguladoras é defendida, normalmente, com base num exame de adequação aos princípios constitucionais – notadamente os princípios da legalidade e da separação dos Poderes –, “no qual os problemas são sempre passíveis de uma solução técnica por meio da melhor interpretação (ou da interpretação que vencer a disputa)”¹¹.

de legitimidade de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas num contexto de delegação legislativa (ou de exercício da *capacidade normativa de conjuntura*) por órgãos reguladores dotados de autonomia decisória. Seriam modelos ainda presos a um paradigma liberal de direito, focados em análises de adequação lógico-formal de normas a um ordenamento jurídico hierarquicamente constituído” (MATTOS, 2006a, p. 28).

11 Segundo Mattos, seria possível identificar, dentre os numerosos estudos já produzidos (ver, por exemplo: BINENBOJM, 2006; ARAGÃO, 2006; MELLO, 2000; MELLO, 1990; DI PIETRO, 1999; e SUNDFELD, 2006, pp. 17-38) três linhas principais que representam as diferentes posições assumidas por seus autores com relação ao tema (Ver a respeito: MATTOS, 2006c, pp. 339-341). Duas delas se opõem à legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras. A primeira o faz alegando que o poder de criar normas dessas entidades para especificar o conteúdo de normas gerais previstas em lei ou decreto do Presidente da República não possui previsão constitucional. Dessa forma, o exercício da atividade normativa pelas agências reguladoras implicaria uma ampliação inconstitucional da discricionariedade normativa por parte do titular do poder regulamentar (art. 84, IV da Constituição de 1988). Além disso, tal modelo de regulamentação ensejaria o risco de, por força do aumento da discricionariedade, distanciar-se, cada vez mais, o conteúdo dos documentos normativos editados pelas agências da intenção do legislador quando da elaboração da lei ou do Presidente da República quando da elaboração do Decreto de regulamentação de lei. Ainda segundo esse entendimento, o Congresso Nacional e o Presidente da República são autoridades eleitas e, portanto, dispõem, em última análise, de maior legitimidade democrática que os diretores das agências reguladoras. O aumento da discricionariedade geraria, ainda, dificuldades no que diz respeito ao controle de legalidade dos atos normativos das agências por parte do Poder Judiciário (Ver a respeito: DI PIETRO, 1999, pp. 140-147). A segunda posição é ainda mais radical e afirma que a atuação de criação de normas por parte das agências reguladoras representaria uma delegação abdicatória, ou seja, uma renúncia do Poder Legislativo ao seu dever de exercer a competência que lhe é atribuída pela Constituição (Ver a respeito: MELLO, 1990). Portanto, seria inconstitucional, com base no art. 25, I, do ADCT/88, qualquer forma de delegação da função normativa por parte do Poder Legislativo e, conseqüentemente, o poder normativo das agências reguladoras. Uma terceira linha seria composta por aqueles que inserem o fenômeno de surgimento das agências reguladoras no Brasil em um contexto maior de revisão de alguns dos postulados principais do constitucionalismo clássico – tais como os princípios da legalidade e da separação dos Poderes – à luz das realidade sócio-econômica cada vez mais complexa gerada pelo mundo globalizado (Ver a respeito: ARAGÃO, 2004, pp. 218-219; e BARROSO, 2006). Argumento muito utilizado é o da necessidade de regulação técnica de algumas atividades específicas, que desloca o foco do problema de questões de dogmática constitucional para o discurso sobre a exigência de eficiência da atividade reguladora (Ver a respeito: SUNDFELD, 2006, pp. 17-38). Destaca-se, também, a previsão legal de mecanismos de controle da atuação das agências e de formas de participação no processo decisório das mesmas como instrumentos capazes de responder às alegações de violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e do Estado democrático. Assim, os esforços empreendidos por esses autores se resumem, normalmente, à busca pela interpretação do texto constitucional que consiga “harmonizar” os princípios da legalidade e da separação dos Poderes com a atuação normativa politicamente autônoma das agências reguladoras, a fim de identificar parâmetros normativos de controle da discricionariedade administrativa.

Ou seja, no Brasil, a estratégia jurídica adotada por aqueles que sustentam a ilegitimidade democrática da atuação de formulação de políticas públicas das agências reguladoras é a menção da incompatibilidade do exercício da função de produção de normas dessas entidades com uma interpretação clássica dos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos Poderes. Já os que defendem sua legitimidade, investem na argumentação acerca da relativização desses mesmos princípios. Ambas as concepções, portanto, ao analisarem a legitimidade democrática da atuação normativa das agências reguladoras, acabam por se restringir a nada mais que um exame jurídico de constitucionalidade.

Mattos, porém, aborda a questão de uma perspectiva mais ampla, no âmbito da tensão entre as teorias da regulação e da democracia – ou, de modo mais específico, entre as exigências de eficiência econômica e de legitimidade democrática e de controle da atuação de formulação de políticas públicas das agências reguladoras independentes. Em sua obra, o autor parte do que entende como os *factos* da regulação estatal – intervenção estatal na economia – nas sociedades capitalistas contemporâneas e do crescimento, nessas sociedades, do poder normativo da Administração Pública¹². Isto é, assume ele que, ante os desafios que atualmente se colocam aos Estados Nacionais e seus ordenamentos jurídicos¹³, é inevitável que o Estado interfira na atuação do mercado e que essa tarefa caiba, cada vez mais, ao Poder Executivo.

A grande questão a ser investigada, segundo Mattos, portanto, é a de *como* – do ponto de vista do modelo institucional do Estado – e a partir de quais parâmetros normativos, deve se desenvolver essa atividade reguladora do Estado. Dito de outro modo, trata-se de saber se a atividade regulatória será exercida pela chamada Administração Pública direta ou por entidades administrativas que compõem a denominada Administração Pública indireta e de que maneira isso pode influenciar a legitimidade democrática da regulação.

O autor lembra que, no Brasil, as experiências de regulação da economia diretamente pelo Poder Executivo, típicas do Estado social-desen-

12 “Na medida em que o Estado capitalista regulador se forma, em oposição à concepção de um Estado liberal ideal (...), essencialmente para a correção de falhas de mercado, aumenta a delegação legislativa para formulação de normas pelo Estado” (MATTOS, 2006a, p. 67 e cap. 2).

13 Sobre o tema ver: FARIA, 1999.

volvimentista, estiveram sempre associadas a práticas antidemocráticas¹⁴. Dada a consolidação dos chamados “anéis burocráticos”¹⁵, poucos eram os grupos de interesse que tinham acesso aos processos decisórios em matéria de políticas públicas, e poucos eram os mecanismos institucionalizados de controle democrático das decisões tomadas¹⁶. Durante os regimes autoritários, esses déficits de legitimidade se tornaram, obviamente, ainda maiores.

Segundo Mattos, porém, a redemocratização do Brasil, que culminou na promulgação da Constituição de 1988, e a reforma do Estado da década de 1990 alteraram significativamente esse quadro. Ao menos do ponto de vista institucional, o “novo” modelo regulador de Estado decorrente dessas transformações representaria, se comparado ao modelo anterior, um grande avanço no sentido da legitimação das decisões da Administração Pública. Isso porque nele estão previstos espaços de participação popular, resultantes da combinação entre os direitos fundamentais de associação, livre acesso à informação, liberdade de expressão e participação – garantidos pela Constituição de 1988 – e mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos de tomada de decisão sobre a formulação de políticas públicas capazes de aumentar a sujeição da Administração Pública ao controle democrático de sua atuação pela sociedade. A rigor, tais canais de participação popular nas decisões da Administração Pública jamais existiram no Brasil. E é justamente por isso que, para Mattos, o “Novo Estado Regulador” brasileiro seria, historicamente, do ponto de vista institucional, o mais capaz de gerar decisões democraticamente legítimas¹⁷.

As agências reguladoras estariam inseridas neste cenário. Para Mattos, elas fariam parte da criação de “uma nova dinâmica política para a ação

14 Ver a respeito: MATTOS, 2006a, pp. 109-154. Segundo Mattos, desde o Estado getulista, o que se pode observar é uma concentração do poder decisório quanto a políticas públicas na figura do Presidente da República, caracterizando o que O'Donnel denomina “democracia delegativa” (O'DONNEL, 1991). O Presidente assumia que recebia da população “um ‘cheque em branco’ para governar e decidir qual é o ‘interesse público’ do país” (MATTOS, 2006a, p. 23). A obrigatoriedade de prestação de contas perante os demais Poderes e instituições do Estado e a sociedade em geral se apresentava, aos olhos do Presidente, como um obstáculo inconveniente à plena autoridade que, por delegação, acabara de receber (O'DONNEL, 1991, p. 31).

15 Ver a respeito: CARDOSO, 1979; e MATTOS, 2006a, cap. 3.

16 Cf. MATTOS, 2006a, pp. 24-25.

17 “É possível afirmar que a adoção de mecanismos de consultas públicas e audiências públicas pode significar um avanço em termos de *accountability* do processo decisório sobre políticas setoriais no Brasil. Isso ocorreria na medida em que a ‘caixa-preta’ dos ministérios perde relevância no processo decisório, permitindo que outros grupos de interesse, que não apenas aqueles com acesso privilegiado aos canais de circulação de poder político na relação Presidente-Congresso, participem do processo decisório e tenham os seus interesses ouvidos no interior das novas agências” (*Ibid.*, p. 25).

regulatória do Estado”, pois “a formulação de políticas setoriais, que antes estava restrita aos gabinetes ministeriais, aos conselhos institucionalizados no interior da burocracia estatal da administração direta, subordinada às decisões políticas do Presidente da República e ao jogo de barganhas políticas com o Congresso, passou a ser feita de forma insulada por técnicos especializados, porém aberta ao público afetado pelas normas editadas pelas agências”¹⁸.

A “abertura” a que Mattos se refere seria garantida, principalmente, através de mecanismos, como as audiências públicas e consultas públicas, normalmente institucionalizadas nos processos decisórios das agências reguladoras pelas leis que as criaram e/ou por seus regimentos internos. O autor analisa de forma mais detida as consultas públicas, em razão de, conforme o disposto na lei de criação da Anatel (agência reguladora objeto de sua análise), serem as mesmas obrigatórias para a produção de atos normativos¹⁹, enquanto que a realização de audiências públicas depende de juízo dos dirigentes da agência.

Nesse sentido, a previsão de mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras é vista por parte daqueles que sustentam a legitimidade democrática da atuação de formulação de políticas públicas por parte dessas entidades como uma possível solução para as críticas relativas ao fato de que seus dirigentes não são diretamente eleitos pelo povo e não estão sujeitos à *accountability* eleitoral – na medida em que não podem nem mesmo ser exonerados pelo chefe do Poder Executivo. Mattos se filia a este entendimento e acredita que nestes canais de participação popular estaria contido um “potencial democrático” capaz de legitimá-las.

Nesse ponto, Mattos se vê obrigado a enfrentar outro tipo de crítica, de cunho sociológico. Mais especificamente, as críticas às agências reguladoras provenientes de análises que não enxergam, nessas entidades administrativas, uma estrutura institucional capaz de evitar a continuidade e permanência de padrões de funcionamento patológico da Administração Pública, culturalmente incrustados na atividade política brasileira, como o “clientelismo”, a “cordialidade” e o “patrimonialismo”. O autor se contrapõe às concepções herdeiras dessa tese, por ele denominada – com base

18 *Ibid.*, p. 25.

19 Art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei n. 9.472/97).

em Jessé Souza²⁰ – “patrimonialista”, da realidade política brasileira, que, em última análise, assumem como modelo de Estado a ser alcançado o tipo ideal do Estado liberal. Segundo ele:

O problema da tese dos estamentos burocráticos e do patrimonialismo estaria no fato de que levaria à conclusão, por um lado, de que ‘a nossa formação social seria defeituosa devido à permanente influência da herança estatal portuguesa’, que teria impedido ‘o país de livrar-se do atraso social e econômico’. E, por outro lado, conduziria a uma apologia do modelo de Estado liberal, como sendo aquele que mais próximo de uma burocracia estatal racional voltada para a garantia do funcionamento do mercado no capitalismo e das liberdades civis fundamentais na democracia. Só com o florescimento do Estado democrático racional seria possível o livre desenvolvimento do capitalismo industrial e a formação de uma sociedade politicamente capaz de exercer direitos e liberdades civis²¹.

Assim, para Mattos, tanto os juristas, limitados a uma análise de constitucionalidade em termos de legalidade e separação dos poderes, quanto os autores presos à tese patrimonialista da realidade política brasileira não percebem o potencial democrático contido nos canais de participação popular previstos na estrutura institucional das agências reguladoras brasileiras. A compreensão adequada desse potencial democrático contido nos processos decisórios das agências reguladoras e, conseqüentemente, da questão da legitimidade da atuação de formulação de políticas públicas dessas entidades, demandaria, segundo Mattos, um modelo de análise capaz de dar conta da complexidade das relações sociais próprias ao fenômeno do Estado regulador. Nas palavras do autor:

Tal modelo precisa permitir uma análise que seja capaz de avaliar o desenho institucional de órgãos reguladores e sua relação com o Poder Executivo (Administração direta), com o Poder Legislativo e com o Poder Judiciário para além de uma concepção liberal de democracia que assume uma relação estática entre tais poderes. Ao mesmo tempo, deve ser um modelo capaz de avaliar os procedimentos institucionalizados para tomada de decisão, assumindo tais procedimentos como meios de controle democrático e de deliberação pública sobre questões relevantes de ordem política, que estão

20 SOUZA, 2000.

21 MATTOS, 2006a, p. 230.

na base da escolha de técnicas administrativas para regular a economia e a vida social – a definição do conteúdo da regulação. Por fim, tem que ser um modelo capaz de avaliar as condições de participação na esfera pública brasileira. Saber quem é o público (i.e. grupos de interesse) que está atuando junto às agências, influenciando o conteúdo da regulação, e como está se dando o processo decisório no interior das agências passou a ser importante para uma análise das condições de legitimidade democrática da formulação de políticas setoriais no Brasil pós-reforma do Estado²².

É em razão disso que Mattos adota, como marco normativo de sua proposta teórica, a teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas. Tal teoria seria adequada aos objetivos do autor na medida em que – segundo seu entendimento – nela a legitimidade democrática do poder estatal decorreria da participação dos atores sociais nos processos institucionalizados de deliberação pública e, desse modo, seria possível superar as limitações de análises fundadas numa concepção – liberal – de democracia que vê no Poder Legislativo o representante exclusivo dos interesses legítimos da sociedade.

Com base nesse raciocínio, seria possível sustentar, então, que as consultas públicas e audiências públicas poderiam garantir a legitimidade do conteúdo da regulação pelas agências. Pois, através desses espaços públicos institucionalizados, os atores sociais afetados pelas políticas públicas definidas por uma agência reguladora podem participar diretamente dos processos de tomada de decisão dessas entidades e fazer com que seus interesses sejam levados em conta e influenciem os resultados desses mesmos processos. Ou seja, se, “no plano jurídico-formal, a fonte de legitimidade da ação regulatória do Estado continua sendo a lei setorial” aprovada pelo Poder Legislativo, “no plano político, a fonte de legitimidade democrática das políticas formuladas pelas agências reguladoras deixariam de ser apenas os interesses e as decisões do Presidente da República (eleito) e dos congressistas (eleitos)”²³.

A análise do problema da legitimidade democrática da atividade regulatória com apoio no modelo habermasiano de democracia deliberativa busca investigar, pois, a maneira como funciona a circulação juridicamente regula-

22 *Ibid.*, pp. 27-28.

23 *Ibid.*, p. 27.

da de poder político e as formas pelas quais um suposto poder comunicativo oriundo da esfera pública pode ser convertido em poder administrativo.

Habermas procura demonstrar que “as instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social - através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos”²⁴. A idéia básica é a de que, para ser legítimo, o poder administrativo não deve reproduzir-se *a si mesmo*, e sim regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo.

Ou seja, a garantia do exercício efetivo, pelos cidadãos, dos seus direitos políticos (autonomia pública) é uma exigência que deve ser satisfeita tanto pela constituição de poder comunicativo em processos de formação racional da opinião e vontade políticas e sua incorporação em normas jurídicas (leis), quanto por meio da circulação social deste poder comunicativo nos processos de aplicação e implementação destas normas pela Justiça e pela Administração Pública. A expectativa de que essa circulação do poder comunicativo pela sociedade ocorra depende de que tais procedimentos juridicamente institucionalizados de formação da opinião e vontade políticas se deixem reconstruir como procedimentos genuinamente discursivos (ainda que indiretamente, como no caso dos processos legítimos de negociação política). Somente assim, torna-se possível confiar na sua capacidade de transmissão de poder comunicativo ao longo das engrenagens do poder movimentadas no sistema político-jurídico, ou, dito de outro modo, na sua capacidade de legitimação do Direito e do poder do Estado.

Porém, para que sua proposta teórica possa resistir às críticas de teorias sociológicas da democracia, que enxergam a política como uma arena na

24 HABERMAS, 2003a, I, p. 220. Nos capítulos 3 e 4 de *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, seu objetivo é demonstrar que – e como – a auto-compreensão normativa do Estado de Direito – isto é, as representações normativas que reconhecemos nas afirmações de princípios acerca dos direitos de cada indivíduo e do funcionamento das instituições políticas e jurídicas – pode ser reconstruída racionalmente. Resumidamente, pode-se dizer que a idéia do Estado de Direito consiste na exigência de se ligar “o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados” (*Ibid.*, p. 190).

qual se desenrolam processos de poder, Habermas precisa deslocar o foco de sua análise e identificar pontos de apoio para o seu modelo na faticidade dos sistemas político-jurídico modernos, que permitam afastar a tese da impossibilidade da realização do sentido normativo das condições da gênese e da legitimação do Estado de Direito reconstruídos discursivamente²⁵. Interessa ao autor, portanto, investigar não apenas as tensões internas ao Direito – a saber, entre positividade e legalidade; entre autonomia privada e autonomia pública; e entre poder político e Direito legítimo –, mas sua tensão externa, isto é, o desnível entre norma e realidade, tomando o poder como facticidade social, perante o qual as idéias podem ser desacreditadas²⁶.

Não é por outro motivo que o modelo²⁷ de circulação do poder político legítimo que Habermas desenvolve está voltado para o peso empírico do fluxo oficial do poder (sociedade civil/esfera pública → instituições do Estado Democrático de Direito → sistemas funcionais: burocracia estatal e economia) prescrito pela idéia de Estado Democrático de Direito. E esse peso depende, principalmente, da capacidade da sociedade civil em gerar impulsos vitais através de esferas públicas autônomas e capazes de resso-

25 Essa mudança do foco de análise constitui, para o projeto teórico de Habermas, uma etapa indispensável, na medida em que o autor vislumbra a construção um conceito de legitimidade democrática capaz de dar conta da visão mais sóbria – até mesmo cínica – que as análises sociológicas têm sobre o processo político. Pois, segundo ele, uma sociologia da democracia tem que escolher conceitos básicos que permitam identificar, nas práticas políticas, “fragmentos e partículas de uma ‘razão existente’, mesmo que distorcida” (HABERMAS, 2003a, I, p. 174).

26 Nas palavras do próprio Habermas: “Até o momento, adotamos a linha de uma teoria do direito que discute a tensão entre facticidade e validade no âmago do próprio direito. Nas páginas seguintes tomaremos como tema a relação *externa* entre facticidade e validade, ou seja, a tensão entre a auto-compreensão normativa do Estado de direito, explicitada na teoria do discurso, e a facticidade social dos processos políticos - que se desenrolam nas formas constitucionais” (HABERMAS, 2003a, II, p. 10; e I, p. 174).

27 o modelo a que Habermas recorre para a descrição e explicação dos processos de comunicação e decisão no sistema político-jurídico é construído com base num eixo centro-periferia, no qual tais processos são estruturados através de um sistema de “comportas” (ou “eclusas”) e caracterizados através de dois padrões de processamento de problemas (*Ibid.*, pp. 86 e ss.). O núcleo do sistema político é formado pelos complexos institucionalizados dotados juridicamente de competências e prerrogativas de deliberação e decisão, a saber: “a administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo as corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre os partidos, etc.)” (*Ibid.*, p. 87). O núcleo possui uma periferia interna, na qual se encontram instituições de natureza administrativa ou quase-administrativa com poderes restritos de autogestão e auto-regulação – por exemplo, universidades, fundações, representantes de corporações etc. –, e, quando considerado em seu conjunto, uma periferia externa, onde se encontram os *fornecedores* e os *consumidores* do sistema, “ocupados, respectiva e tipicamente, com os processos de implementação de medidas políticas ou administrativas e com a articulação de problemas e formulação de propostas” (SCHUARTZ, 2005, p. 289).

nância, as quais podem introduzir, no sistema político, conflitos existentes na periferia²⁸.

Nesse sentido, desempenha papel essencial para o modelo de Habermas a idéia de *esfera pública política*. Esta seria uma “caixa de ressonância” onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontrariam eco. Segundo Habermas, a esfera pública funcionaria como um conjunto de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade²⁹.

Isso interessa a Mattos na medida em que “a esfera pública e as condições de atuação de atores relevantes na sociedade civil passam a ter um lugar privilegiado no modelo de análise da organização social”³⁰. E, como consequência, a investigação das condições de deliberação e da participação popular nas consultas públicas e audiências públicas promovidas pelas agências reguladoras passa a constituir uma etapa fundamental para a avaliação de tais mecanismos como instrumentos de legitimação democrática das decisões das agências. Vale dizer: a discussão sobre a legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, posta nesses termos, deixa o campo da adequação jurídica aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes e passa a se concentrar nas condições efetivas de deliberação nos processos decisórios das agências por meio dos mecanismos institucionalizados de participação popular³¹.

Há, pois, na proposta de Mattos, uma aposta no sentido de que a teoria habermasiana forneceria os critérios necessários para se apontarem os obs-

28 HABERMAS, 2003a, II, p. 58.

29 Note-se que: “A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis” (HABERMAS, 2003a, II, p. 92).

30 MATTOS, 2006a, p. 30.

31 Para Mattos, Habermas amplia, pois, o debate sobre *accountability* da atuação da burocracia estatal (poder administrativo), na medida em que, a partir do seu modelo deliberativo de democracia, seria possível falar mecanismos de *accountability* vertical mediante participação pública direta. Ou seja, mecanismos de *accountability* vertical não limitados aos processos eleitorais. Assim, nas palavras de Mattos: “Ao falar em *accountability* vertical, estamos falando, a partir da noção de deliberação no modelo habermasiano de democracia, em condições de legitimidade dos processos decisórios e não apenas em *responsabilização* como controle *a posteriori* de resultados (em termos de eficiência da decisão ou dos efeitos produzidos). Entendo que essa ampliação do conceito de *accountability* é fundamental para compreender o potencial democrático dos mecanismos de participação pública – enquanto procedimentos que fazem parte do processo decisório sobre o conteúdo da regulação – introduzidos no modelo de agências reguladoras no Brasil” (*Ibid.*, p. 202).

táculos e potenciais democráticos no desenho institucional dos órgãos reguladores e nos procedimentos decisórios sobre o conteúdo da regulação. As consultas públicas e audiências públicas se apresentariam como instrumentos potencialmente aptos a legitimar democraticamente a atuação das agências reguladoras, na medida em que fossem capazes de reproduzir, no processo decisório das agências reguladoras, um ambiente discursivo capaz de gerar resultados que possam ser considerados legítimos – i.e. racionais – pelos participantes.

Isso tornaria possível aperfeiçoar os procedimentos administrativos, para que a ação regulatória do Estado fosse permeada pela participação pública através de processos de deliberação racional sobre o conteúdo das políticas que ingressarão no sistema jurídico por meio de normas. E, assim, poder-se-ia examinar, efetivamente, a legitimidade democrática da atuação de formulação de políticas públicas de uma agência reguladora³².

3. O conceito de esfera pública no Brasil, agências reguladoras e participação popular

A principal crítica que dirijo à proposta de Mattos diz respeito ao modo como o autor assume como dado o conceito habermasiano de esfera pública³³ para analisar um tema que se insere no contexto particular da realidade política brasileira. Embora reconheça de forma explícita essa opção metodológica³⁴, Mattos não se aprofunda na explicação das razões

32 Mattos assevera que a análise das condições de legitimidade do processo decisório sobre o conteúdo da regulação depende de um modelo capaz de dar conta de ambas as faces do Direito identificadas por Habermas: “a face sistêmica, que institucionaliza e garante direitos e procedimentos de participação pública; e a face que o torna meio comunicativo de demandas que nascem na *esfera pública* por meio da ação de grupos de interesse organizados na sociedade civil e que, mediante instrumentos de participação pública, podem ser internalizadas como conteúdo de normas no interior do sistema. Nesse segundo sentido, o Direito é parte constitutiva da *caixa de ressonância* que a esfera pública pode ser para tornar público o debate sobre questões relevantes em matéria de políticas públicas” (*Ibid.*, p. 248). Todavia, ao desenvolver sua proposta o autor acaba privilegiando apenas a dimensão institucional da análise do problema, como procurei demonstrar adiante.

33 O conceito de esfera pública apresentado, inicialmente, por Habermas em *Mudança Estrutural da Esfera Pública* foi alterado pelo autor durante a década de 1990, após a elaboração de sua *Teoria da Ação Comunicativa* em 1981. Assim, no prefácio da reedição alemã da obra em 1990, e, principalmente, em *Três Modelos Normativos de Democracia e Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Habermas desenvolve o conceito deliberativo de esfera pública (Ver a respeito: HABERMAS, 2003b; HABERMAS, 2002a; HABERMAS, 2003a, II; e, também, AVRITZER & COSTA, 2004, pp. 705-710; e BERNARDES, 2006).

34 MATTOS, 2006a, p. 30.

e, principalmente, nas implicações de sua escolha. Com isso, acaba por negligenciar o debate existente entre autores que trabalham com o modelo analítico da esfera pública no Brasil, no qual se destaca a divergência quanto à necessidade ou não de se adaptar tal modelo para que ele possa servir à análise dos problemas característicos do cenário sócio-político brasileiro.

De uma perspectiva mais ampla, é possível afirmar que o desenvolvimento do modelo discursivo de esfera pública por Habermas se insere nos debates em torno da necessidade de reformulação, em face do intervencionismo estatal, das teorias sobre a relação entre Estado e sociedade nos regimes democráticos. A questão à qual se dirige, portanto, é a de como elaborar um modelo de democracia que consiga preservar o ideal normativo da auto-regulação dos cidadãos – núcleo da idéia da soberania popular – vinculando-o a processos políticos verticais (liberal-representativos) e horizontais (participativo-democráticos). E isso implica a necessidade de reflexão sobre formas de integração e articulação entre esses tipos de processos políticos e, conseqüentemente, sobre o papel da sociedade civil nas democracias contemporâneas.

Nesse sentido, compartilho com Mattos a opinião de que, comparado com o modelo institucionalista de análise – típico dos estudos sobre a transição democrática de países da América Latina – o modelo da esfera pública representa um ganho analítico para a compreensão do processo – constante e ambíguo – de democratização da sociedade brasileira e, portanto, para o estudo da questão da legitimidade democrática do poder administrativo em nosso país³⁵. A concepção do espaço público a partir

35 Isso porque, como observam Avritzer e Costa, há dois problemas analíticos fundamentais nas teorias institucionalistas da transição democrática. O primeiro está ligado à desconsideração do papel ativo dos novos atores sociais que emergem no contexto da democratização (movimentos sociais, associações de vizinhos, ONGs etc.). Para tais teorias, a contribuição desses atores se resumiria a fortalecer a posição das elites democráticas no jogo da política institucional, única arena em que a construção da democracia efetivamente aconteceria. O segundo diz respeito à relação de causalidade assumida entre política e cultura, segundo a qual às mudanças político-institucionais corresponderiam, imediatamente, o enraizamento de valores e práticas democráticas na sociedade (AVRITZER & COSTA, 2004, p. 720). Ou seja, falta à corrente teórica institucionalista um conceito substantivo de espaço público que permita, em relação ao primeiro problema, entender como se constroem, pela comunicação pública, a legitimidade e o poder efetivo que conquistam os novos atores sociais e, quanto ao segundo, demonstrar como a existência ou inexistência de uma sociedade civil atuante e de uma esfera pública ativa tem papel fundamental na construção de uma cultura democrática e na elaboração de mecanismos de fiscalização pública que inibam práticas antidemocráticas enraizadas na realidade política brasileira, como o clientelismo e o patrimonialismo (*Ibid.*, pp. 717-718). O que somente é possível caso o foco da análise esteja voltado para a visualização das inter-relações entre os processos sócio-culturais e político-institucionais. Nas palavras de Costa: “Para deslindar os processos sociais de transformação verificados no escopo da democratização, as investigações teriam,

do modelo discursivo de esfera pública – i.e. como uma arena, na qual se concretizam e se condensam intercâmbios comunicativos gerados em diferentes campos da vida social –, tem como conseqüência a ampliação da capacidade de compreensão das ambigüidades inerentes aos processos de transformação social, de reconfiguração do poder político e do surgimento de novos atores sociais no cenário político³⁶, pois permite que se reconheça, como mecanismos de integração social, tanto a força aglutinadora da coordenação sistêmica, quanto as interações orientadas pelo entendimento, fundadas sobre as estruturas comunicativas do mundo da vida³⁷.

Ou seja, a esfera pública passa a ser concebida como resultado das tentativas de coordenação sistêmica, de um lado, e do processo comunicativo de formação da opinião pelos atores da sociedade civil, por outro. Dessa maneira, a imagem do espaço público segundo essa concepção não é mais “a de um simples palco para encenação de atores estrategicamente voltados para a manipulação das opiniões”³⁸. Para ela dirigem-se, também, “fluxos comunicativos condensados na vida cotidiana, que encerram questões relevantes para o conjunto da sociedade”³⁹.

portanto, que penetrar o tecido das relações sociais e da cultura política gestada nesse nível, revelando as modificações aí observadas. Ao mesmo tempo, rompendo o véu do discurso institucional universalista, esses estudos necessitariam debruçar-se sobre os padrões concretos de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, analisando o papel de atores como movimentos sociais, organizações não governamentais etc. para a operação de transformações em tais relações” (COSTA, 1997a, p. 121).

36 COSTA, 2002, pp. 12-13.

37 Como observa Adrián Gurza Lavalle, “é cabível afirmar que a chave do revigoramento da publicidade [isto é, da *Öffentlichkeit*, normalmente traduzida para o português como *esfera pública*] reside na arquitetura dual da sociedade e na relação necessária entre ambos os níveis. De um lado, o mundo da vida sempre exposto às investidas colonizadoras provindas dos sistemas, mas por definição salvo, já que a espontaneidade social e a infundável produção de sentenças nunca serão suprimidas ou reguladas por completo; do outro, a realidade sistêmica ensimesmada, porém incapaz de produzir sua própria legitimidade e, portanto, de se enclausurar diante dos reclamos que, emergindo do mundo da vida, alcançam consenso social pela via da publicidade” (LAVALE, 2002, p. 81).

38 COSTA, 1995a, p. 58.

39 *Ibid.*, p. 59. O mesmo argumento pode ser utilizado para superar as objeções da chamada “corrente funcionalista” da esfera pública, preocupadas em enfatizar os processos de “espetacularização” e de conseqüente perda de substância argumentativa das deliberações nos espaços públicos. Não se nega, com base na concepção deliberativa de esfera pública, a ocorrência de tais processos nas sociedades contemporâneas. Habermas busca demonstrar, contudo, que eles não representam a totalidade das relações que se desenvolvem na esfera pública. Isso porque, para além do espaço público transformado em mercado, persistem “um leque diversificado de estruturas comunicativas e uma gama correspondente de processos sociais (de recepção e reelaboração das mensagens recebidas e de interpenetração entre os diferentes micro-campos da esfera pública), cuja existência confere, precisamente, consistência, ressonância e sentido ao espetáculo, ancorando-o, novamente, no cotidiano dos atores” (COSTA, 1997b, p. 124). Em última análise, na ausência desses processos comunicativos, “as imagens e mensagens, ainda que tecnicamente elaboradas

É exatamente neste ponto, que os conceitos de sociedade civil e esfera pública política assumem um papel fundamental para o modelo habermasiano de democracia, no qual se apóia a proposta de Mattos. A sociedade civil abrange os atores sociais que absorvem e condensam a ressonância que as situações-problema emergentes na sociedade encontram nos domínios da vida privada⁴⁰, canalizando tal resposta de forma amplificada tanto para a vida privada quanto para a esfera pública política. Assim, aos atores da sociedade civil é atribuída uma dupla função. Enquanto a condensação das “situações-problema” percebidas na vida cotidiana corresponde à uma atuação *defensiva* desses atores – pois relacionada à preservação e à ampliação das estruturas comunicativas do mundo da vida –, a tematização de tais problemas da esfera privada dos indivíduos e sua canalização na esfera pública constitui uma dimensão *ofensiva* de sua atuação⁴¹.

É dessa maneira que as situações-problema percebidas nos micro-domínios privados da prática cotidiana dos atores da sociedade civil, tematizadas e amplificadas na esfera pública política, se transformam em fluxos de poder comunicativo capazes de percorrer os sistemas de eclusas institucionais “até assumir o caráter de persuasão sobre membros autorizados

e esteticamente empolgantes, ecoariam no vazio, destituídas de substância e credibilidade” (*Ibid.*, p. 125).

40 Nas palavras de Habermas: “Os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida. E, na medida em que essas experiências encontram sua expressão nas linguagens da religião, da arte e da literatura, a esfera pública ‘literária’, especializada na articulação- e na descoberta do mundo, entrelaça-se com a política” (HABERMAS, 2003, II, p. 97). Prossegue o autor, explicando que: “No início, tais experiências são elaboradas de modo ‘privado’, isto é, interpretadas rio horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada- as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. - de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas. De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para uma *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias” (*Ibid.*, p. 98). Habermas conclui que: “A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem as biografias particulares” (*Ibid.*, *loc. cit.*).

41 COSTA, 1995a, pp. 59-60. Segundo Habermas, essa dupla função já havia sido observada por Cohen e Arato “(...) nos novos movimentos sociais, os quais perseguem objetivos ‘ofensivos’ e ‘defensivos’ ao mesmo tempo. ‘Através de uma ofensiva’, eles tentam lançar temas de relevância para toda a sociedade, definir problemas, trazer contribuições para a solução de problemas, acrescentar novas informações, interpretar valores de modo diferente, mobilizar bons argumentos, denunciar argumentos ruins, a fim de produzir uma atmosfera consensual, capaz de modificar os parâmetros legais de formação da vontade política e exercer pressão sobre os parlamentos, tribunais e governos em benefício de certas políticas. Ao passo que ‘defensivamente’ eles tentam preservar certas estruturas da associação e da esfera pública, produzir contra-esferas públicas subculturais e contra-instituições, solidificar identidades coletivas e ganhar novos espaços na forma de direitos mais amplos e instituições reformadas” (HABERMAS, 2003, II, p. 103).

do sistema político, determinando mudanças no comportamento destes”⁴². Somente quando esses fluxos comunicativos extrapolam as fronteiras das esferas públicas autônomas, eles podem ter acesso às instâncias deliberativas previstas na ordem democrática e, conforme a lógica de assédio⁴³, influenciar a tomada de decisão nesses ambientes. Nesses casos, a esfera pública política desempenha sua função de intermediação entre os impulsos comunicativos gerados no mundo da vida e o núcleo do sistema político. Portanto, seria possível afirmar que problemas de legitimação numa dada sociedade podem surgir quando se verifica a existência de uma esfera pública pouco ativa ou quando há uma participação privilegiada de certos grupos políticos em detrimento de outros.

Assim como Cohen e Arato⁴⁴, Habermas reconhece, contudo, que a sociedade civil e a esfera pública “garantem uma margem de ação muito limitada para as formas não-institucionalizadas de movimento e de expressão política”⁴⁵, o que decorre dos limites à capacidade da sociedade civil de auto-organizar a sociedade como um todo.

Esses limites são divididos por Habermas em três eixos temáticos. O primeiro está vinculado aos requisitos sócio-estruturais da sociedade civil. Segundo o autor, a formação de uma sociedade dinâmica de pessoas privadas necessita de um mundo da vida já racionalizado⁴⁶. O segundo está relacionado à questão do poder. Vale dizer: os atores da sociedade civil não podem exercer poder político ou administrativo, apenas influência⁴⁷. Para gerar

42 COSTA, 1994, p. 43.

43 “O poder comunicativo é exercido à maneira de um assédio. Mesmo não tendo intenções de conquista, ele interfere nas premissas dos processos de juízo e de decisão do sistema político, a fim de fazer valer seus imperativos, na única linguagem capaz de ser entendida pela fortaleza sitiada: ele administra o *pool* de argumentos que o poder administrativo pode, é verdade, manipular instrumentalmente, porém não ignorar, uma vez que é estruturado conforme o direito” (HABERMAS, 2003, II, p. 273). Com isso, Habermas quer dizer que: “a eficácia do poder comunicativo é indireta, apresentando-se como limitação da realização do poder administrativo – que é o exercício do poder de fato. E, para preencher a supramencionada função de assédio, a opinião pública informal tem que seguir o caminho da deliberação responsável e organizada através de procedimentos democráticos” (*Ibid.*, p. 276).

44 COHEN & ARATO, 1992.

45 HABERMAS, 2003a, II, p. 104.

46 “Caso contrário, podem surgir movimentos populistas que defendem cegamente os segmentos petrificados da tradição de um mundo da vida ameaçado pela modernização capitalista. Esses movimentos são modernos devido às formas de sua mobilização, porém antidemocráticos em seus objetivos” (*Ibid.*, p. 104).

47 E “(...) essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa

um poder político, sua influência tem que abranger, também, as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada. O terceiro e último eixo temático diz respeito à questão da complexidade: “Para que possam funcionar como catalisadoras de processos espontâneos de formação da opinião, as organizações da sociedade civil não podem se transformar em estruturas formalizadas, dominadas pelos rituais burocráticos”, pois, caso isso acontecesse, “o ganho de complexidade poderia significar a rendição aos imperativos organizacionais e o conseqüente distanciamento da base”⁴⁸.

Outro ponto importante para a construção de seu modelo é a identificação de quem são os atores da sociedade civil e sua distinção em relação aos demais atores da esfera pública. De forma resumida, é possível citar quatro aspectos a partir dos quais essa distinção é estabelecida. O primeiro diz respeito ao conteúdo das reivindicações. Os atores da sociedade civil tematizam situações-problemas percebidas nos micro-domínios da vida privada cotidiana e que, portanto, têm relevância para toda a sociedade, enquanto os atores chamados de “consumidores” (ou clientes) do sistema político por Habermas (sindicatos, grupos de interesse etc.) representam, no âmbito da esfera pública, as reivindicações de grupos políticos e econômicos específicos⁴⁹. O segundo aspecto está ligado ao tipo de comunicação na esfera pública. Os atores da sociedade civil agem comunicativamente, transformando a esfera pública numa arena da argumentação discursiva e de convencimento do conjunto da sociedade com base na força – racional – dos melhores argumentos, enquanto os demais atores agem orientados pelo sucesso, procurando, exclusivamente, conferir maior publicidade às suas reivindicações pela ocupação de espaços públicos⁵⁰. O terceiro se relaciona ao tratamento conferido pelos atores à esfera pública. Na medida em que não dispõem de outros meios para exercerem influência sobre o

convicção *testada* sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas” (*Ibid.*, p. 105). Como explica Costa: “Os atores da sociedade civil não possuem poder político ou administrativo, dispõem apenas de uma forma mediatizada de geração de poder. Isto é, a influência destes sobre a política consubstancializa-se nas mensagens que, percorrendo os mecanismos institucionalizados do Estado constitucional, alcançam os núcleos decisórios. Desta forma, procura-se afastar a idéia de que a sociedade civil possa assumir as funções que cabem ao Estado” (COSTA, 1995a, pp. 60-61).

48 *Ibid.*, p. 60.

49 HABERMAS, 2003a, II, p. 87.

50 *Ibid.*, pp. 92-93.

processo político além da atuação da esfera pública, os atores da sociedade civil empenham-se na reprodução e revitalização da esfera pública, buscando, de um lado, oferecer resistência às ameaças de obliteração da esfera pública e, de outro, explorar intensivamente as possibilidades comunicativas existentes e ampliar as fronteiras dessa esfera, mediante a incorporação de novas minorias e grupos marginais e da intervenção de novos meios comunicativos⁵¹. O quarto aspecto concerne às origens dos atores sociais. Vale dizer: enquanto os denominados grupos consumidores têm sua origem vinculada a certos campos funcionais como partidos políticos, grupos de interesse, representações funcionais etc., a identidade dos atores da sociedade civil é constituída *ad hoc*, no âmbito da atuação coletiva, e com o suporte de um público recrutado entre a totalidade das pessoas privadas⁵².

Diante de tais características, é necessário reconhecer que, tomado ao pé da letra, o modelo discursivo de esfera pública parece demasiadamente ideal para ser utilizado como referência analítica na maior parte das democracias contemporâneas⁵³. Isso porque, na prática, paralelamente ao esforço do convencimento por meio de argumentos racionais, tais atores procuram se adaptar aos requisitos estruturais dos veículos, realizando, assim, um trabalho de relações públicas⁵⁴ com o intuito de obter espaço na mídia e dar maior publicidade às suas reivindicações.

Mas, a rigor, essa circunstância de modo algum impede que tais atores sejam “classificados” como atores da sociedade civil. A existência de ambigüidades é absorvida pelo modelo de Habermas na medida em que o autor localiza na própria organização interna dos atores coletivos a condição para que os mesmos desempenhem a função de canalizar os problemas emergentes da vida cotidiana para a esfera pública. Em outras palavras, “caso o ator permaneça permeável aos impulsos provindos da base e aos processos espontâneos de formação da opinião, ele certamente se manterá, estrutu-

51 COSTA, 1995a, p. 63.

52 *Ibid.*, *loc. cit.*; e HABERMAS, 2003, II, pp. 96-97.

53 Como destaca Costa, caso “se leve, por exemplo, às últimas conseqüências o pressuposto de que a relevância pública dos atores da sociedade civil é devida exclusivamente ao conteúdo e ao apelo argumentativo de suas intervenções, muito poucos seriam os sujeitos coletivos, empiricamente observáveis, a merecer um enquadramento na categoria de representante da sociedade civil” (COSTA, 1995a, p. 63.).

54 Isto é, “oferecendo informações de valor noticioso, orientadas, no nível de conteúdos e quanto aos prazos, pelas formas de produção jornalísticas e pelas características institucionais dos meios de comunicação de massa” (*Ibid.*, *loc. cit.*).

ralmente, em condições de condensar as situações-problema emergentes no mundo da vida e de transportá-las para a esfera pública”⁵⁵.

É a partir dessa idéia que Costa procura afastar as objeções à incorporação, no Brasil, do modelo discursivo da esfera pública, demonstrando que o mesmo pode ser utilizado em muitas situações⁵⁶. Pois, se é certo que a realidade brasileira apresenta problemas para acomodar idéias como a da distinção, acima mencionada, entre atores da sociedade civil (fornecedores) e demais atores da esfera pública (consumidores)⁵⁷, também não há dúvidas de que, em diversas ocasiões, é possível observar que as organizações da sociedade civil no país são capazes de conferir caráter público a determinados temas, fazendo com que os mesmos consigam chegar ao núcleo do sistema político-jurídico e sejam levados em conta na tomada de decisão dos agentes autorizados⁵⁸. Exemplo dessa ambigüidade pode ser percebido nos

55 *Ibid.*, p. 64.

56 Segundo o autor, “Em que pesem os diferentes níveis de desenvolvimento da sociedade civil e da esfera pública nas democracias maduras e em países como o Brasil, emergem, do confronto destes diferentes contextos, interessantes constatações. / O modelo que descreve a participação da sociedade civil no processo de formação de decisões públicas apresentado no tópico anterior, por exemplo, pode ser transposto, em variadas situações, para o caso brasileiro. / Para iniciar com um caso extremo e ruidoso pode-se mencionar o processo recente de afastamento do presidente da República. / Parece iniludível a importância, no episódio, das pressões no nível da esfera pública e da ‘dramatização’ do tema, por meio das manifestações públicas, dos rostos pintados ou da simbolização do luto das roupas pretas, para a geração e sustentação das decisões tomadas pelo complexo parlamentar e para a transposição de várias eclusas institucionais que conduziram finalmente ao *impeachment*. / Em outros episódios, menos sensacionalistas, como nas campanhas do movimento ecologista, pode-se também observar como as organizações da sociedade civil no país conferem caráter público a determinadas questões levando ao seu tratamento pelas instâncias decisórias” (COSTA, 1994, p. 49).

57 “Tratada à luz da situação brasileira, a diferenciação deixa transparecer o seu caráter meramente normativo, empiricamente pouco plausível” (*Ibid.*, p. 50). Normalmente se enfatiza no Brasil a circunstância de que interesses são diretamente projetados no aparelho do Estado e que não haveria, portanto, sujeitos coletivos autônomos que representassem publicamente tais interesses (ou seja, inexistência de sociedade civil). Isso porque não teria ocorrido em nosso país uma separação completa entre as esferas da economia, da sociedade civil e da sociedade política: “Em muitas situações, os interesses dos diferentes segmentos sociais não são trazidos a uma esfera pública autônoma, onde eles são discutidos e confrontados; eles percorrem os canais do próprio Estado que, nesses casos, por meio de processo não universalistas, portanto, variáveis e arbitrários, pondera e decide” (*Ibid.*, *loc. cit.*).

58 É certo que, quando agem de maneira “intransparente”, os atores sociais coletivos não estão preocupados com o fortalecimento da esfera pública, mas sim com seus interesses particulares e dos setores que representam. Nesse sentido, perdem o principal traço que os distingue dos Grupos de Interesse. Porém, essa estratégia de negociações intransparentes “se traz resultados concretos para as organizações da sociedade civil, só pode fazê-lo esporadicamente, ou por um curto espaço de tempo” (*Ibid. loc. cit.*). Isso porque, diferente dos Grupos de Interesse que contam com recursos organizacionais e instrumentos de pressão próprios, os atores das sociedades civis dependem da repercussão pública de suas ações para sustentar sua força política.

casos investigados por Costa de atuação das associações de moradores das cidades mineiras de Uberlândia, Juiz de Fora e Governador Valadares em experiências de administração municipal participativa⁵⁹. Segundo o autor:

Parece indiscutível que estas organizações efetivamente tematizam tensões das esferas privadas, revelando o caráter geral e conferindo tratamento público a questões como moradia, saúde, educação etc. Ao mesmo tempo, entretanto, conforme mostram diferentes trabalhos, as organizações de moradores procuram beneficiar-se dos ‘relacionamentos clandestinos’ com o Estado e o sistema político, acertando, através de suas cúpulas, acordos (para o apoio político, para a obtenção de melhorias para o bairro ou até vantagens pessoais) que nunca são objeto de discussão pública, nem mesmo no nível do conjunto dos membros da organização. Nesses casos, as organizações de moradores agem, da mesma forma que os Grupos de Interesse, buscando ‘feudalizar’ o Estado e fortalecendo os seus laços particularistas⁶⁰.

Outro aspecto problemático da realidade sócio-política brasileira em relação ao modelo habermasiano diz respeito à dificuldade de diferenciação clara entre a esfera político-partidária e o próprio Estado. Pois, como observam Avritzer e Costa, o modelo discursivo de esfera pública foi formulado “por referência empírica a um contexto em que há mecanismos efetivos de controle do Estado pelos cidadãos e os partidos políticos, a despeito do desencantamento dos últimos tempos, ainda funcionam como estruturas eficientes de intermediação entre a sociedade civil e o sistema político”⁶¹.

No Brasil, entretanto, o sistema partidário se consolidou, historicamente, a partir da montagem de máquinas partidárias alimentadas pela patronagem e capazes de distribuir, privadamente e por meio de acordos clientelistas, benefícios públicos. E, dessa forma, a percepção predominante da sociedade brasileira⁶² em relação aos partidos políticos é a de que estes não

59 COSTA, 1997a, pp. 122-124.

60 *Ibid.*, pp. 50-51.

61 AVRITZER & COSTA, 2004, p. 723.

62 Ver a respeito, por exemplo, a pesquisa de opinião pública organizada pelo Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO) e pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), realizada no período de 9 a 11 de fevereiro de 2009 (Amostra nacional extraída aleatoriamente com 1.200 entrevistas, representativa da população adulta brasileira com acesso à rede telefônica (nos domicílios e/ou nos locais de trabalho) de todas as regiões do país. Destes, 200 entrevistados têm ou tiveram processo na Justiça nos últimos

exercem de forma satisfatória a função de intermediação entre sociedade civil e o Estado⁶³. O que abre espaço para o surgimento cada vez maior de novos atores da sociedade civil – associações de moradores, ONGs, clubes etc. –, questionando a idéia de monopólio da representação política pelos partidos políticos e implementando alternativas participativas de democracia que passam a concorrer com os clássicos instrumentos representativos.

Mas, em última análise, essas dificuldades para o “emolduramento” analítico das peculiaridades do quadro sócio-político brasileiro, que não são contempladas no modelo discursivo de esfera pública originariamente proposto por Habermas, não impediriam a utilização de tal modelo para o estudo da realidade política do país. Pois, mesmo admitindo que mecanismos não públicos (“intransparentes”) de acesso ao sistema político e influência sobre suas decisões, em muitos casos, são, ainda, preponderantes, é possível observar a existência de uma esfera pública que, apoiada numa “sociedade civil que se (re)constrói, apresenta sinais efetivos de independência e vitalidade, operando, de fato, como caixa de ressonância para a ‘criação’ de questões públicas”⁶⁴.

Os trabalhos desenvolvidos a partir de perspectivas teóricas filiadas às correntes institucionalista e sistêmica não dão conta desta ambigüidade e, desse modo, não são capazes de reconhecer o conteúdo “democratizante” de práticas estabelecidas no Brasil. Práticas que, a rigor, tiveram início ainda na década de 1970, quando ao termo “sociedade civil” foi atribuída uma função político-estratégica de ponto de apoio para o projeto de oposição ao regime militar⁶⁵. E que se aprofundaram durante o período de transição para o regime democrático no Brasil, já na década de 1980, na forma de associações voluntárias e movimentos sociais no âmbito local, criando uma nova esfera de deliberação e negociação que Avritzer denomina “Públicos

doze meses. Foram definidas quotas de localidade, sexo e idade a partir do que foi aleatória a seleção dos entrevistados. A margem de erro é de 2,9%. As variáveis utilizadas foram: sexo, idade, instrução, renda, região e uso da Justiça). Ver, também, sobre essa pesquisa: FALCÃO, 2009.

63 Nas palavras de Sérgio Costa: “confundidos com o aparato administrativo e ‘desenraizados’ na sociedade civil, eles [os partidos] não se prestam à função de, no plano individual, possibilitar a ‘auto-racionalização de interesses’ e, no âmbito do Estado, atuar como ordenador da seletividade de temas e demandas”, mas, ao contrário, “acabam se transformando, do ponto de vista individual, em instrumentos de realização de projetos pessoais de poder, enquanto, com relação ao Estado, operam um processo autonomizado (fora do controle da sociedade civil) de eleição de temas e produção de decisões” (COSTA, 1994, p. 51).

64 *Ibid.*, *loc. cit.*

65 COSTA, 2002, p. 55.

Participativos” (*participatory publics*)⁶⁶. Atualmente, malgrado o florescimento das clivagens na sociedade civil brasileira – que se encontravam latentes antes da instauração do regime democrático –, resultantes dos múltiplos interesses de seus diferentes atores – feministas, movimento negro, movimentos ecológicos etc. –, e as ambivalências geradas por fenômenos sociais recentes – como a proliferação e internacionalização das ONGs, a aliança dessas entidades com setores empresariais, o crescente desejo de regulação dos atores da sociedade civil pelo Estado – é possível apontar, segundo Costa, evidências da continuidade dos processos de construção de uma esfera pública ativa e de uma sociedade civil autônoma, desacoplada do Estado. Dentre as práticas que contribuem para esse processo, o autor ressalta, “o surgimento de meios de comunicação ‘críticos’, a expansão da sociedade civil e a preservação de espaços públicos primários, dentro dos quais se observa um processo ‘alternativo’ de formação de opinião”⁶⁷.

Tanto Avritzer quanto Costa concordam, portanto, que o modelo da esfera pública conta com um instrumental conceitual mais adequado à descrição do processo de democratização da sociedade brasileira. Resta saber, porém, até que ponto esse modelo teórico, tal qual proposto por Habermas, é suficiente como padrão de análise dos processos políticos no Brasil. Dito de outro modo: é necessário fazer adaptações a esse modelo para incorporá-lo às análises sobre democracia e legitimidade do poder administrativo na realidade sócio-política brasileira?

Para Avritzer⁶⁸, a resposta a essa questão é afirmativa. Sua crítica ao modelo habermasiano se dirige à separação rígida entre Estado e sociedade civil, que importa na não admissão da possibilidade de ampliação dos mecanismos institucionalizados de formação da vontade política, a fim de se conferirem poderes efetivos aos Públicos Participativos. Como esclarecem Avritzer e Costa:

“De fato, a preocupação de Habermas com a defesa do caráter institucional/constitucional do Estado de direito, assim como a influência da teoria parsoniana sobre o autor, a qual enfatiza a distinção e a necessidade de preservação de códigos de coordenação específicos nos diferentes sistemas (a sociedade civil produz influência política, mas não decide nem imple-

66 AVRITZER & WRAMPLER, 2004, p. 212; e, também, AVRITZER, 2002a, pp. 135-170.

67 COSTA, 2002, p. 80.

68 Ver a respeito: AVRITZER, 2002a, pp. 48 e ss.

menta políticas), levam-no a subestimar completamente as estruturas de participação pública. Dessa maneira, em toda a sua discussão sobre espaço público, faltam referências à necessidade de horizontalizar os processo decisórios ou à necessidade de promover processos de ‘alfabetização política’, que permitam, no plano local, a vivência da noção de poder⁶⁹.

Essa é a razão pela qual Avritzer considera a proposta habermasiana insuficiente para promover um caminho alternativo para que se vincule razão (o consenso gerado na esfera pública) e vontade política (a institucionalização jurídica desse consenso). Pois, a despeito da racionalidade dos resultados obtidos através da deliberação pública, são os detentores do poder político que decidem quando incorporá-los e transformá-los em leis e políticas públicas⁷⁰. Se essas exigências de auto-limitação dos atores da sociedade civil e de separação clara entre sociedade civil e detentores do poder político são compreensíveis quando referidas a uma realidade social na qual se verificam mecanismos efetivos de controle do Estado pelos cidadãos e onde os partidos políticos ainda funcionam como estruturas capazes de intermediar a relação entre sociedade civil e sistema político, quando aplicadas, porém, ao contexto político típico das democracias latino-americanas – onde são freqüentes as violações aos direitos humanos e nas quais práticas clientelistas e patrimonialistas ainda influenciam, num grau considerável, os processos decisórios do sistema político – acabam elas funcionando como barreiras à democratização⁷¹.

Segundo Avritzer, portanto, o principal problema dessas democracias não é, em si, a possibilidade de participação nos processos deliberativos, mas a possibilidade de que o resultado de tais processos influencie, efetivamente, as decisões do sistema político. Haveria um bloqueio – resultante da continuidade do domínio de um grupo social sustentado pela cultura política estabelecida – do fluxo do poder político legítimo, situado na “última comporta” do modelo de circulação do poder pensado por Habermas⁷².

69 AVRITZER & COSTA, 2004, p. 713.

70 AVRITZER, 2002a, p. 49.

71 Ou seja, segundo Avritzer: “(...) as questões centrais com as quais a democracia lida mudam de acordo com os diferentes cenários políticos. No caso brasileiro, o clientelismo, a falta de capacidade de pressão da população e a distribuição desigual dos bens públicos em nível local são algumas das questões com as quais as formas fixas da democracia não são capazes de lidar de forma adequada” (2002b, p. 592).

72 Nas palavras de Avritzer: “A redemocratização brasileira envolveu, simultaneamente, grandes doses de continuidade política misturadas com algumas doses de inovação política. Em nível político, apesar dos primeiros indícios de formas de organização social, as forças hegemônicas ao longo do processo de modernização mantiveram o controle sobre o sistema político” (*Ibid.*, p. 572)

Avritzer sustenta, pois, a necessidade de que “no seio de uma esfera pública porosa e pulsante, temas, posições e argumentos trazidos pelos novos atores sociais encontrem formas institucionais de penetrar o Estado e, por essa via, democratizá-lo, tornando-o objeto de controle dos cidadãos”⁷³. E, nesse sentido, o conceito deliberativo de esfera pública proposto por Habermas não seria suficiente para enfrentar os desafios apresentados pelo contexto político brasileiro à concretização desse projeto.

Márcia Nina Bernardes aponta, porém, raízes mais profundas do problema identificado por Avritzer. A autora concorda com o diagnóstico de “bloqueio”, segundo o qual os fluxos de poder comunicativo emanados da esfera pública não conseguem atravessar as comportas para chegar ao núcleo decisório do sistema político-jurídico. Mas, segundo ela, Avritzer atribui importância muito grande a esse aspecto do problema em sua análise, depositando sobre os ombros da sociedade política brasileira uma responsabilidade excessiva pelo vácuo entre sociedade civil e sistema político-jurídico⁷⁴. O que, a rigor, acaba por restringir sua análise à discussão de questões relacionadas apenas ao regime político, negligenciando a investigação de outras dimensões do problema⁷⁵.

Bernardes chama a atenção para a existência de bloqueios também numa etapa anterior àquela sobre a qual Avritzer concentra sua atenção. Segundo ela:

[...] the first challenge one faces when trying to eliminate, or at least diminish, domination in stratified societies is to thematize the relations of domination – such as those involving the rich and the poor, the rural property owner and the land worker, the politician and his or her constituent – thereby taking them out of the lifeworld background and putting them into the public sphere, making these relations of domination an issue on the public agenda⁷⁶.

73 AVRITZER & COSTA, p. 713.

74 BERNARDES, 2006, p. 99.

75 “Although he [Avritzer] says that the main obstacles to democracy in the country are (1) the nature of the elites, (2) the hybridization of Brazil’s democratic practices, and (3) the lack of institutional mechanisms capable of assuring accountability or of expanding the public culture, he does not sufficiently theorize how the cultural hybridism affects society at large, whose support for, tolerance of, or resignation to many widespread undemocratic practices has been pivotal for their continuation, as the cases of police brutality against the urban poor and the peasantry clearly illustrate” (*Ibid.*, pp. 99-100).

76 *Idem*, pp. 100-101.

Na verdade, o modelo discursivo da esfera pública, segundo Bernardes, não explora de forma detalhada o modo como os fluxos comunicativos provenientes da esfera pública ingressam no sistema político-jurídico. Habermas assumiria, simplesmente, que o modelo das comportas é suficiente para se compreender o processo de conversão da opinião pública formada discursivamente em poder comunicativo e, então, em poder administrativo. Contudo, no caso brasileiro, essas passagens não seriam simples e muito menos automáticas⁷⁷. Devido ao hibridismo de nossa cultura política, que mistura elementos democráticos e não democráticos, teria se constituído, no Brasil, segundo Bernardes, um mundo da vida estruturado sobre um pano de fundo normativo repleto de ambigüidades, cujas estruturas tradicionais e privatistas ainda não foram suficientemente tematizadas e problematizadas.

Assim, haveria dois momentos problemáticos anteriores ao bloqueio sofrido pelos fluxos comunicativos no sistema político-jurídico, a saber: conseguir perceber e tematizar, nos micro-domínios da vida cotidiana, temas sobre os quais se sustentam relações de dominação racionalmente injustificáveis, e incluí-los na pauta de discussões da esfera pública a fim de que os mesmo ganhem repercussão. Como resultado, tem-se que: “(1) some topics do not reach the dominant public sphere; (2) even when they do, the influence of the discursively generated public opinion is not always strong enough to overcome the traditional structural barriers to its transformation into communicative and, then, administrative power”⁷⁸.

Bernardes procura explorar como o processo de consolidação de esferas públicas transnacionais pode desempenhar um papel relevante para a superação de tais problemas no Brasil, cogitando, ainda, assim como Avritzer, da necessidade de se atrelar os resultados dos processos deliberativos a algum tipo de poder institucionalmente assegurado⁷⁹.

Dentre os autores brasileiros que trabalham a partir do marco teórico do modelo discursivo da esfera pública, Costa parece ser o mais próximo das idéias originariamente defendidas por Habermas. Principalmente no que diz respeito à proposta habermasiana de auto-limitação da sociedade civil, que, em momento algum é por ele questionada. Assim, para Costa, os atores da sociedade civil não poderiam exercer qualquer tipo de poder políti-

77 *Idem*, p. 102.

78 *Idem*, pp. 102-103.

79 *Idem*, pp. 101-103.

co em sua forma administrativa, mas apenas influência⁸⁰ (resultante de poder político comunicativo) sobre as deliberações de instituições autorizadas responsáveis pela formação democrática da opinião e da vontade política. Seria necessário manter, pois, “a distinção entre a esfera societária e a esfera política e o Estado, de sorte que a influência da sociedade civil se concretize de forma anônima e difusa por meio da existência de uma esfera pública transparente e porosa, permeável às questões originadas no mundo da vida”⁸¹.

Ponto extremamente caro a Costa no modelo discursivo da esfera pública é a preservação do enraizamento dos movimentos sociais e demais atores da sociedade civil em esferas sociais “que são, do ponto de vista institucional, pré-políticas”⁸². Justamente por isso, a intenção de se transformar a legitimidade democrática dos movimentos sociais e atores da sociedade civil em performance participativo-institucional é vista com ressalvas pelo autor⁸³. Segundo ele, “o caráter diferencial e renovador da ação dos movimentos sociais reside precisamente na sua institucionalidade distinta (mais flexível e infor-

80 E “(...) essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção *testada* sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas” (Ibid. p. 105). Como explica Costa: “Os atores da sociedade civil não possuem poder político ou administrativo, dispõem apenas de uma forma mediatizada de geração de poder. Isto é, a influência destes sobre a política consubstancializa-se nas mensagens que, percorrendo os mecanismos institucionalizados do Estado constitucional, alcançam os núcleos decisórios. Desta forma, procura-se afastar a idéia de que a sociedade civil possa assumir as funções que cabem ao Estado” (Cf. COSTA, 1995a, pp. 60-61).

81 COSTA, 2002, p. 26.

82 COSTA, 1997a, p. 122.

83 “São compreensíveis as angústias daqueles atores políticos e daqueles cientistas sociais que, apercebendo-se da ‘feudalização’ do Estado pelos interesses privados e do solapamento do conteúdo público das arenas representativas pelas práticas e acordos intransparentes, apostam no ‘arejamento’ da esfera pública mediante a ampliação das competências institucionais dos ‘atores da sociedade civil’. Não obstante, a circunscrição da democratização da esfera pública ao seu âmbito institucional pode apresentar conseqüências políticas e analíticas danosas. Politicamente, ela pode representar a indução ao surgimento de atores que, apesar de serem formalmente delegados da sociedade civil, apresentam-se desvinculados dos anseios e expectativas políticas da população. Reproduzirão assim, nas arenas institucionais, sua lógica sistêmica, divulgado demandas constituídas no âmbito estrito da própria organização” (Cf. COSTA, 1995b, pp. 72-74). Por outro lado, “Analiticamente, a redução da esfera pública à sua dimensão institucional ofusca a visualização das regiões de articulação entre os processos comunicativos de reprodução cultural e as formas de consolidação institucional da democracia. Nesse movimento, os atores da sociedade civil são transformados em atores intermediadores de interesses políticos, destituídos de qualquer idiossincrasia sociocultural. Já não serão mais os co-responsáveis pela tradução e transmissão para a órbita político-institucional dos anseios difusos gestados nos interstícios do tecido social. Tampouco contribuirão, agindo na direção oposta, para o enraizamento dos valores democráticos nas ‘práticas cotidianas’ ” (Ibid., loc. cit.).

mal) e em seu ancoramento nos processos primários de reprodução social”⁸⁴. Vale dizer, sua contribuição para o revigoramento da vida pública deve se restringir à função de “tornar conhecidas demandas e questões que emergem nas franjas dos núcleos institucionais de discussão e deliberação”⁸⁵.

Assim, diante de todo o exposto, resta evidente, a meu ver, que a assunção do modelo discursivo de esfera pública como ponto de apoio para a investigação de questões inseridas na realidade sócio-política latino-americana não é tarefa simples. Trata-se de opção metodológica bastante controversa, que demanda que se enfrentem, previamente, importantes críticas feitas a tal modelo, que têm por objetivo sua adaptação a contextos sociais distintos daquele de sua criação, na Europa ocidental.

As divergências existentes entre as contribuições de Costa, Avritzer e Bernardes, em última análise, giram em torno de uma questão fundamental, qual seja, a de saber se – e como – o modelo discursivo de esfera pública – tal qual originariamente proposto por Habermas – e a proposta emancipadora e democratizante nele encarnada podem ser aplicados às análises sobre a realidade política brasileira.

Um aspecto importante desse debate para o tema do presente estudo é o da influência dos resultados das deliberações na esfera pública nos processos decisórios das agências reguladoras. Isso porque, vale destacar, não há qualquer obrigatoriedade por parte do Conselho Diretor em adotar as sugestões dos atores participantes dos procedimentos deliberativos. Pesquisa empírica realizada por Mattos demonstra, inclusive, que é baixíssimo o índice de incorporação das sugestões de alteração dos textos normativos submetidos a consultas públicas pela ANATEL. Demonstra, também, que na grande maioria das consultas públicas não houve nem mesmo justificativa formalizada em relação às sugestões recusadas pela agência⁸⁶.

Uma explicação possível para esses resultados pode ser formulada a partir das hipóteses de Avritzer e Bernardes. E caso tais hipóteses estejam corretas, não haveria, efetivamente, um potencial democrático nos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras, como defende Mattos. Esses mecanismos teriam que ser “reforçados” por algum tipo de instrumento que atrelasse o

84 COSTA, 1997b, p. 131.

85 *Ibid.*, *loc. cit.*

86 MATTOS, 2006a, p. 300.

resultado da deliberação a algum tipo de poder sobre a decisão do Conselho Diretor da agência reguladora. Mas, tendo em vista as desigualdades de recursos materiais – informação, tempo e dinheiro – existentes entre as empresas reguladas e os demais atores envolvidos nos processos participativos das agências reguladoras, que conseqüências a vinculação das decisões das agências ao resultado das deliberações poderia gerar?

Essas questões são exemplos de desafios que se apresentam à assunção do modelo discursivo de esfera pública para a análise da legitimidade da atuação de formulação de políticas públicas pela edição de normas das agências reguladoras no Brasil. A escolha de uma ou outra concepção teórica sobre a recepção de tal modelo nos estudos sobre a realidade sócio-política brasileira tem repercussão direta nas conclusões a que se chega num exame sobre a legitimidade democrática do poder administrativo – para o que nos interessa, do poder das agências reguladoras – no Brasil.

Em última análise, a resposta sobre qual dessas concepções é a mais adequada para o estudo desse tema no Brasil demanda pesquisa eminentemente empírica, que seja capaz de avaliar qualitativamente – e não apenas quantitativamente, como fez Mattos – o funcionamento dos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras em termos de influência sobre as decisões finais dessas entidades.

4. Conclusão

Vimos que, diferente dos estudos de Direito administrativo e econômico mais difundidos no Brasil, Mattos propõe uma investigação sobre o tema da legitimidade democrática da atuação de formulação de políticas públicas por meio da regulação setorial das agências reguladoras para além da mera adequação jurídica das competências dessas entidades administrativas aos princípios constitucionais. De forma resumida, sua tese principal é a de que nos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras – como as audiências públicas e as consultas públicas – haveria um potencial de legitimação democrática das decisões dessas entidades a ser investigado.

Os fundamentos da proposta de Mattos se apóiam sobre sua leitura do conceito de democracia discursiva de Jürgen Habermas. Segundo esse entendimento, caso fosse possível reproduzir no processo decisório das agên-

cias reguladoras, regras e procedimentos que assegurassem um ambiente discursivo – tal qual aquele vislumbrado por Habermas em sua teoria democrática –, as consultas públicas e audiências públicas se apresentariam como instrumentos potencialmente aptos a legitimar democraticamente a atuação das agências reguladoras.

Entretanto, procurei demonstrar que, no que diz respeito à teoria democrática, um dos pontos mais relevantes do projeto teórico de Habermas – segundo o próprio autor alemão⁸⁷ – é dar conta do problema da normatividade de modelo discursivo de democracia. Importa para Habermas identificar na realidade dos sistemas político-jurídico modernos pontos de apoio que lhe permitam afastar as críticas advindas das teorias sociológicas da democracia, referentes à impossibilidade da realização do sentido normativo das condições da gênese e da legitimação do Estado de Direito reconstruído com base na teoria do discurso.

Justamente por isso, o conceito de esfera pública desempenha um papel chave para o sucesso do projeto teórico do autor alemão. Segundo seu modelo discursivo de democracia, “as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais (e às vezes antes de voltar pelo caminho da administração implementadora)”⁸⁸.

De modo que, em resumo, é possível afirmar que o desenvolvimento, implementação e consolidação da idéia do poder legítimo num Estado Democrático de Direito, entendida a partir da teoria do discurso de Habermas, dependem não apenas da institucionalização jurídica dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos, como, também, da interação entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas elaboradas nas esferas informais do espaço público, tais como associações, movimentos sociais, organizações não governamentais, etc⁸⁹. Ambas as condições são igualmente indispensáveis para que se possa falar em legitimidade do poder político nas sociedades modernas.

87 HABERMAS, 2003a, I, p. 174.

88 HABERMAS, 2003a, II, pp. 88-89.

89 Sobre os conceitos de sociedade civil e esfera pública na obra de Habermas, ver: HABERMAS, 2003, II, cap. VIII.

Em sua análise, porém, Mattos relativiza esse duplo aspecto da teoria discursiva da democracia de Habermas e atribui relevância excessiva à questão do desenho institucional de mecanismos de participação popular que sejam capazes de funcionar como canais através dos quais os impulsos de poder comunicativo oriundos da esfera pública possam influenciar os processos de tomada de decisão da Administração Pública. O autor assume expressamente como “adequado para os propósitos de seu trabalho”⁹⁰ – ou seja, adequado para um estudo que tem como objeto a legitimidade decisória da ação regulatória do Estado⁹¹ – o conceito de esfera pública tal qual utilizado por Habermas (2003-a). Essa opção metodológica, contudo, não foi por ele justificada, inobstante a existência de divergências relevantes entre autores brasileiros que trabalham com o conceito de esfera pública.

A principal crítica que dirijo a Mattos é a de que esse recorte metodológico faz com que sua análise perca de vista o debate sobre a construção e o funcionamento da esfera pública no Brasil, negligenciando questões relevantes que estão diretamente associadas às condições de surgimento do poder comunicativo – e, portanto, das condições primeiras da legitimação do poder – nesses ambientes. Questões estas que podem ter repercussão direta nas conclusões a que o autor chega sobre a correlação (positiva) entre participação popular nos espaços públicos institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras e a possibilidade de legitimação democrática das decisões decorrentes desses processos. Pois, ainda que os instrumentos de participação pública sejam construídos institucionalmente de forma a viabilizar a formação e circulação de fluxos comunicativos para as instâncias decisórias das agências reguladoras, permanece em aberto a questão da sustentação, no nível da sociedade, desta formação espontânea de opinião e vontade políticas, ancorada no mundo da vida⁹².

Assim, afirmar que os mecanismos de participação popular institucionalizados nas agências reguladoras possuem um *potencial* para legitimar as

90 MATTOS, 2006a, p. 30.

91 *Ibid.*, p. 23.

92 “(...) uma cultura jurídica pós-autoritária e uma sociedade civil ativa não podem ser simplesmente fabricadas. O poder administrativo não é o instrumento apropriado para a construção de formas de convivência democráticas. Elas só podem ser gestadas no âmbito dos processos comunicativos presentes nos diferentes níveis da vida social e que perpassam e conformam a esfera pública em suas variadas dimensões. Os esforços – necessários e desejados! – de ‘tradução’ político-institucional de padrões político-culturais emergentes não podem, por isso, deixar de observar o processo autônomo e socialmente difuso de construção desses padrões” (COSTA, 1997a, p. 132).

decisões de formulação de políticas públicas tomadas por essas entidades pouco contribui para a compreensão do real peso da participação popular nesse processo de legitimação decisória. Pois a questão-chave a ser respondida nesse caso passa a ser: qual o grau necessário de probabilidade de produção real e efetiva de decisões legítimas pelas agências reguladoras para que se possa afirmar que há nos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios dessas entidades um *potencial* de legitimação democrática de suas decisões? Sem uma investigação empírica que seja capaz de avaliar qualitativamente o funcionamento dos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras em termos de influência sobre a legitimidade das decisões finais dessas entidades, essa questão permanece em aberto.

Ou seja, ao assumir como dado o conceito de esfera pública tal como proposto por Habermas, Mattos cria uma lacuna que tem o potencial de comprometer a coerência teórica de suas próprias conclusões.

Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE*, vol. 53, 2000.
- _____. *Agências Reguladoras e a Evolução do Novo Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the Public Space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002a.
- _____. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b.
- _____; e COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e Usos na América Latina. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 47, n. 4, 2004.
- _____; e WRAMPLER, Brian. Públicos Participativos: Sociedade Civil e Novas Instituições no Brasil Democrático. In COELHO, Vera

- Schattan P.; e NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BERNARDES, Márcia Nina. *Globalization and Political Inclusion in Brazil: Domestic Implications of Transnational Public Spheres*. New York: New York University School of Law, A thesis submitted for the degree of Juridical Science Doctor, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos (org.). *A Reforma do Aparelho do Estado e a Constituição Brasileira (Conferência ministrada no seminário sobre a reforma constitucional realizados com os partidos políticos sob o patrocínio da Presidência da República)*. Brasília, janeiro de 1995. Versão eletrônica disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>> (Acesso em 13.08.2007).
- _____. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, n. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- _____. *Nação, câmbio e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *O modelo político brasileiro e outros ensaios*. 4ª ed. São Paulo: Rio de Janeiro: DIFEL, 1979.
- COSTA, Sérgio. *Esfera pública, redescoberta da sociedade civil e movimentos sociais no Brasil: uma abordagem tentativa*. *Revista Novos Estudos – CEBRAP*, v. 1994, n. 38. São Paulo, 1994.
- _____. *A democracia e a dinâmica da esfera pública*. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995a.
- _____. *Atores da sociedade civil e participação política: algumas restrições*. *Cadernos do CEAS*, n. 155, jan.-fev. 1995b.
- _____. *Movimentos sociais, democratização e a construção de esferas públicas locais*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS*, Vol. 12, n. 35, out. 1997a.

- _____. Do simulacro e do discurso: esfera pública, meios de comunicação de massa e sociedade civil. *Comunicação & Política*, nova série, vol. 4, n. 2, mai.-ago. 1997b.
- _____. *As cores de Ercília: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999.
- FALCÃO, Joaquim. O Brasileiro e o Judiciário. *Conjuntura Econômica*, vol. 63, n. 4, abril de 2009.
- FARIA, José Eduardo. Legalidade e legitimidade: o Executivo como legislador. *Revista de Informação legislativa de Brasília*, ano 22, n. 86, p. 93-104, abr.-jun., 1985.
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. (org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.
- GUERRA, Sérgio. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- _____. *O controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*. Vols. I e II. Translated by Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber, Paulo Soethe e Milton Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.
- _____. *Pensamento pós-metafísico*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.
- _____. *Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002c.
- _____. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Vols. I e II. 2ª Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- _____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

- _____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- LAVALE, Adrián Gurza. *Jürgen Habermas e a virtualização da publicidade*. *Margem*, São Paulo, n. 16, dez. 2002.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- _____. *O Novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Editora Singular, 2006a.
- _____. (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006b.
- _____. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006c.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamento e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*, n. 96, outubro-dezembro, 1990.
- _____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- NUNES, Edson de O.; NOGUEIRA, André M.; COSTA, Cátia C. da; ANDRADE, Helenice V. de; e RIBEIRO, Leandro M. *Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa*. *Revista Novos Estudos*, n. 31, outubro de 1991.
- SCHUARTZ, Luís Fernando. Entre teoria e esperança: os “potenciais de racionalidade” do direito moderno na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. *Norma, contingência, racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Recebido em junho/2009

Aprovado em outubro/2009