

# DIREITOS HUMANOS E O CONSENSO COINCIDENTE DE JOHN RAWLS

*HUMAN RIGHTS AND JOHN RAWLS' COINCIDENT CONSENSUS.*

Clóvis Falcão<sup>1</sup>

Resumo

Como questões culturais, os direitos humanos podem ser abordados a partir de perspectivas muito diferentes. Um filósofo do Direito pode entender que eles devem se encaixar em um sistema hierárquico de normas, acima ou lado a lado com os direitos constitucionais. Este artigo mostra como consenso proposto por John Rawls é uma explicação mais adequada dos direitos humanos do que uma simples estrutura hierárquica das normas. Sua ideia, vazia de razões e cheia de fé, reconhece a natureza fluida da estrutura básica da sociedade. A partir deste ponto de vista, a missão de uma teoria social é revelar as intuições básicas cuja estrutura racional pode ser escondida em convicções profundas e pessoais. Mantendo a metafísica à distância, esta é uma teoria mais interessante da esfera pública e dos direitos humanos que o chamado procedimento racional e neutro

descrito em “Uma Teoria da Justiça”.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Direitos Humanos. Consenso Coincidente.

*Abstract*

*As cultural issues, human rights may be addressed from very different perspectives. A philosopher of law may think that they must fit in a hierarchical system of rules, above or side by side with constitutional rights. This paper shows how John Rawls' overlapping consensus is a more suitable explanation of human rights than a hierarchical structure of norms. His idea, empty of reasons and full of faith, acknowledges the fluid nature of the basic structure of society. From this point of view, the mission of a social theory is to reveal the basic intuitions whose rational structure may be hidden in deep and personal convictions. Keeping metaphysics away, this is a more interesting theory of public sphere and human rights than the so-called rational and neutral procedure described in *A Theory of Justice*.*

*Keywords: Philosophy of law. Human Rights. Coincident Consensus.*

## 1. INTRODUÇÃO

Frutos de decisões políticas, testemunhas de momentos históricos fundamentais, os direitos humanos alguns dos valores mais significativos das sociedades contemporâ-

---

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia do Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela UFPE.

neas. Quando o Estado reconhece e concretiza os direitos fundamentais, ele não apenas cumpre sua função política, mas também alimenta um processo complexo de justificação dos princípios de ordem e contribui para a identidade social. A ordem pública é uma permanente reconstrução, e nesse processo dinâmico o reconhecimento e a inserção dos valores humanos no sistema jurídico é parte fundamental.

A forma como o filósofo do direito muitas vezes faz referência a direitos humanos traz os vícios do formalismo e da referência a um sistema hierárquico de normas. Ainda que útil, esse modelo é pouco compatível com um conjunto de direitos básicos, cuja validade não depende de um sistema de normas superior. Os direitos humanos, que são direitos desse tipo, são mais bem explicados por uma visão pragmática e histórica, que os esclarece mais do que os fundamenta. Essa mudança de perspectiva é exemplificada na obra de John Rawls, que flexibiliza o modelo racional da teoria da justiça para adotar a

hipótese pragmática do consenso coincidente.

## 2. O MODELO TEÓRICO DOS JURISTAS

O jurista, por hábito profissional, vê os direitos humanos numa estrutura hierárquica de justificação. Se os embates políticos e a construção da subjetividade no Ocidente contemporâneo são protagonistas usuais de uma explicação histórica dos direitos humanos, a explicação jurídica vê na posição hierárquica o valor de uma norma. Para o jurista, a norma deve ter um lugar definido, mas os direitos humanos mudam e se afirmam constantemente. A validade autônoma dos direitos humanos, ligada a uma concepção de pessoa impulsionada pelas revoluções liberais, é um elemento polissêmico na formalista cultura jurídica. Ora reconhecidos como norma importante, ora ignorados pelas instituições políticas, às vezes até protagonistas de um processo de constitucionalização simbólica, os direitos humanos constantemente desafiam

e reposicionam os formalismos.

Nessa linha de raciocínio está a preocupação dos juristas com o grau de autoridade de leis internacionais: para valem, os direitos humanos precisam se inserir numa estrutura de poder, participando da hierarquia do jogo de linguagem jurídico, seja através de leis nacionais ou internacionais. No reconhecimento formal do conteúdo privilegiado dos direitos humanos, surgem medidas como a que permite equivaler tratados internacionais a emendas constitucionais, uma vez que versem sobre direitos humanos e recebam uma votação qualificada, como possibilita o §3º do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O caráter suprapositivo dos direitos humanos força o ordenamento jurídico a adotar medidas que os privilegiam, mas tudo segundo algum ritual do direito, seja legislativo, judicial ou administrativo.

Do interior do pensamento jurídico, os direitos humanos valem quando reconhecidos formalmente, possibilitando sua concretização através da

argumentação racional dentro de instituições estabelecidas. Essa é uma limitação funcional necessária, mas surgem problemas quando se adota a visão hierárquica na compreensão filosófica dos direitos humanos. Tome-se como exemplo a teoria política liberal, da qual John Rawls é o nome mais influente, e a sua ideia de que existem princípios de justiça válidos para a toda uma sociedade, e a partir dos quais se constituem, por derivação, as instituições oficiais. A prevalência desses princípios é justificada, na teoria de Rawls, por um procedimento ideal protagonizado pelo "véu da ignorância", que simboliza a escolha de uma estrutura básica da sociedade independentemente da posição ocupada por aquele que escolhe. Segundo essa concepção, os direitos humanos se condicionariam ao consenso obtido num procedimento racional, ideal e igualitário.

Essa concepção, metódica e hierarquizada, segue o modelo dos juristas, mesmo sendo uma teoria de filosofia política. O problema é que, fora do direito positivo, a ordem

social é mais fluida não depende somente da existência de um método racional de justificação dos valores. A sociedade contemporânea depende também da controvérsia, do choque e da confluência de distintas visões de mundo. A técnica jurídica é densa e hierarquizada, e é funcional que ela seja assim, mas é pouco produtora de levar essas exigências a uma concepção mais abrangente. Falar de um fundamento superior ou de uma origem ideal faz sentido para o filósofo que busca uma segurança metafísica, mas na moral difusa de uma sociedade complexa operam formas mais flexíveis de construção de sentido.

O próprio Rawls reconhece essas limitações na tese do consenso coincidente, que ele apresenta depois e a partir da qual flexibiliza elementos fundamentais de sua teoria, atribuindo a existência de direitos básicos a uma contingência histórica. Isso dá um caráter mais político e dinâmico a uma teoria da justiça que, segundo o próprio autor, era

carregada de metafísica<sup>2</sup>. Tirando a metafísica hierárquica tão cara ao raciocínio jurídico, ele chega a um modelo compreensivo mais adequado à natureza dinâmica e complexa de direitos humanos como o dever de tolerância. A retórica jurídica é necessária em seu contexto funcional, mas possui limitações teóricas quando ultrapassa as fronteiras.

Uma das consequências dessas limitações é o inconformismo da teoria jurídica com a inexistência de uma verdade ou método unívoco de interpretação no direito, tratado na próxima seção. O inconformismo acontece porque se espera uma justificação moral e política dos direitos tão forte e hierarquizada quanto a justificação técnica dentro dos sistemas jurídicos. Ao investigar as bases da certeza jurídica, descobre-se que a certeza técnica deriva de normas convencionais e de uma retórica interna muito bem articulada, impossível de es-

---

<sup>2</sup> RAWLS, John. "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 3, p. 223-251, Princeton: 1985.

tender à razão prática geral. Na falta de bases sólidas para justificar metafisicamente a atividade jurídica, atitudes céticas e relativistas se tornam comuns na filosofia do direito.

### 3.A RELUTÂNCIA COM A PÓS-MODERNIDADE

O abandono do ideal racionalista é um tópico comum na filosofia das últimas décadas. Sob influência de autores como Friedrich Nietzsche<sup>3</sup>, Martin Heidegger<sup>4</sup> e Karl Popper<sup>5</sup> e do giro pragmático do “segundo” Wittgenstein<sup>6</sup>, têm pouca força na filosofia contemporânea as verdades absolutas. O ideal quantificador e universalizante que havia iniciado séculos antes com René Descartes<sup>7</sup> é deixado de lado

em nome da história, do contexto e do consenso. O conhecimento é sempre intersubjetivo, pois todo sujeito se insere num meio que lhe fornece a pré-compreensão. Por conseguinte, são abandonados os projetos de um método científico-analítico para as ciências humanas, bem como a priorização do método das ciências naturais em detrimento do método compreensivo das ciências culturais. Ao menos no campo filosófico, o consenso, falível, substitui a certeza.

Essa abertura para a incerteza é bem-vinda em muitos setores do saber, mas não no direito. Sendo fonte de ordem, a ciência jurídica não aceita a relativização de suas verdades, pois ela não pode se apresentar à sociedade apoiada na contingência. Não se imagina um magistrado exarando uma sentença com a ressalva de que sua conclusão é falível e que se pensasse mais no assunto poderia concluir diferente. Tal situação é inadmissível, pois a autoridade deve demonstrar firmeza, e tal firmeza é incompatível com uma visão filosófica relativista.

<sup>3</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

<sup>4</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

<sup>5</sup> POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1998.

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações Filosóficas”, In: *Os Pensadores: Wittgenstein*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

<sup>7</sup> DESCARTES, *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

O abandono das verdades absolutas é uma atitude importante para as ciências humanas, especialmente considerando a sociedade global, complexa e plural, e os perigos para ela de um pensamento hegemônico e dogmático. A abertura de pensamento é uma característica saudável de um sistema social evoluído, que reconstrói de forma recorrente suas concepções básicas. Os direitos humanos, como partes dessas concepções, necessitam de uma constante reafirmação, para a qual é adequada a noção de verdade fluida típica das filosofias pós-modernas.

O problema, para o modelo hierárquico do jurista, é avançar para o exterior dominado pelo espírito filosófico das verdades contingentes, que invertem e subvertem as hierarquias estabelecidas. Deparando-se com a queda do ideal racionalista, o jurista tem duas opções: ou procura uma nova fundamentação metafísica dos valores ou aceita a contragosto o relativismo moral. Na teoria do direito de um Estado laico, uma expressa volta à metafísica está fora de

questão; mesmo se plausível no plano da teoria, uma concepção metafísica não teria apelo retórico no contexto pós-moderno. O que a teoria do direito faz, na necessidade de fundamentar moralmente suas concepções e não podendo cair do relativismo, é manter um nível mínimo de segurança através de noções intermediárias como um consenso ideal<sup>8</sup> ou uma metafísica formal<sup>9</sup>.

Ilustrativa do inconformismo com a natureza relativa das verdades é a leitura feita pelos jusfilósofos da metáfora do juiz Hércules e da única resposta correta, descrita por Ronald Dworkin em seu livro “O império do direito”<sup>10</sup>. Embora o autor tenha mostrado as nuances de defender uma única resposta correta para

---

<sup>8</sup> PERELMAN, Chaim, OL-BRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>9</sup> ALEXANDER, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

cada caso jurídico controverso, uma impressão comum entre os filósofos do direito é de que ali se discute a possibilidade real de tal resposta, chegando-se à óbvia conclusão de que Dworkin exagera ao lançar a ideia. Fica em segundo plano a instigante provocação do autor de "O império do direito" ao usar um mito tão explícito na era da razão, em usar uma figura mitológica num contexto tão condicionado à racionalidade sem face. Sutilezas como essa escapam a uma análise apresada como a do filósofo do direito que busca incansavelmente meios de evitar o relativismo.

Característica muito particular a autores como Robert Alexy é não aceitar a queda do racionalismo, insistindo na busca de justificativas morais compatíveis com a era pós-metafísica. O problema é que não há um lugar estável entre a visão interna, da segurança jurídica, e a visão externa, das verdades provisórias; unir as duas concepções sob os mesmos pressupostos teóricos leva a teorias anacrônicas, como as que defendem o mé-

todo de ponderação, mesmo ele se mostrando incapaz de limitar as decisões judiciais<sup>11</sup>. É compreensível que a teoria do direito busque pontos de apoio e é possível que eles existam, mesmo numa época que rejeita verdades. Só não é possível combinar argumentos formais de tradição ou autoridade com as concepções abertas da filosofia pós-moderna. O problema não é o acerto ou o erro do modelo racional hierárquico, mas a insistente tentativa de compatibilizar modelos teóricos antagônicos. A justificação através do recurso à estática hierarquia dos juristas não encontra apoio na fluidez das sociedades complexas.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevância" In: *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá: Legis, 2006.

<sup>12</sup> Obviamente, a técnica jurídica encontra formas de se adaptar às mudanças sociais. O que se discute aqui não é a prática adjudicatória, mas o modelo racional inspirado na recorrência à hierarquia típica do raciocínio teológico, e que os juristas incorporaram à filosofia do direito.

Contrastando com a busca pela certeza teórica, nas sociedades contemporâneas a controvérsia faz parte do dia-a-dia. A realidade é controversa, sem pontos de apoio metafísicos ou verdades oficiais, e o senso comum não depende de respostas definitivas, muito menos de um procedimento consensual ideal. Enquanto a retórica jurídica busca bases metodológicas sólidas, a realidade que ela pretende descrever já deu um passo à frente e hoje convive bem com a flexibilidade e pluralidade de suas bases conceituais.

A possível perplexidade com a natureza precária da justificação dos valores jurídicos diminui quando se aceita que não há demanda externa por certezas metódicas. Por uma feliz coincidência ou por uma virtude evolucionista, os interesses se ajustam na ação intersubjetiva sem depender de métodos definidos ou de decisões sempre fundamentadas em uma razão geral. A procura pelas condições de possibilidade de um consenso intersubjetivo é herança de uma tradição filosófica cujas categorias mais obscurecem

do auxiliam na compreensão dos valores socialmente aceitos. Assim, admitir que a construção social dos valores não carrega tantas exigências racionais é um passo importante para compreender corretamente o fenômeno da ordem social e a legitimidade do sistema de direito.

#### **4.A PRAGMÁTICA DO CONSENSO COINCIDENTE**

Elaborar uma justificação moral do sistema jurídico a partir dos pressupostos da filosofia pós-moderna leva a resultados anacrônicos. A dificuldade advém da incompatibilidade entre a forma de pensar interna ao direito e a forma de pensar externa a ele. Na construção social dos valores políticos, a demanda por justificações estritamente racionais e hierarquizadas não é tão forte. Por isso, terá sérias dificuldades uma teoria que leve as exigências conceituais densas do mundo jurídico para um entendimento filosófico ou político da sociedade contemporânea. Um método para a razão prática, mesmo

concentrado apenas em seus limites formais, é um projeto filosoficamente audacioso na era pós-metafísica.

A teoria da justiça de John Rawls, ao menos na sua versão tardia, carrega um viés pragmático oposto à tendência da filosofia do direito de generalizar suas exigências internas -- tendência que ele próprio reproduziu inicialmente em sua obra “Uma teoria da justiça”<sup>13</sup>. Nela, a ordem real deriva racionalmente de uma estrutura ideal, que funciona como explicitação racional de nossas intuições de justiça.

A teoria da justiça consiste em um experimento mental dividido em várias fases, que ao final tornam visíveis os valores sociais que, se forem deixados nas profundezas da intuição, apenas desajeitadamente contribuem para a ordem pública. De tal experimento resulta um modelo arquitetônico do Estado de bem-estar social, apresentado como uma teoria da justiça desvinculada de concepções políticas particulares. Como

Kant, Rawls nega que o ser humano possa ser considerado meio para qualquer fim, ideia usada para combater teorias políticas que põem em risco o bem-estar dos cidadãos menos favorecidos em nome de um objetivo maior. Uma estrutura política estável, para ele, precisa de garantir a concepção mais abrangente possível de direitos básicos para todos os cidadãos, e só a partir disso pode estabelecer outros fins. A dignidade, para Rawls, antecede a finalidade, e sua ocupação principal foi descrever e fundamentar um sistema político que desse prioridade à igualdade entre os cidadãos.

O que pareceu, à época da publicação de “Uma teoria da justiça”, de 1971, é que o Estado de bem-estar social de inspiração kantiana seria resultado necessário da ponderação racional neutra, o que confirmaria que os valores básicos das democracias ocidentais são derivados diretamente da razão. Se assim fosse, seria um forte argumento a favor das liberdades políticas e dos direitos fundamentais. A esperança de uma teoria política racional eficiente e neutra, no entanto,

---

<sup>13</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

não se confirmou. A razão para isso é evidente: mesmo elaborando seu sistema como uma ponderação em várias fases, em que se iriam revelando as informações sobre a sociedade ao mesmo tempo em que se definiriam a prioridade dos direitos ("véu da ignorância"), o resultado depende decisivamente das concepções iniciais. Em outras palavras, o resultado de bem-estar social da teoria de Rawls depende de pressupostos que não são fruto da pura razão; sua concepção de direitos básicos é histórica e contingente como qualquer outra.

O autor nunca defendeu que sua teoria da justiça fosse uma ponderação racional a-histórica (embora, de fato, tenha sugerido isso ao associar sua teoria à gramática gerativa de Noam Chomsky<sup>14</sup>). Para desfazer o mal entendido de que sua proposta seria fruto de uma racionalidade neutra, o autor explica em textos posteriores que suas concepções fundamentais são, de certa forma, arbitrárias. O desaparecimento gradual do véu da

ignorância, de fato, expressaria suas preferências por uma concepção da pessoa que é ocidental e iluminista; não há nada de puramente racional em seu método. Nascido e criado numa democracia ocidental, o autor deixa mais claro em seus escritos posteriores<sup>15</sup> que uma concepção histórica está presente em sua teoria, e dela dependem os resultados a que chega.

Isso poderia significar uma fraqueza da teoria, mas não é o caso. Ao deixar evidente sua concepção de pessoa inspirada em Kant, bem como sua aceitação incondicional dos valores ocidentais de tolerância, o autor dá mais coerência a seu projeto. O título de sua obra maior, que sugeriria a a-historicidade, é "Uma teoria da justiça"; o artigo indefinido não aparece por acaso, e já mostra o reconhecimento de que a sua é uma entre várias teorias, e se encontra no mesmo nível ontológico de suas adversárias. Entre as ex-

---

<sup>14</sup> Mikhail

---

<sup>15</sup> RAWLS, John. "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 3, p. 223-251, Princeton: 1985.

plicações disponíveis, o autor certamente preferia a sua, mas deixou claro o caráter experimental de suas concepções. Numerosos aspectos da tese são meramente circunstanciais, pois a força dela, para o autor, reside na explicitação do senso comum, ou seja, no ato de trazer para o discurso teórico e político as concepções sociais profundas. Ela é pragmática, num sentido muito próximo do pós-moderno, uma vez que procura ser útil sem um lugar ontológico privilegiado.

Num artigo de 1987, de nome “The idea of an overlapping consensus”<sup>16</sup> [A ideia de um consenso coincidente], são apresentadas importantes noções para um entendimento político, mas não metafísico dos direitos básicos da sociedade. O conceito que recebe o nome do artigo possui um caráter circunstancial e precário. Esse caráter, que poderia ser visto como uma falha, demonstra um tempe-

ramento teórico menos exigente, capaz de evitar as encruzilhadas da adoção do modelo hierárquico de justificação numa sociedade fluida.

A ideia de um consenso coincidente dá testemunho do caráter pragmático, presente timidamente desde o início da obra de Rawls. Tal ideia tenta solucionar o problema de justificar valores como tolerância, liberdade de crença e liberdade de expressão, que são direitos humanos. Esses valores estão no núcleo da ordem social democrática, mas não se justificam sozinhos. Não é possível racionalmente fundamentar, numa ordem de valores ontologicamente superior, a tolerância para um indivíduo intolerante; é simplesmente incomensurável. Numa perspectiva mais política do mesmo problema, nenhum Estado é obrigado a aceitar os direitos humanos se os considera incompatíveis com sua cultura, ainda mais se neles identificar traços de imposição ideológica.<sup>17</sup> Valores como a tolerância

---

<sup>16</sup> RAWLS, John. “The idea of an overlapping consensus”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 1, p. 1-25. Oxford: 1987.

---

<sup>17</sup> ADEODATO, João Maurício. “Tolerância e dignidade da pessoa humana no positivismo ético”. *Revis-*

mostram que alguns direitos simplesmente são, e que a referência a uma fundamentação hierárquica não cabe para eles. Sua adoção é uma escolha livre.

A proposta de Rawls à impossibilidade de justificar metafisicamente práticas como a tolerância é, à primeira vista, cínica: o pluralismo é um fato, e deve-se conviver com ele ou viver fora da sociedade. Os críticos estariam certos ao afirmar que não há argumento racional que supere as barreiras culturais. Porém, para Rawls, os valores de tolerância não são resultado de argumentação racional, mas de uma feliz coincidência: os direitos básicos são o denominador comum das concepções particulares e, quando consagrados na esfera pública, permitem a convivência entre diferentes visões de mundo, mesmo em sociedades complexas. Como o livre arbítrio para Kant, os valores de tolerância para Rawls são um fato da razão, um pressuposto teórico resultante da necessidade de convi-

vência e do reconhecimento histórico e progressivo da autonomia da vontade.

A intolerância só se justifica contra os que não se ajustam às regras de convivência. Ao concordar com isso, como em muitos outros pontos de sua obra, Rawls simplesmente aceita um valor encontrado no contexto político em que vive. Destaca-se a despreocupação com as condições de possibilidade de tal consenso; o fundamento do consenso coincidente é a fé democrática. Essa atitude em relação à justificação dos valores morais destoa da luta da filosofia do direito contra o relativismo, descrita na seção anterior, pois sua única base é a crença condicionada por fatores culturais. Rawls não busca convencer o leitor; o máximo que ele pode almejar é a simpatia do leitor em relação a sua descrição da fé democrática.

O consenso coincidente é uma hipótese ad hoc.<sup>18</sup> Nada

---

*ta do Mestrado em Direito*, ano 8, n. 2, p. 213-228, Osasco: 2008.

---

<sup>18</sup> Refiro-me à expressão utilizada por Karl Popper ao se referir aos adendos à hipóteses fracassadas cuja única função não é explicar o fenômeno, mas salvar uma teoria superada. Superadas as concepções metafí-

garante que a interseção de interesses, na esfera pública, gerará um conjunto de valores que permita a convivência entre as diferentes formas de ver o mundo. Duas culturas fundamentalistas antagônicas dificilmente encontrarão um denominador comum consistente a ponto de permitir a convivência pacífica. Valores como a tolerância religiosa e a presunção de inocência, bem como as liberdades políticas, são fruto de um aprendizado histórico, contingente; diferentes culturas geram diferentes concepções.

A hipótese do consenso coincidente é simplesmente lançada pelo autor para explicar como alguns direitos podem estar no centro da ordem social, porém, a coincidência não é mais resultado de um procedimento racional ideal, mas apenas uma contingência histórica feliz. Sua função teórica é fechar a explicação com a vantagem de não reque-

---

sicas de sua versão inicial da teoria da justiça, o consenso coincidente é pressuposto, aparentemente, para salvar o seu modelo teórico liberal. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1998.

rer a carga argumentativa metafísica na justificação dos direitos básicos.

Essa natureza contingente e falível do consenso coincidente é menos do que se pode esperar de uma teoria da justiça, mas se alinha a uma concepção menos exigente da justificação externa dos direitos humanos. Ao ficar no mesmo nível ontológico dos pressupostos e preconceitos do senso comum, o contingente consenso coincidente mostra uma alternativa interessante à fundamentação racional e metafísica dos valores jurídicos. Como bom cientista social, Rawls evita discussões filosóficas que não contribuem para a descrição do fenômeno observado.<sup>19</sup> Essa é uma atitude muito semelhante à que, em outro contexto teórico, Hans Kelsen<sup>20</sup> teve ao enunciar a norma fundamental

---

<sup>19</sup> DREBEN, Burton. "On Rawls and Political Liberalism". In: FREEMAN, Samuel (org.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

como pressuposto de normatividade. Enunciada como fato da razão, a norma fundamental evita discussões inócuas. Ela também pode ser vista como uma hipótese ad hoc, porém, isso é uma virtude teórica, já que ressalta o caráter pragmático e instrumental das concepções ideais, livrando a teoria que o adota das críticas recorrentes contra a metafísica<sup>21</sup>.

## CONCLUSÃO

O direito é um fenômeno fascinante. Visto de dentro, ele é um encadeamento lógico de argumentos constituídos sobre uma base sólida. Visto de fora, os rituais de domínio compõem uma coreografia complexa, articulada convenção construída durante milênios e reforçada pelas instituições remanescentes. Os rituais do direito não diferem muito de certos rituais religiosos, na medida em que desenvolvem

uma técnica de extração de significado do texto virtuoso, técnica esta conduzida por agentes autorizados.<sup>22</sup>

Ao investigar, a partir de fora, os fundamentos dessa ritualística, o jurista se surpreende: à procura da confirmação das bases sólidas do direito, termina descobrindo que suas concepções estão soltas no ar, e que pouco ele pode fazer para alterar esse quadro. Com medo do relativismo e envergonhado de voltar à metafísica, o agora jusfilósofo elabora doutrinas complexas, anacrônicas, que distraem a mente enquanto problemas fundamentais permanecem sem solução. Outros seguem um caminho distinto e, ao declarar que tudo não passa de um grande teatro e que a racionalidade dos valores não é mais que ilusão, desistem de compreender e caem no ceticismo.

São tortuosos os caminhos da filosofia, especialmente para o jurista acostumado a

---

<sup>21</sup> Escapar às acusações de metafísica parece também o objetivo de Max Weber com os tipos ideais. A metafísica pode até estar presente, mas é estrategicamente secularizada.

---

<sup>22</sup> SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à Metodologia: Secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

outro tipo de problema. Uma coisa é justificar uma decisão jurídica segundo as regras procedimentais dadas pelo próprio sistema. Outra coisa, bem distinta, é justificar uma concepção de justiça que se alinhe a um complexo sistema de valores como os direitos humanos. A forma da primeira, interna, não se aplica à segunda, externa. A prevalência da visão interna do direito, ao buscar justificativas metódicas e hierárquicas para problemas gerais, prejudica o tratamento de questões que se situam entre o político e o jurídico, como o papel dos tribunais superiores ou a validade de normas supranacionais.

Nesse sentido, o consenso coincidente é uma descrição mais suave e adequada da validade dos direitos humanos, justamente por não se preocupar com suas condições racionais de possibilidade. Adotar uma teoria pela adequação descritiva é pouco pretensioso, talvez demasiadamente pragmático. Porém, se uma teoria dá uma descrição adequada das ponderações que o senso comum realiza, já está em melhor situação do

que uma fundamentação teórica de difícil compreensão. Quando Rawls declara, na transição para seus últimos escritos, que suas concepções são políticas, e não metafísicas, ele sugere que a política não é metafísica. Isso não é uma conclusão óbvia. Quanto mais próxima do senso comum, mais próxima da política real estará uma teoria da justiça. A construção histórica dos direitos humanos recebe estímulo de reflexões profundas, mas sua realização maior é no dia-a-dia das sociedades.

Assim, a discussão os complexos problemas contemporâneos dos direitos humanos passa pela simplificação das discussões. Mesmo que apresente desvantagens teóricas em relação a teorias mais robustas, uma abordagem dos direitos humanos próxima do senso comum é socialmente mais vantajosa do que uma teoria complexa e restrita a especialistas. Quando estão em jogo valores sociais, a abertura do diálogo não é apenas preferível; é fundamental.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. “Tolerância e dignidade da pessoa humana no positivismo ético”. *Revista do Mestrado em Direito*, ano 8, n. 2, p. 213-228, Osasco: 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- DESCARTES, *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DREBEN, Burton. “On Rawls and Political Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (org.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevância” In: *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá: Legis, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1998.
- RAWLS, John. “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 3, p. 223-251, Princeton: 1985.
- \_\_\_\_\_. “The idea of an overlapping consensus”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 1, p. 1-25. Oxford: 1987.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à Metodologia: Secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig.  
“Investigações Filosóficas” In:  
*Os Pensadores: Wittgenstein*. São  
Paulo: Abril Cultural, 1979.