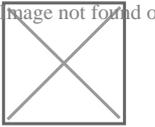




Direito Comparado: “Consensos sobrepostos” e decisões judiciais

Um curioso, sem qualquer formação jurídica e sem utilizar métodos estatísticos, encontraria interessantes resultados se pesquisasse algumas expressões na base de dados do Supremo Tribunal Federal, ao exemplo de “dignidade humana” (ou variantes como “dignidade da pessoa humana” e “dignidade do homem”), “interesse público”, “interesse social”, “democracia” e “função social”.



Os resultados dessa investigação seriam bem peculiares: a) dignidade humana (e variantes): 208 acórdãos e 1.595 decisões monocráticas; b) interesse público: 439 acórdãos e 2.512 decisões monocráticas; c) interesse social: 399 acórdãos e 1.209 decisões monocráticas; d) democracia: 194 acórdãos e 339 decisões monocráticas; e) função social: 111 acórdãos e 833 decisões monocráticas.^[1]

Reitere-se: esse é um levantamento destituído de parâmetros estatísticos e ainda padece com o fato de que a base do STF não é universal, porque não registra todos os atos decisórios publicados no Diário da Justiça. Esse, porém, não é um fator que invalide os resultados. Se a pesquisa fosse levada a efeito em outros tribunais e com uso de ferramentas estatísticas ótimas, é bem razoável que se atingisse idênticos patamares. Veja-se, por exemplo, a expressão “dignidade da pessoa humana” na base do Superior Tribunal de Justiça, que tem o mérito de ser universal, por conter todos os julgados colegiados e singulares daquela Corte desde sua origem: há nada menos que 488 acórdãos e 7.721 decisões que se valem da dignidade humana, seja na indicação de fundamentos recursais, seja como *ratio decidendi*.^[2]

Mas, o que fazer com essa informação? O que me importa se os tribunais decidem com base na “dignidade humana” ou no “interesse social”? Por acaso há algum demérito em se argumentar com essas expressões, que se podem caracterizar como princípios, conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, conforme sua função?

Antes de responder diretamente a essas importantes provocações, é preciso desenvolver um interessante conceito, criado pelo filósofo norte-americano John Rawls (1921-2002), um dos mais influentes pensadores do século XX e que tentou formular “uma” teoria da Justiça.^[3] Refiro-me à categoria do “consenso sobreposto”, uma tradução de “*overlapping consensus*”, que ele expôs em algumas de suas principais obras.^[4]

Na parte 2, conferência 4, de seu livro *Political liberalism*, John Rawls expõe “a ideia de um consenso sobreposto”, que possuiria três características básicas:

1. O pluralismo é uma decorrência do liberalismo político. A existência de diversas posições políticas, religiosas, filosóficas ou ideológicas é algo inerente a um regime político liberal. No entanto, a busca por um consenso mínimo deve-se radicar em doutrinas abrangentes razoáveis, o que exclui orientações não razoáveis ou irracionais, absurdas ou agressivas. Esse consenso decorre do exercício da racionalidade humana em condições de liberdade, no qual a troca de ideias e a exposição de doutrinas antagônicas se operam em elevados níveis de persuasão e de alteridade.

2. No cenário de uma democracia constitucional, a Justiça (entendida como equidade) deve ser pautada



por sua autonomia em relação à influência de doutrinas religiosas, filosóficas ou morais de caráter abrangente.

3. Os consensos sobrepostos baseiam-se na ideia de estabilidade. O eventual acomodação de forças políticas ou sociais não implica necessariamente a supremacia das visões morais de um grupo em relação ao outro, a ponto de suprimir totalmente as vozes divergentes.

Ainda que a formulação dos itens 1, 2 e 3 seja extremamente simples e não chegue às fímbrias e às sutilezas (muito importantes) do pensamento de Rawls, ela serve, para os fins deste texto, ao propósito de explicar a importância que o consenso sobreposto representa para uma sociedade democrática e pluralista.

Menos que um meio permissivo do convívio tolerado entre grupos antagônicos, o que seria um simples *modus vivendi* (um acordo temporário entre grupos, que impediria um conflito), o consenso sobreposto é um mecanismo de justificação das instituições políticas e jurídicas, fazendo com que a sociedade adote uma pauta mínima de valores, cuja adesão seja a mais ampla entre seus diversos segmentos, independentemente do credo religioso, da orientação político-ideológica ou da filosofia de seus integrantes.

A existência de um consenso sobreposto é sinal de pluralismo e democracia, bem assim de valores liberais (o que não pode ser confundido com o sentido do liberalismo econômico). Nessa chave, o liberalismo, podem-se conter o *left-liberal* (o liberal de esquerda, que, nos países de tradição europeia, equivale ao socialdemocrata e ao socialista) e o *conservative-liberal* (o conservador com valores democráticos).

Na atual guerra civil da Síria, pôs-se em causa a ascendência (ou mesmo a supremacia) de um grupo étnico-religioso sobre as instituições jurídico-político-militares daquele Estado. A inexistência de um consenso sobreposto é impeditiva da acomodação das forças sociais. De um lado, há o desejo de supremacia dos grupos majoritários sobre os atuais titulares do poder estatal, cujo desdobramento, por experiência histórica, será a aniquilação dos setores derrotados. De outro, os atuais governantes lutam para manter o *status quo*, porque não acreditam na formação de um *overlapping consensus*, até em razão da lembrança perpétua de seus crimes passados.

No Líbano, havia um *consenso sobreposto* até a instauração da Guerra Civil em 1975. Ele era bastante precário, mas encontrava sua formalização na Constituição de 1926 e, posteriormente, no “Pacto Nacional” de 1943, que dividia o poder entre cristãos maronitas (presidência da República e comando supremo das Forças Armadas), muçulmanos sunitas (chefia do Governo) e muçulmanos xiitas (chefia da Assembleia Nacional). Desde o fim da guerra, em 1990, houve uma acomodação das forças étnico-religiosas e se iniciou um delicado equilíbrio, que ainda não foi comprovado como estável, embora o país tenha buscado restaurar o consenso sobreposto pré-1975.

No Brasil, a redemocratização iniciada em 1985 é um exemplo de reconstrução do consenso sobreposto na sociedade brasileira. Como resultado disso houve uma acomodação de forças políticas, com base em caracteres ideológicos. E, por outro lado, o deslocamento das funções de arbitragem das “grandes controvérsias” sociais (e políticas) das Forças Armadas para o Poder Judiciário. Sendo que,



originalmente, ocupavam esse papel o imperador e o Conselho de Estado. Algo bem semelhante deu-se na Alemanha com a transmissão dessa prerrogativa do *Kaiser* para o *Reichspräsident* (e o *Führer*, na ditadura hitlerista) e, após 1950, para o Tribunal Constitucional.

Evidentemente que esse não é um itinerário que se defina de maneira progressiva (houve retrocessos e interrupções), muito menos total. Durante os anos 1980, sempre houve a silenciosa presença das Forças Armadas, que eram permanentes candidatas a exercer uma função moderadora nas crises internas. O grande mérito da administração José Sarney, duramente criticado por uma historiografia aligeirada em suas conclusões e pouco profunda em suas investigações, foi ter conservado no poder civil — mesmo nos piores momentos — a última palavra sobre a moderação dos conflitos nacionais. E, mesmo durante o regime de exceção, o Supremo Tribunal Federal assumiu algumas prerrogativas de arbitragem institucional, traduzindo em suas decisões certo tipo de consenso, o qual, seguindo-se a categoria de Rawls, jamais poderia ser equiparado ao consenso sobreposto, por lhe faltar o elemento essencial do pluralismo e da democracia.

Bem, é preciso retornar ao problema central desta coluna: mas por que razão há tanta recorrência a conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, como a dignidade humana ou o interesse social, na jurisprudência?

A presença desses “elementos argumentativos” deve-se a uma necessidade de partir do consenso sobreposto para justificar (e tornar legítimas) as decisões que neles se fundam.

De modo direto e objetivo: quem teria coragem de ser contra a dignidade humana ou de afirmar sua desnecessidade para fundamentar uma decisão? Alguém é contra a democracia? O Estado Democrático de Direito não deve ser usado em uma *ratio decidendi*?

Em sociedades que saíram de longos períodos ditatoriais, como a brasileira ou a argentina, ou que vivenciaram guerras totais, como o Japão e a Alemanha, é perfeitamente compreensível que as Cortes judiciárias tomem para si uma importante parcela da atribuição de formar e dar substância aos consensos sobrepostos. A desarticulação das forças políticas, a inexperiência com os rituais democráticos e tantos problemas acarretados por governos de exceção terminam por impor ao Judiciário essa função de traduzir em linguagem jurídica os valores desse novo tempo. A razão é simples: o Judiciário é uma estrutura integrada por técnicos experimentados e que possui maior abertura ao pluralismo decorrente do contraditório. A racionalidade do consenso mínimo é, em larga medida, facilmente transposta pela comunidade jurídica para as leis, as sentenças e os escritos doutrinários.

Admitido esse efeito das transições político-institucionais, é também necessário conceder que, com o passar do tempo, os três elementos constitutivos do *consenso* sobreposto (o pluralismo de doutrinas e ideologias racionais e razoáveis; a independência da Justiça em face de condicionamentos filosóficos, teológicos ou ideológicos; a estabilidade) evidenciam-se de maneira profunda.



O recurso a conceitos e cláusulas que reforçam a existência desse *consenso* sobreposto deve-se tornar, cada vez mais, estrito e reservado aos casos indispensáveis. Em conflitos severos, nos quais o equilíbrio entre as forças da sociedade haja sido posto em causa, o apelo aos consensos sobrepostos é legítimo e útil. Fora dessas hipóteses, poder-se-á incorrer em quatro séries distintas de efeitos:

a) A vulgarização e a banalização daqueles conceitos/cláusulas, a ponto de, por significarem tudo, passarem a nada significar.

b) A apropriação desses conceitos/cláusulas por segmentos (grupos ou parcelas) da sociedade, de tal maneira que eles deixam de servir como expressões ou meios de irradiação dos consensos sobrepostos. Com isso, aqueles se tornam instrumentos parciais, servientes não à construção do pluralismo-justiça-estabilidade (*ratio essendi* do consenso sobreposto), mas da supremacia de certas doutrinas ou filosofias em detrimento do equilíbrio racional. Eles se converterão em um cavalo de tróia, que permitirá a tomada da cidadela pelos invasores, ainda que sob a aparência de um presente argumentativo.

c) A assunção pelo Judiciário de toda sorte de conflitos sociais, cuja recepção primária deve-se dar por meios políticos. Haveria como que uma gradação dos conflitos, o que exigiria a seleção prévia pelas instâncias cuja legitimidade popular é imediata e que podem arcar com os custos políticos (e argumentativos) de suas escolhas, por meio da renovação de mandatos populares. É interessante que essa perspectiva une tanto teóricos marxistas (e neomarxistas), quanto juristas defensores do *judicial self-restraint*.

d) O enfraquecimento da dignidade da legislação, que é desconsiderada em nome dos *consensos sobrepostos*, sem grandes custos argumentativos e com elevadíssima dose de arbitrariedade. Nesse ponto, mais até que os magistrados, a responsabilidade é fortemente imputável à universidade. Sim, os acadêmicos (e neles me incluo) tememos ser confundidos com censores do *consenso sobreposto* e deixamos de lado a indispensável apreciação crítica dos abusos que se cometem em nome do consenso sobreposto.^[5]

Não se devem tomar as apreciações aqui feitas sob a nota do alarmismo ou como a expressão de uma opinião pouco favorável ao desenvolvimento jurisprudencial brasileiro, que tem dado respostas muito adequadas a diversos problemas nacionais, muitos deles não resolvidos pelas instâncias políticas, em face até do comodismo de terceirizar o desgaste para o Poder Judiciário. Apoiar teses polêmicas é, muita vez, perder eleições.

Em síntese, a crítica aqui apresentada é de natureza metodológica e mira o futuro. A perda de referenciais, o barateamento e a apropriação dos elementos que sustentam os consensos sobrepostos não interessam aos democratas, muito menos aos pluralistas. Mas, a quem isso interessaria?^[6]

^[1] Nesse cálculo, não se levaram em conta as súmulas, as súmulas vinculantes, as questões de ordem e as decisões em repercussão geral. A pesquisa compreende acórdãos e decisões publicados até 24-9-2012.

^[2] Não foram consideradas as súmulas nesse cálculo. A pesquisa compreende atos decisórios



publicados até 24-9-2012.

[3] Para um contato, ao mesmo tempo profundo e de leitura muito agradável, com a filosofia jurídica norte-americana e, por consequência, para se compreender o contexto no qual se insere John Rawls, sugere-se a consulta a: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes . A filosofia jurídica dos EUA a partir do formalismo. Revista Consultor Jurídico, 7 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-07/marcos-teoricos-filosofia-juridica-eua-partir-formalismo>. Acesso em 02-3-2012.

[4] Essa categoria está bem detalhada nas seguintes obras de John Rawls: **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996; **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2000; **Justice as Fairness: A Restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

[5] Como honrosas e (corajosas) exceções, podem-se citar os trabalhos de José Oliveira Ascensão (Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia. Disponível em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em 24-9-2012); Antonio Junqueira de Azevedo (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/53/09-junqueira.pdf>. Acesso em 24-9-2012), João Baptista Villela (Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. Superior Tribunal de Justiça: Doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, p. 559-581, 2009) e Lenio Luiz Streck (juntamente com Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira, em Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um 'terceiro turno da constituinte'. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 1(2):75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>. Acesso em 24-9-2012). Na jurisprudência do STF, o ministro Dias Toffoli tem defendido a contenção no uso dos conceitos/cláusulas que dão forma a certos consensos sobrepostos: STF. RE 363889, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 2/6/2011, DJe-238 16-12-2011 e Voto proferido no STF. RE 630147, Relator Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29-9-2010, DJe-230 5-12-2011.

Date Created

26/09/2012