

CUIUS REGNUM EIUS IUDICIUM: EMANCIPANDO O DISCURSO JURÍDICO PRIVADO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

CUIUS REGNUM EIUS IUDICIUM: EMANCIPATING PRIVATE LEGAL DISCOURSE FROM HUMAN RIGHTS

CHRIS THOMALE

Assistente e Conselheiro Acadêmico da Cátedra de Direito Comparado, Econômico e Internacional Privado na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Doutor em Direito Privado – Freie Universität Berlin. LL.M. Yale Law School. Pesquisador visitante na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, a convite da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. thomale@ipr.uni-heidelberg.de

TRADUÇÃO POR PATRÍCIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA

Doutoranda em Direito Civil e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). patricia.calfer@gmail.com

Recebido em: 02.03.2017
Aprovado em: 19.04.2017

ÁREAS DO DIREITO: Direitos Humanos; Civil

RESUMO: Os direitos humanos caracterizam-se por sua excessiva indeterminação ou, em outras palavras, generalidade, vagueza e contestabilidade, o que os tornam pouco úteis ao direito privado. Este estudo analisa a dificuldade procedimental de reconciliar os inúmeros e inevitáveis reclamos e opiniões havidos na interpretação dos direitos humanos no âmbito do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado – Direitos Humanos – Indeterminação no Direito – Relação entre Direito Privado e Direitos Humanos.

ABSTRACT: Human rights' main shortcoming can be identified with their excessive indeterminacy, in other words, generality, vagueness and contestability, which makes them unuseful for private legal purposes. This study aims to investigate the procedural difficulty of reconciling the unavoidable manifold of divergent claims and opinions on the interpretation of human rights in private law.

KEYWORDS: Private Law – Human Rights – Indeterminacy inside the Law – Relationship between Private Law and Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O desafio substantivo: generalidade, vagueza e contestabilidade. 2.1. Generalidade. 2.2. Vagueza. 2.3. Contestabilidade. 2.4. Reações autoimunes contra a indeterminação no direito. 3. O desafio processual: de quem é a decisão?. 3.1. A interferência na hierarquia institucional. 3.2. A multiplicidade de decisões equivocadas em torno da eficácia horizontal dos direitos humanos. 3.3. A trama dos direitos humanos e do direito privado nas cortes especializadas em direitos humanos. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Um¹ dos campos mais estudados da Filosofia é a epistemologia. Ao focar-se na episteme (ἐπιστήμη) – a faculdade humana do conhecimento sobre algo –, a epistemologia ocupa-se, entre outras coisas, de aproximar as posições de “ser” e “saber”. A epistemologia deve fornecer, portanto, uma teoria de conhecimento que aborde as condições pelas quais uma proposição pode ser considerada uma verdade conhecida, ou seja, corresponda à realidade por força do conhecimento em oposição à mera crença ou suposição. Existe, assim, uma relação dialética estreitamente ligada à epistemologia e à ontologia, a saber, a teoria da existência, também chamada metafísica. Por um lado, todo conhecimento ontológico pressupõe uma explicação epistemológica sobre o que, primeiramente, constitui o conhecimento. Por outro, a epistemologia opera por si mesma com conceitos metafísicos, em especial o conceito de “verdade”, como também de “razão humana” e de “entendimento humano”. Esse nexos, todavia, não obsta a natureza diversa e independente da investigação epistemológica em oposição à investigação ontológica. A estrutura interna da existência *per se* e o conhecimento humano sobre referida existência são corpos teóricos distintos.

Juristas e, portanto, filósofos práticos (para usar um termo kantiano), não estão interessados em simples fatos nem na relação causal entre eles. Como salienta *David Hume*², retomado por *Hans Kelsen*³, o objeto do pensamento legal e ético não se encerra precisamente em “ser” e “não ser”. De certo modo, os termos “deveria” e “não deveria” são vistos como uma atribuição. Isso vale para os positivistas, cujo *Leitmotiv* da rigorosa obediência à lei se baseia na suposição implícita de que alguém *deveria* fazer exatamente o que a lei determina.⁴ Lei e ética podem ser, con-

1. O teor deste artigo foi apresentado, sob a forma de palestra na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, em 5 setembro de 2016, a convite da Associação Baiana de Defesa do Consumidor, da Faculdade de Direito da UFBA e da Rede de Direito Civil Contemporâneo. A revisão deste artigo fez-se com a colaboração de Ann-Cathrin Maier (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).
2. HUME, David. *The philosophical works of David Hume. Treatise of Human nature. Book III. Part I, 1826. v. II. p. 236*: “Em todos os sistemas de moralidade que conheci até agora, sempre observei que o autor prossegue por algum tempo no modo comum de raciocinar (...); quando, de repente, surpreendo-me ao descobrir que, além das interações costumeiras de proposições, “é” e “não é”, não encontro nenhuma proposição que não esteja relacionada com um “deve” ou um “não deve”. Essa mudança é imperceptível; mas é a derradeira consequência. Como “deve” ou “não deve” expressam uma nova relação ou afirmação, esta necessariamente deve ser observada e explicada; e, ao mesmo tempo, deve ser oferecida uma razão para aquilo que parecia totalmente inconcebível, afinal esta nova relação pode ser deduzida de outros fatores, que são totalmente diferentes entre si” (Grifos nos original).
3. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage 1934, 20 ff.
4. Sobre equívocos na doutrina em relação à Kelsen no tratamento das questões axiológicas, compare-se com o texto de RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz em: *O Direito 143*,

tudo, criações distintas das entidades e dos fatos usuais. Certamente, elas empregam regras de lógica formal completamente diferentes, usando operadores como “pode”, “tem de” e “deve” ao criar reações lógicas entre “direitos” e “deveres”, “privilégios” e “nenhum direito”, “poderes” e “responsabilidades”, “imunidades” e “deficiências”⁵, recorrendo amiúde a elementos do discurso performativo⁶. É por essa razão que o conceito de *deontologia* foi criado, denotando uma teoria fiel às normas (δέον) ao se mostrar um dever ou obrigação legítima (termos estes utilizados, aqui, em sentido amplo⁷). Até o momento, há duas importantes diferenciações inevitáveis para a metafísica: a busca ontológica sobre a existência é (i) distinta e independente da teoria epistemológica do conhecimento humano e (ii) distinta e independente do sujeito deontológico que acata as normas. Na referência a estas duas últimas diferenciações, porém, o conhecimento sobre a obediência às normas, curiosamente, nunca foi esclarecido. Certo é que temas importantes sobre a disciplina da deonepistemologia⁸ tinham sido propostos anteriormente, como no projeto inacabado de “Crítica de Razão Prática”⁹, de *Immanuel Kant*, ou no ceticismo das regras, formulado por *Ludwig Wittgenstein* e *Saul Kripke*¹⁰. Esses temas, entretanto, não foram reconhecidos como campos científicos. Como novidade metodológica,

2011. p. 43-46, com mais referências ao “renascimento” dos estudos kelsenianos em língua portuguesa.

5. Ver: HOHFELD. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial. In: *Fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning and other legal essays*, 1919, 23, 35 seqq.
6. Para uma abordagem jurídica teórica, com ênfase na vertente linguística, ver: MÜLLER-MALL, *Performative Rechtserzeugung*, 2012.
7. Termo originalmente cunhado por Jeremy Bentham, embora apenas no campo da moral. Cf. BENTHAM. In: BOWRING (Ed.). *Deontology or The Science of Morality*. Manuscripts from Jeremy Bentham, 1834. v. 1. p. 21 seqq. Hoje, existe também um sentido mais restrito de deontologia, que significa *Gesinnungsethik*, uma classe específica de teorias éticas voltadas para a motivação em oposição às consequências da ação. De forma ainda mais específica, os defensores tendem a usar a “deontologia” em suas regras de boa conduta profissional, tais como o bem do cliente, o conflito de interesses etc. Por enquanto, tal como um kantiano, tenho muita simpatia pela *Gesinnungsethik*, mas tanto esta quanto o sentido técnico de seu conceito são muito limitados ao visio deste nosso contexto. Em outras palavras, não só a deontologia em sentido estrito, mas também as teorias éticas do consequencialismo ou de contornos pragmáticos, bem como as regras para além dos estatutos das ordens de advogados se enquadram na categoria de deontologia em sentido geral, tal como usado no texto.
8. Neologismo criado pelo autor. A expressão descreve a epistemologia das normas, ou seja um ponto de vista científico, que trata da cognição humana sobre o conteúdo das normas.
9. KANT. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Edition AA IV (Berlin 1903), 391.
10. WITTGENSTEIN. *Philosophische Untersuchungen*, 1953, § 202; Kripke, Wittgenstein on Rules and private language, 1982.

THOMALE, Chris. Tradução por PATRÍCIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA.

Cuius Regnum eius Iudicium: emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 391-418. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

é possível conduzir, doravante, uma investigação deonepistemológica dos direitos humanos, a fim de entender o significado da compreensão desses direitos e, principalmente, seu exato conteúdo em casos concretos.

Na América Latina, sobretudo no discurso jurídico brasileiro,¹¹ nota-se, como mero espectador, uma demasiada fixação com o emprego de referências ao direito constitucional e aos direitos humanos em áreas nas quais um jusromanista lidaria facilmente com simples termos do *ius civile*: consumidores, trabalhadores, pessoas com deficiência física ou mental, mulheres, crianças e pobres, entre outros, são vistos sob o prisma do elemento-chave de uma desvantagem estrutural comum entre eles.¹² Claudia Lima Marques descreveu esse elo comum como *vulnerabilidade*.¹³ A solução moderna para tal vulnerabilidade é denominada direito subjetivo ou direito adquirido. A lei outorga direitos aos mais fracos para compensar a situação daqueles que, em hipotético estado de natureza (*Naturzustand*), estariam em desvantagem, mas que, sob a proteção legal, se nivelariam com os mais fortes.¹⁴ Vale destacar como o caráter comutativo¹⁵ e o distributivo de justiça vincula uns e outros. A redistribuição do poder é utilizada para alcançar um grau de igualdade que eventualmente permite uma verdadeira liberdade contratual, proporcionando a base procedimental da justiça comutativa, isto é, o princípio corretivo (*Διορθωτικόν*) em um contrato sinalagmático (*Συναλλάγμα*).¹⁶ Essa confluência entre justiça comutativa e distributiva pode não ser bem vista pelos formalistas, os quais, em benefício da coerência, estão dispostos a reduzir o direito privado à justiça comutativa e relegar a justiça distributiva ao uso exclusivo do direito público¹⁷.

11. Ao mesmo tempo, é criticada a permanente busca por um fator de correção externo para o Direito no Brasil por RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz em: *O Direito* 143, 2011. p. 43-57.
12. Para uma descrição sobre esse aspecto do Direito Civil brasileiro, compare-se com: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz em: *O Direito* 143, 2011. p. 43-48.
13. MARQUES, Lima; e MIRAGEM. *Autonomia dos vulneráveis no Direito Privado Brasileiro em diálogo entre Direito Brasileiro e Alemão*. 2016. t. II. p. 7 seqq.
14. Há o risco de um uso hiperbólico da dignidade humana como argumento para fundamentar essa compensação, conforme salienta RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz em: *O Direito* 143, 2011. p. 43-63.
15. Terminologia sinônima utiliza “justiça corretiva”, ver, por exemplo: WEINRIB, *The Idea of Private Law*, 2012. Alega-se, porém, que esta *iustitia correctiva* denota apenas uma parte da justiça comutativa num sentido aristotélico lato, ou seja, a reparação do dano sofrido, assim como tipicamente buscado pelo direito criminal. Isso deixa de fora a similar (e ainda discreta) justiça contratual de promessa e consideração.
16. ARISTOTELES. *Nicomachian Ethics*, 1131a. Sobre a natureza processual da justiça comutativa no direito contratual, ver: CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, 45 ff.
17. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4. Auflage 1950, 126. Ver ainda: WEINRIB, *The Idea of Private Law*, 2012, 73 seqq., 205 seqq., que restringe a justiça comutativa à justiça correctiva

THOMALE, Chris. Tradução por PATRÍCIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA.

Cuius Regnum eius Iudicium: emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 391-418. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

Mas dificilmente se pode negar que o direito dos contratos cumpra sua função social e esteja orientado, portanto, a certas distribuições sociais ou, ao menos, a um mecanismo de redistribuição social baseado no consentimento.¹⁸ O direito dos contratos é apenas uma das ferramentas dos legisladores e, comparativamente, não é, na maioria das vezes, invasiva ou dispendiosa.¹⁹ O mais importante é que os fenômenos da economia clássica – como a aversão ao risco, a informação assimétrica e suas implicações na teoria dos jogos, bem como na economia comportamental, incluindo a teoria dos prospectos (*prospect theory*) e outras formas de teorias da racionalidade limitada –, têm demonstrado que a justiça comutativa contratual adquire sentido jurídico somente com certos ajustes. Referidos ajustes estruturam-se de acordo com *standards* distributivos, entre os quais investigadores como Claudia Lima Marques apontam a proteção dos vulneráveis.²⁰ O paradigma desse *modus operandi* é o direito humano: começando pelo *habeas corpus* da Magna Carta Libertatum, de 1215, até o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Políticos e Sociais, de 1966, a ideia de direitos humanos teve origem na determinação de compensar a fragilidade do indivíduo diante do poder governamental. Essa justificativa persistiu mesmo com o surgimento da democracia: enquanto nas primeiras monarquias constitucionais os direitos humanos outorgavam proteção contra um governante, a democratização transformou este quadro em um esquema de proteção contra as maiorias formadas no povo (δημος). Parece natural para essa linha de pensamento recorrer aos direitos humanos nas relações privadas entre indivíduos. *Primeiro*, o atual líder (ηγεμών), onipotente e onipresente, que ameaça a liberdade individual pode estar tanto no governo quanto em entidades ou pessoas jurídicas privadas²¹, como as companhias²². Note-se, por exemplo, que o volume de negócios da Shell excede o produto interno bruto da Noruega. *Segundo*, na medida que as relações privadas são regidas por leis estatais, interpretadas por tribunais estatais e, na prática, literalmente aplicadas por autoridades públicas, parece obrigatória,

e, por conseguinte, centra-se, em grande parte, na legislação sobre ilícitos civis e, quanto às obrigações contratuais, na reparação de danos, 136 seqq.

18. WILHELMSSON, *European Law Journal* 10 (2004), 712, 717.

19. Cf. KRONMAN, *The Yale Law Journal* 89 (1979), 472, 474.

20. MARQUES, Lima; MIRAGEM. *Autonomia dos vulneráveis no Direito Privado Brasileiro em diálogo entre Direito Brasileiro e Alemão*. 2016. t. II. p. 7 seqq.

21. Muitas discussões poderiam ser travadas quanto à natureza da personalidade corporativa e se as sociedades empresárias têm ou deveriam ter direitos humanos ou estarem jungidas a eles. O problema reside no fato de que uma corporação é um híbrido, pois sua estrutura organizacional individual se assemelha ao Estado, enquanto sua atividade comercial (ou outra qualquer) não se distingue significativamente dos fins buscados pelos indivíduos.

22. Ver HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1994, 320.

aprioristicamente, a submissão de todas essas etapas do chamado “direito privado” às regras dos direitos humanos.

Então, como se explica a ausência (desde o direito romano até há pouco tempo) de direitos humanos no direito privado clássico? A doutrina moderna, ao introduzir os direitos humanos no discurso privatista, redimiu um vício ou aboliu uma virtude? Para discutir sobre o derradeiro ponto, é necessário se concentrar na deficiência deontepistemológica dos direitos humanos. Em suma, não obstante o fato de o raciocínio baseado em direitos humanos parecer atraente em virtude de sua hierarquia, ou seja, de sua supremacia e prevalência deontológica, essa colocação é, na realidade, pouco útil, porque carece de heurística *jurídica* sólida ou de metodologia para saber ou determinar o conteúdo específico dos direitos humanos. Ainda que essa crítica seja válida para qualquer recurso aos direitos humanos, usá-la no direito privado é uma atitude vazia e até mesmo nociva para o discurso privatista que esses direitos, potencialmente, querem suprimir e enfraquecer. Esta opinião é apoiada, *em primeiro lugar*, pela dimensão real dos direitos humanos. Nesse contexto, o principal defeito dos direitos humanos pode ser identificado por sua excessiva indeterminação ou, mais precisamente, sua generalidade, vagueza e contestabilidade,²³ que os tornam pouco úteis para fins de direito privado (II). Tal concepção cria, *em segundo lugar*, um cenário para a dificuldade procedimental de reconciliar os variados e inevitáveis reclamos e opiniões existentes na interpretação dos direitos humanos no âmbito do direito privado, mais até do que em qualquer outra relação interdisciplinar (III). Por fim, far-se-ão alguns comentários conclusivos na seção IV.

2. O DESAFIO SUBSTANTIVO: GENERALIDADE, VAGUEZA E CONTESTABILIDADE

As relações jurídicas privadas dependem da certeza. De fato, o elemento-chave da celebração de um contrato é que os contratantes desenvolvam a confiança por meio da assunção de mútua responsabilidade.²⁴ É por isso que as partes, racionalmente, costumam celebrar seus contratos por escrito ou por outro tipo de documento, ainda que não estejam obrigadas por lei, a menos que os custos da celebração sejam desproporcionais se comparados ao valor do contrato. As leis privadas, designadamente as obrigatórias ou concernentes ao inadimplemento contratual, refletem, em particular, essa especial necessidade de segurança jurídica por meio da especificidade, da clareza e da indiscutibilidade das normas e termos.

23. Sobre a diferença entre os três, ver abaixo e também: WALDRON, *California Law Review* 82 (1994), 509; POSCHER, Tiersma/Solan (Ed.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, 2012, 128, 130.

24. Esta confiança é, porém, fragilizada se a intervenção judicial nos contratos se tornar a regra, compare RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz em: *O Direito* 143, 2011. p. 43-56.

Mais precisamente, note-se que as leis gerais, ao terem de abarcar diversas questões de uma única vez, apresentam certas limitações, deixando muito para as partes decidirem e estipularem. Ademais, todos juristas são testemunhas de uma relação de cooperação entre os legisladores e os tribunais. Em dadas ocasiões, o legislador omite deliberadamente certas regras de direito privado ou as restringe a cláusulas gerais, a fim de que os tribunais terminem de moldá-las ao longo do tempo, o que não se circunscreve apenas ao direito privado. O mero fato de confiar em um ente que especifique uma norma originalmente criada por outro ente requer um necessário grau de cooperação legislativa. Para sermos mais claros, pode-se falar de uma *iurislação* cooperativa, para a qual o legislativo provê leis (*leges*) e a justiça utiliza *standards* de aplicação²⁵ somados à lei (*ius*). Tal estrutura básica é válida, pelo menos,²⁶ para o direito privado e para os direitos humanos. Há, todavia, uma peculiaridade quanto aos direitos humanos que os distinguem do direito privado e também de qualquer lei em geral. Essa tríplice diferenciação é uma mera questão de grau, porém muito importante.

2.1. Generalidade

Os direitos humanos demonstram, *em primeiro lugar*, um grau não usual de generalidade. Isso significa que sua formulação costuma ser tipicamente extremamente ampla, já que procura abranger muitos padrões de situações de uma só vez. É o que se observa dos termos como “discurso”, “devido processo” e outros similares, ou, ainda, do Art. 2, I, da Constituição da Alemanha (*Grundgesetz*), que especifica que “(...) todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem nem atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. Tais *clichés*²⁷ são tão inespecíficos que não só para uma pessoa leiga, mas até para advogados experientes seria difícil nomear as áreas e questões jurídicas neles abrangidas ou enumerá-las exaustivamente. Tal dificuldade não pode ser completamente suavizada pela jurisprudência, pois, ainda que exista uma expectativa razoável de que os casos concretos já decididos serão submetidos a um *standard* de interpretação similar no futuro, isso claramente não representa uma garantia para os novos vindouros. Quanto mais geral o termo, maior será a probabilidade de casos novos imprevistos. Portanto, mais até do que o direito privado convencional, os direitos humanos produzirão, potencialmente (!), novos casos que podem aumentar (e aumentarão) a insegurança jurídica.

25. Cf. LEPSIUS, *Die maßstabsetzend Gewalt*. In: JESTAEDT; LEPSIUS; MÖLLERS; SCHÖNBERGER (Hrsg.). *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 161.

26. Pode haver diferença no âmbito do direito penal, sob os auspícios da *nulla poena sine lege (...)* *stricta*, ainda que minha suspeita seja a de que realmente não existe diferença.

27. Ver WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1381.

2.2. Vagueza

Em segundo lugar, a compreensão dos direitos humanos é obstaculizada pela própria imprecisão de suas estipulações. Vale dizer, é complexo especificar um critério exato que constitua, por exemplo, o discurso, a arte, a religião etc. Além disso, a maioria das disposições de direitos humanos prevê, explícita ou implicitamente, exceções, como as contidas nos estatutos parlamentares, se elas forem delineadas, em especial, de acordo com o princípio da proporcionalidade.²⁸ Isso se torna ainda mais difícil se determinada lei, julgado ou ato administrativo infringe ou não um direito humano. Mais uma vez, a jurisprudência pode contribuir para esclarecer o significado de um direito humano que ultrapasse as meras palavras utilizadas para consagrá-lo.²⁹ Mas a jurisprudência sozinha não pode fazer muito. De fato, existe um alto grau de imprecisão residual que não pode ser resolvido ou esclarecido pela jurisprudência, pelos *travaux préparatoires* ou, virtualmente, por qualquer outro contexto.³⁰ Acontece que a leitura da jurisprudência em direitos humanos se converteu em um enorme desafio, pois trata de identificar pistas ocultas, sinais secretos e tendências frágeis atinentes a como os casos concretos serão tratados no futuro. De fato, quanto mais imprecisa uma disposição, menos a lógica de um tribunal tende a avançar, visto que não pode se vincular significativamente a uma norma qualquer em termos de interpretação hermenêutica racional, um *Rechtsanwendungsdiskurs*³¹, em oposição a um mero “texto seguro”³². Em contrapartida, como o precedente se converte em uma referência para o futuro, a lógica dos tribunais por si mesma não apenas suscita todo tipo de especulações políticas e psicológicas sobre o que farão os juízes a partir de então, como também desafia a ideia de que os direitos humanos são um mandamento normativo de cumprimento obrigatório,

28. Ver STONE SWEET; MATHEWS, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72, 90 seqq., com evidências comparativas.

29. Ver WALDRON, *California Law Review* 82 (1994), 509, 520.

30. ZHANG, *Journal of Pragmatics* 29 (1998), 13, 14 seqq., denomina esse tipo de vaguidade de “fuzziness”.

31. Ver: HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1994, 266 f., 318 f., 323 f. Baseado na diferença conceitual entre um discurso jurídico sobre a aplicação de normas (*Rechtsanwendungsdiskurs*) em oposição a um discurso político sobre o que essa norma deve ser (*Rechtsbegründungsdiskurs*). A distinção foi introduzida pela primeira vez por GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, 241, 300 et passim.

32. WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1381. Ver ainda: 1383: “Nos Estados Unidos da América, chama-se, usualmente, de ‘reason-giving’ uma tentativa de conectar a decisão que a corte está enfrentando como alguma antiga peça oitocentista ou prosa novecentista. (...) A ‘reason-giving’ da Corte envolve também uma tentativa desesperada de construir analogias ou desanalogias entre a decisão atual que se enfrenta e outras decisões que vieram antes dela (e em que contexto elas estavam envolvidas)”.

uma *norma*.³³ Por conseguinte, em virtude de sua generalidade, os direitos humanos não apenas geram potencialmente uma série de novos casos, mas também, ao serem tão imprecisos, originam muitos casos complexos. Na verdade, não é discutido amplamente nenhum caso autêntico de pura aplicação de direitos humanos. Essa dificuldade aumenta decisivamente nas relações privadas, nas quais, é óbvio, ajudar uma parte implica prejudicar os recursos da outra. A continuar assim, as partes de um conflito privado poderão invocar, de repente, direitos humanos a seu favor. Isso inclui os conflitos clássicos de (ódio) discurso de dignidade e honra pessoal, de (apropriação) arte e patrimônio, assim como de religião e de direito à vida e à integridade física.

Mas isso vai mais longe. Novamente, é difícil imaginar um conflito regido pelo direito privado em que não surjam problemas relativos a direitos humanos para as partes ou, ainda, para terceiros. Os conflitos relativos à horizontalização dos direitos humanos entre as partes carecem, todavia, de um factível *standard* racional de decisão.³⁴ Proporcionalmente, em particular pelo pouco confiável e arbitrária que uma doutrina possa parecer (e de fato é)³⁵, ela ao menos provê um marco discursivo para aplicação dos direitos humanos: para justificar um ato que restrinja o exercício de um direito humano, deve-se provar, *em primeiro lugar*, um propósito legítimo para cuja realização o ato se destina; *em segundo lugar*, um meio apto; e, *em terceiro lugar*, a necessidade no sentido de que, possivelmente, não existem alternativas disponíveis para obter o mesmo propósito legítimo, com a mesma aptidão

33. Ver HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1994, 315, sobre a distinção entre normas e meros valores ou princípios.

34. Contra as pretensões de racionalidade pseudo-econômica feitas por ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, 143 ff. ver: HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1994, 315 f. Como evidenciam suas últimas afirmações e sua visão geral sobre o direito privado e o julgamento no direito privado, Alexy parece reconhecer essa crítica, pelo menos, no que diz respeito aos conflitos jurídicos privados. Ver: ALEXY, *Der Staat* 54 (2015), 201, 204 and *Theorie der Grundrechte*, 1994, 492 “erforderlich, dass der Zivilrichter sich im Interesse einer konsistenten, den Postulaten der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung dienenden Entscheidungspraxis auf autoritatives Entscheidungsmaterial, also auf gesetzte Normen, Präjudizien und konsentierete dogmatische Sätze stützen kann”.

35. Cf. recente decisão da Suprema Corte do Reino Unido no caso *McDonald v McDonald*, [2016] 3 W.L.R. 45 on Art. 8 ECHR: “O ponto de vista adotado inicialmente pela Câmara dos Lordes era o de que, embora uma ação possessória referente a imóveis residenciais deferida por uma autoridade local, esbarrasse no direito do ocupante residencial (Artigo 8º), a proporcionalidade na retomada de posse já havia sido levada em consideração pelo Parlamento, por meio de legislação que limitava o direito do senhorio de obter a posse. O Tribunal de Estrasburgo considerou que a existência de lei possessória não impediria que um ocupante do imóvel, em tal caso, invocasse seus direitos previstos no Artigo 8º quando se buscasse a retomada do imóvel ocupado”.

e com menos restrição, para o titular do direito humano.³⁶ Essa prova é típica, entretanto, do clássico conflito vertical entre o Estado e o indivíduo.³⁷ Enquanto os direitos humanos forem exercidos contra si próprios, nenhuma das condições descritas terá sentido. Para fazer uso de um direito humano, torna-se óbvia a necessidade de demonstrar o propósito legítimo, já que, em princípio, o objetivo de um direito em oposição a um privilégio é a liberdade para exercê-lo para além das restrições heterônomas de aptidão e necessidade. Assim, na prática, os tribunais e os aplicadores do direito devem empregar uma ponderação mais ou menos livre.³⁸ O lamentável é que, até a ponderação adquirir autoridade coercitiva, as suposições de um não serão melhores que as de outro, em outras palavras, não há, *ex ante*, previsão confiável do que a lei é ou não é.³⁹

2.3. Contestabilidade

Em terceiro lugar, a generalidade e a imprecisão dos direitos humanos relacionam-se diretamente com o seu alto grau de contestabilidade. Não se trata, incidentalmente, de uma tentativa individual de descobrir um significado “objetivo” monolítico, e sim de divergir, de modo proposital e justificado, de um direito humano. Os direitos humanos tratam da interpretação da lei somente em sentido superficial.⁴⁰ Em vez disso, eles *incitam* a um julgamento de valor individual, às vezes para provocarem uma mera discussão.⁴¹ Há, entretanto, espaços mais ou menos apropriados para as discussões a serem realizadas. Os litígios no âmbito privado caem nesta última categoria. A partir de uma perspectiva social, eles seriam não

36. Os testes de proporcionalidade diferem entre as ordens jurídicas. O que figura no texto corresponde ao método tradicionalmente utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que geralmente inclui, como condição, a proporcionalidade *stricto sensu*, ou seja, alguma forma de equilíbrio substantivo. Ver ALEXI, *Der Staat* 54 (2015), 201, 203.

37. MAULTZSCH, *Juristenzeitung* 2012, 1040, 1045 seq.

38. Cf. No direito constitucional alemão, existe a fórmula de “praktische Konkordanz”. Tal termo foi originalmente estabelecido por HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage 1999, § 2 at 72, que entendeu, de forma esclarecedora, que esse teste não poderia determinar o equilíbrio proporcional em casos individuais. Para uma perspectiva global, ver: STONE SWEET; MATHEWS, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72, 87 seqq. (general) and 110 seq. (proportionality and constitutional review of private law in Germany).

39. Tal corrente do criticismo é bastante popular na doutrina alemã. Ver, e.g.: FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 1965; DIEDERICHSEN, *Archiv für die civilistische Praxis*, 198 (1998), 171, 223; MAULTZSCH, *Juristenzeitung* 2012, 1040, 1044 ff.

40. Cf. WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1367.

41. Ver: WALDRON, *California Law Review* 82 (1994), 509, 527 seq., 539 and *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1393.

apenas um desperdício de argumento, já que geralmente ocorrem fora da esfera pública, mas há uma incredulidade amplamente compartilhada e uma ilusão de que o *Sitz im Leben*, ou seja, o contexto vital dos litígios privados ocorre em sessões das câmaras cíveis. E, pelo contrário, o tempo real atualmente dedicado às disputas privadas nos tribunais é curto, tal como nos pequenos procedimentos públicos voltados à redação do contrato, nas negociações privadas, na mediação e na arbitragem. Mas é aqui, no campo das disputas privadas, que a certeza da lei se torna mais importante que o discurso social. As relações privadas não são um exercício de debate. As partes não ganham com as disputas e, em contrapartida, utilizam toda a precaução, sabedoria e energia para evitá-las. Por outro lado, os direitos humanos parecem supercontestáveis na medida que sua interpretação está sujeita a um conjunto de condições políticas gerais e marcos intelectuais que geram a dependência histórica desses direitos.⁴² Por exemplo, a liberdade de opinião e a liberdade de reunião adquirem sentidos diversos se forem interpretadas como garantes do discurso democrático⁴³, em contraposição às emanções da dignidade humana e do direito de expressão. O primeiro, por exemplo, convida a julgamentos de valor sobre a importância política de um determinado tipo de discurso ou reunião, enquanto o segundo não.⁴⁴ Tampouco é menos importante o fato de que todos os argumentos dos direitos humanos devem, primeiramente, comungar de um consenso básico sobre a ideia de “humano”.⁴⁵ Eis a razão pela qual, mesmo antes de se iniciar um debate sobre o conceito abstrato de direitos humanos (e principalmente sobre sua aplicação), devem ser definidos termos altamente contestáveis, a fim de que haja um verdadeiro consenso quanto aos termos da discussão, o que raramente acontece. Daí o aparente decisionismo dos órgãos de julgamento em direitos humanos, tais como o Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e outros, cujas decisões são facilmente previsíveis quanto ao aspecto político, mas não quanto ao jurídico, isto é, a inclinação política dos juízes parece ser mais certa do que as normas por eles aplicadas.

2.4. Reações autoimunes contra a indeterminação no direito

Quando se depara com normas excessivamente indeterminadas, o direito lapida-as, até que adquiram um conteúdo suficientemente definido, ou descarta-as totalmente. Ocorre que a excessiva indeterminação contraria a *ratio essendi* da lei,

42. Há certa similaridade entre o uso que faço da supercontestabilidade e o conceito de contestabilidade essencial empregado por GALLIE, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955-1956), 167 e – com ligeiras diferenças – por WALDRON, *California Law Review* 82 (1994), 509, 529 seqq., mesmo que não sejam exatamente idênticos.

43. Ver, e.g. ELY, *Democracy and Distrust*, 1980, 117.

44. Ver a análise instrutiva promovida por Böckenförde, *Neue Juristische Wochenschrift* 1974, 1.

45. Ver HOGREBE, *Der implizite Mensch*, 2012, especialmente 97 ff.

a qual almeja criar uma expectativa de que a disposição legal é mais confiável que o discurso moral ou convencional.⁴⁶ Por exemplo, a constatação de inconstitucionalidade de uma lei deve transpor o alto limiar de presunção de constitucionalidade da lei, o qual se ampara, principalmente, na indeterminação típica das normas constitucionais.⁴⁷ A legislação e os atos administrativos, tal como os contratos de direito privado, são considerados “nulos por vagueza”⁴⁸ ou “nulos por incerteza”⁴⁹ quando não alcançam o mínimo exigido de determinação.

A elevada intolerância do direito privado à indeterminação é sentida quando se utiliza a lei privada como ferramenta para fazer cumprir as normas internacionais de direitos humanos. A Responsabilidade Social Corporativa (RSC), por exemplo, parece ter uma base crescente de soluções jurídicas não vinculativas calcada, principalmente, nos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (2011) e nas Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais (2011), que estão consubstanciadas em inúmeros *standards* de boa conduta e cumprimento de procedimentos preventivos.⁵⁰ Entretanto, nenhum desses princípios vagos ou *soft duties* possui autoexecutoriedade e, por isso, é essencial

46. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 124 ff., 131 f., usa o termo “Erwartungssicherheit”, isto é, a certeza das expectativas. O direito privado, em especial, concilia uma vedação da violência com a expectativa razoável de ver seus direitos confirmados e aplicados, LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, 172.

47. Ver, e.g. *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 note 4 (1938), com a notável exceção de que “(...) pode haver um escopo mais restrito no funcionamento da presunção de constitucionalidade quando uma faceta da legislação parece se enquadrar em uma proibição específica da Constituição”. (Destacou-se).

48. SCALIA; GARNER, *Reading the Law*, 2012, 134 seqq. Ver também: WALDRON, *California Law Review* 82 (1994), 509, 534 seqq.

49. Ver no direito norte-americano: Restatement (Second) of Contracts (1981), § 33:

“(1) Ainda que uma manifestação de vontade seja entendida como uma oferta, ela não pode ser aceita para configurar um contrato, a menos que os termos contratuais estejam razoavelmente certos.

(2) Os termos de um contrato são razoavelmente certos se tiverem uma base para determinar a existência de uma violação e para dar uma solução apropriada.” Ver também: Comentário a): “(...) as cortes esforçam-se, quando possível, para conferir uma definição suficiente para o negócio jurídico. (...) Se os termos essenciais são tão incertos que não há base para decidir se o negócio foi mantido ou quebrado, não há contrato.”

50. Sobre negociações em curso para um tratado vinculativo de maior alcance, ver: “Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights”. Disponível em: [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/Session1.aspx].

que os Estados os implementem.⁵¹ Nesse contexto, *implementar* não significa apenas ratificar mediante a transposição de leis internacionais pelas nacionais. Mais precisamente, *implementar* significa *especificar* (em especial, *especificar* recursos legais no âmbito privado), visto que os *standards* voluntários não se mostraram eficientes⁵² e os direitos humanos internacionais, juntamente com o *soft law*, carecem de especificidade e clareza necessárias para o cumprimento do direito público. Os legisladores pátrios e estrangeiros devem trabalhar, portanto, para converter princípios internacionais obscuros em normas nacionais. A União Europeia decidiu determinar a divulgação de informes não financeiros relacionados aos direitos humanos e a seu cumprimento.⁵³ Tradicionalmente, a França adota um enfoque corporativo extensivo quanto ao ilícito civil, determinando a responsabilidade da matriz em relação ao ilícito civil praticado por sua subsidiária⁵⁴, ao passo que a Alemanha ainda não se decidiu quanto ao tema.⁵⁵

Outro exemplo impressionante da revolta do direito privado com a indeterminação que paira sobre os direitos humanos é o *Alien Tort Statute* (Estatuto de Responsabilidade Civil no Estrangeiro), que define em uma simples frase: “Os tribunais terão competência originária para decidir qualquer ilícito civil praticado por estrangeiro no âmbito da responsabilidade extracontratual, cometido em violação do direito das nações ou de um tratado dos Estados Unidos da América”.⁵⁶ Tal es-

-
51. Princípios Orientadores das Nações Unidas 26, page 28: “Os Estados devem tomar as medidas adequadas para assegurar a eficácia dos mecanismos judiciais internos que tratam de abusos contra os direitos humanos no contexto dos negócios, incluindo as formas de reduzir os obstáculos legais, práticos e outros relevantes que possam impedir o acesso às soluções”.
 52. Cf. DOE IV. *Wal-Mart Stores, Inc.*, 572 F.3d 677, 681–82 (9th Cir. 2009), no qual os “Standards para Fornecedores”, do Wal-Mart, estipularam um direito desta multinacional (mas não um dever) de inspecionar seus fornecedores e, portanto, evitar que os empregados destes pudessem vir a acionar o próprio Wal-Mart. Caso similar, ainda pendente no Tribunal Distrital de Dortmund (*Landgericht Dortmund*), é o da atacadista de vestuário KiK, ver: *JABIR et. al. vs. KiK Textilien und Non-Food GmbH*, Docket Number 7 O 95/15.
 53. Diretiva 2014/95/UE, de 22 de outubro de 2014.
 54. Ver Art. 121-2 do Código Penal francês: Proposta de lei relativa ao dever de vigilância das sociedades-mãe e das empresas contratantes, Assembleia Nacional n. 2.578, de fevereiro de 2015. A última iniciativa, na página 10, faz referência explícita à CSR: “Onze das cinquenta maiores sociedades empresárias europeias (incluindo a Suíça) são francesas. A responsabilidade sobre onze particulares pesa, conseqüentemente, sobre os ombros do nosso país, cujo desempenho dessa função deve ser exemplar”.
 55. No tocante às propostas, ver: WELLER et al., *Archiv für die civilistische Praxis*, 216 (2016), 387 ff. e THOMALE; HÜBNER, *Juristenzeitung* 2017, forthcoming.
 56. 28 U.S.C. §1350.

THOMALE, Chris. Tradução por PATRÍCIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA.

Cuius Regnum eius Iudicium: emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 391-418. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

tatuto norte-americano alcança, claramente, direitos humanos internacionais, além de a redação ter sentido amplo para possivelmente amparar também os agentes privados. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu limitar, porém, referido alcance aos casos em que, *a uma*, o direito internacional determina que “o verdadeiro infrator seja processado se o demandado for um agente privado, como uma sociedade ou pessoa física”⁵⁷ e, *a duas*, para demandas fundamentadas “em uma norma internacionalmente aceita pelo mundo civilizado e definida com [suficiente] especificidade”⁵⁸. Ainda que esses requisitos possam ser explicados por razões constitucionais para uma estrita interpretação da legislação,⁵⁹ o foco em especificidade e em definição leva diretamente ao centro do problema. O direito internacional e, em especial, os direitos humanos internacionais são demasiadamente genéricos, indefinidos e contestáveis, no afã de proverem uma base viável para desencadear uma ação privada. De forma mais clara, não se quer dizer que a “esfera” do direito privado foi preconcebida como um território sagrado e intocável pelas mãos gastas e inexperientes dos direitos humanos.⁶⁰ Pelo contrário, o direito privado em prática requer segurança jurídica, o que depende de um grau de determinação que os direitos humanos não oferecem devido à sua intrínseca indeterminação.

3. O DESAFIO PROCESSUAL: DE QUEM É A DECISÃO?

O real efeito deonepistemológico dos direitos humanos possui uma relevância imediata perante os marcos procedimentais traçados para contê-los. Tendo começado com a pergunta sobre qual é o real conteúdo dos direitos humanos nas lides

57. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 732 n. 20 (2004). (Grifou-se).

58. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 724–25 (2004) (Grifou-se). Ver também: *ibid.*, 732: “suficientemente definido”.

59. *Interalia*, o estatuto, tecnicamente falando, é estritamente jurisdicional quanto aos direitos humanos, pressupondo uma causa substantiva para a propositura de ações nas cortes federais, conforme o caso *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 78, 58 S.Ct. 817, 822, 82 L. Ed. 1188 (1938), cujo pleito não foi concedido. Outras questões sobre autocontrole judicial e devido processo podem ser vistas na jurisprudência estrangeira, ver: *KIOBEL V. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013) e *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014) e THOMALE, *Transnational Legal Theory* 2016, 155 seqq. (Part 1), 287 seqq. (Part 2).

60. Cf. ARNOLD, *Vertrag und Verteilung*, 2014, 116 f. Para uma perspectiva contrária, ver o julgamento da Suprema Corte do Reino Unido em *McDonald v. McDonald*, [2016] 3 W.L.R. 45: “De outra forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR) envolveria, diretamente, os particulares, a fim de alterar seus direitos e obrigações contratuais, quando a finalidade da Convenção é, como mencionamos, proteger os direitos dos cidadãos contra eventual descumprimento pelo Estado”.

privadas e negado com uma resposta convincente, a prática deonepistemológica, a título de discussão, deve abarcar o decisionismo, avançando para decifrar quem possui competência para tomar essa decisão. Posto isso, revive-se, aparentemente, uma conhecida discussão sobre a legitimidade do “judicial review”. Por certo, apesar da dificuldade contramajoritária e outras pautas “democráticas” ou relacionadas ao processo⁶¹, existe uma razão importante para os críticos do “judicial review” se debruçarem frequentemente sobre a revisão da legislação com base em alguma declaração de direitos de hierarquia superior. Os direitos gerais vagos e (super)contestáveis, que não oferecem um critério confiável para definir os comportamentos que protegem, fornecem um marco ótimo para um sistema judicial sem restrições e politizado: uma tirania da *minoría*.⁶² É essa combinação de superioridade deontológica com inferioridade deonepistemológica que causa os maiores problemas com o “judicial review”.⁶³ Tal discrepância está presente, entretanto, em qualquer decisão sobre direitos humanos, seja sobre o “judicial review” ou não, seja sobre leis em geral, de atos e decisões administrativas ou de atos judiciais. Seus efeitos, pelas razões antes mencionadas, são especialmente prejudiciais às relações privadas.

Ao fim desta seção, mencionar-se-ão três dificuldades procedimentais relativas à discrepância deontológico-deonepistemológica dos direitos humanos, quais sejam: *primeiro*, a interferência da supremacia dos direitos humanos na hierarquia institucional e na harmonia das fontes legislativas; *segundo*, a sobredeterminação horizontal dos direitos humanos por meio de aplicações conflituosas dos direitos humanos; e, *terceiro*, a problemática do desmembramento da aplicação específica dos direitos humanos ao direito privado em geral.

3.1. A interferência na hierarquia institucional

Uma das principais conquistas do Estado Moderno é a separação de poderes. Em sua essência, esse princípio garante a divisão do poder público em diferenciados e distintos ramos para prevenir o abuso. Desde sua origem remota na *Política* (Πολιτικά), de Aristóteles, até sua reintrodução no discurso político pela obra *Do*

61. BICKEL, *The least dangerous branch*, 1962, 16 seqq., responding not ably to HAMILTON, Federalist Paper 78. Ver também: U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 153 note 4 (1938) e SCHLINK. In: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band 2, 2001, 445, 461, observando que a revisão da proporcionalidade era um problema específico da revisão da legislação. Para uma apreciação geral dos argumentos processuais, ver WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1386 seqq.

62. Esta minoria pode ser os próprios juízes interessados ou o direito daqueles que honestamente tentam proteger. De qualquer modo, a maioria política é tiranizada pela minoria.

63. Note-se bem que a dificuldade epistêmica factual de avaliar se um direito privado contraria os direitos humanos é algo completamente diferente e, portanto, não viável para qualquer teste avançado de equilíbrio, como proposto por ALEXY, *Der Staat* 54 (2015), 201, 206.

Espírito das Leis, de Montesquieu, a divisão de poderes tem sido limitada a uma relação horizontal tripartite, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário.⁶⁴ Hoje, a divisão de poderes torna-se múltipla, pois também se estende a hierarquias verticais dentro dos ramos do direito, assim como à cooperação e à integração internacionais.⁶⁵ Os direitos humanos, investidos de hierarquia constitucional, ameaçam a estabilidade dessas divisões e subdivisões, porque, em vez de prevenirem o abuso de poder, preferem ignorar esses mecanismos.

Escolha-se qualquer tribunal inferior ou autoridade administrativa. Normalmente, estão organizados ou programados tanto horizontal (por legislação) quanto verticalmente (por precedentes ou regimentos internos). Tal organização funciona devido, em grande parte, à suficiente determinação dessas fontes. Agora, com os direitos humanos incorporados a essa equação, suponha-se que o juízo de valor para o tribunal inferior ou autoridade administrativa difere do comando contido na legislação, nos precedentes ou nos regimentos aplicáveis. Eles deveriam seguir a fonte legislativa verificável acima deles ou seguir seus próprios juízos de valor?⁶⁶ Isso gera um enigma. Ocorre que, apesar de os direitos humanos serem superiores a outras fontes legais, qualquer autoridade poderia facilmente alterar o sentido de referidos direitos humanos em um caso concreto; e a estrutura institucional ordenaria que os tribunais inferiores e seus membros não procedessem à anulação de leis, precedentes ou regimentos tão somente com base em suposições. Esse dilema não se resolve com facilidade. Uma estratégia procedimental seria concentrar a competência hermenêutica em matéria de direitos humanos em apenas um órgão julgador, enquanto se atribui à autoridade que pretenda fundamentar sua decisão nos direitos humanos o dever de consultar obrigatoriamente outra autoridade. Tal estratégia está presente na Constituição alemã (*Grundgesetz*), sendo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) incumbido da competência interpretativa vinculante. É o que dispõe o artigo 100, I, da Constituição alemã:

64. Aristotle, *Politika*, 1297b e 1298a.; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Book XI, Chapter VI on the English and other European constitutions.

65. Ver MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, 2005, para uma pesquisa aprofundada sobre essa linha de pensamento.

66. Em alusão ao famoso epílogo de KANT: *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, 288: "Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmenden Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der bestirnte Himmel über mir, und das moralische Gesetz in mir". Isso não significa sugerir que a lei usual fosse empiricamente certa. Toda norma requer interpretação e toda interpretação implica algum grau de juízo de valor. O que estou dizendo é que, tipicamente, os direitos humanos dão uma orientação intersubjetiva muito menos acessível do que as demais disciplinas jurídicas.

Se um tribunal considera inconstitucional uma lei de cuja validade o vício depende, o processo será suspenso e remetido, (...) à Corte Constitucional quando se trate de violação a esta Lei Fundamental.

Conclusão similar é extraída da interpretação do artigo 267 do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE (Tratado de Lisboa):

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, os órgãos ou os organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.⁶⁷

Essa solução concentrada e consultada parece representar, por um lado, os direitos humanos efetivos em todos os níveis, enquanto, por outro lado, mantém a supremacia deontepistemológica do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do Tribunal de Justiça da União Europeia, respectivamente.⁶⁸ Entretanto, os procedimentos que tentam implementar o artigo 100, I, da Constituição da Alemanha e o artigo 267 do Tratado de Lisboa são escassos e, portanto, deficientes. *Primeiro*, não abrangem as autoridades administrativas. Ainda que no direito privado essa deficiência tenha pouca importância,⁶⁹ representa, sem dúvida, um forte golpe em

67. Grifou-se. Veja-se que a “interpretação dos Tratados”, conforme o Art. 6, I, do Tratado da União Europeia, inclui os direitos humanos como contidos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

68. Foi considerado um procedimento similar durante a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, isto é, a CJEU, para os que haviam recorrido preliminarmente às regras pela Corte Europeia de Direitos Humanos nas questões de direitos humanos. Ver: VONDUNG, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, 2012. Entretanto, o processo foi suspenso devido à intervenção da CJEU, conforme Opinião 2/13 de 18 de dezembro de 2014.

69. Há campos sobrepostos, como a legislação de valores mobiliários, nos quais a tomada de decisões administrativas e as relações jurídicas privadas interligam-se. Isso, porém, não é a realidade da maior parte do direito privado.

ambas as divisões de poder horizontal e vertical. Acontece que, de algum modo, as autoridades administrativas dos escalões mais baixos estão sujeitas a um controle pouco definido em comparação com o que os tribunais estão acostumados, embora estes últimos devessem controlar aquelas.⁷⁰ Segundo, para que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Tribunal de Justiça da União Europeia enfrentem a gama de potenciais referências, uma série de acordos sobre o dever de referência e o dever de consulta estão sendo reconhecidos. O mais importante é que os tribunais podem até remeter o caso, mas estão obrigados a fazer seu próprio esforço para interpretar a lei aplicável de maneira que se ajuste ao direito humano ofendido.⁷¹ Some-se a isso a margem de apreciação e discricionariedade dos tribunais para decidir se é necessária uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ou do Tribunal de Justiça Europeia.⁷² Isso confere aos tribunais um amplo poder *de fato* para impor seu próprio juízo de valor sobre os direitos humanos no caso concreto, em vez de aplicar fontes legais mais específicas. A possibilidade generalizada de recorrer não pode se sobrepor a essa decisão. Os recursos implicam tempo e dinheiro, o que é muito, pois tudo que o recorrente obtém é uma oportunidade de conseguir mais uma opinião sobre os direitos humanos debatidos. Ademais, os recursos deveriam ser vedados de maneira efetiva por essa própria decisão. É o que acontece quando o fato de uma parte recorrer aos direitos humanos prejudica a contraparte que não tem direito ou oportunidade de recorrer. Por exemplo, nos litígios privados, uma sentença que reconheça a paternidade já descartaria, efetivamente, qualquer iniciativa recursal por parte do filho, que, a partir de agora, está representado pelos “pais”, os quais não têm motivo para impugnar o julgado que tentavam obter desde o início.⁷³

70. O problema sobre como as autoridades administrativas devem agir diante de fontes jurídicas conflitantes é bem trabalhado na literatura alemã, ver e.g.: HUTKA, *Gemeinschaftsrechtsbezogene Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der deutschen Verwaltung gegenüber Rechtsnormen nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nach deutschem Recht*, 1997. Todavia, o cerne do problema (a discrepância deontológica-deonepitsemológica) tem recebido menos atenção.

71. Art. 267 TFEU: CJEU, C-283/81, de 6 de outubro de 1982 – CILFIT; C-495/03, de 15 de setembro de 2005 – Transportes intermodais; 30. Art. 100, I, da Constituição alemã: Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht) 1 BvL 20/77, de 1º de março de 1978.

72. CJEU, C-283/81, de 6 de outubro de 1982 – CILFIT: 10. Essa margem reflete a limitação em termos do “judicial review”, não se referindo à CJEU, ver: THOMALE, *Europarecht* 2016, 510 ff.

73. Esse viés processual tornou-se recentemente relevante nas disputas em torno da sub-rogação internacional. As decisões dos tribunais são contestadas na medida que não reconhecem a sub-rogação, enquanto uma decisão favorável à sub-rogação encerra o litígio. Ver: THOMALE, *Mietmuttertschaft*, 2015, 74, 84 f.

Em última análise, a concentração da autoridade interpretativa e o dever de consultar não solucionam a problemática. Por isso, os direitos humanos afetam e perturbam a hierarquia institucional que envolve a separação e a divisão de poderes.

3.2. *A multiplicidade de decisões equivocadas em torno da eficácia horizontal dos direitos humanos*

Como dito, a concretização dos direitos humanos torna-se bastante complicada quando existe uma autoridade final para determinar o sentido vinculante dos direitos humanos. Na realidade, porém, referida autoridade sequer existe. Em vez disso, há marcos institucionais de múltiplos níveis nos quais diferentes declarações de direitos e diferentes foros julgadores se sobrepõem. Por exemplo, a Alemanha, onde três regimes de direitos humanos que coexistem em considerável congruência são encontrados, a cada um dos quais se destina um órgão julgador. *Primeiro*, no ordenamento jurídico alemão, existem direitos humanos na Lei Fundamental, sujeitos à apreciação do Tribunal Constitucional Federal alemão, com sede em Karlsruhe. *Segundo*, no ordenamento jurídico europeu, há a Carta da União Europeia de Direitos Fundamentais (EU-Charter). A última instância na interpretação *destes* direitos humanos é o Tribunal de Justiça da União Europeia, em Luxemburgo. *Terceiro*, está a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (European Court of Human Rights – ECHR), do Conselho Europeu, a qual, a despeito do título, aplica-se, entre outros, também à Rússia e à Turquia. O órgão julgador da referida Convenção é a Corte Europeia de Direitos Humanos, localizada em Estrasburgo, na França. Esse rol não abrange as codificações de direitos humanos de menor justiciabilidade, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, nos quais o Conselho de Direitos Humanos da ONU fundamenta suas recomendações.

Não é preciso ter clarividência para detectar que, devido à importância predominante da jurisprudência em áreas inerentemente indefinidas (como a dos direitos humanos), a multiplicidade de decisões tende a desencadear conflitos de competência e decisões divergentes entre os vários órgãos julgadores. A “solução” proposta por essas três Declarações de Direito corresponde ao que chamo de *princípio de efeito cumulativo*. A ideia é que cada uma das três Declarações estabeleça *standards* mínimos, permitindo, assim, que outras declarações proponham uma proteção mais ampla. Nesse sentido, o artigo 52, III, da Carta da União Europeia de Direitos Fundamentais estabelece:

Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais

aos conferidos por essa Convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.⁷⁴

Existe uma disposição similar no artigo 53 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Parece, então, que essas três Declarações de Direitos realmente estão em sintonia para um objetivo comum, qual seja, conferir a maior proteção possível aos direitos humanos. Essa visão parece também ser compartilhada por vários órgãos julgadores. Por exemplo, Andreas Voßkuhle, Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, encontrou o termo *Verfassungsgerichtsverbund*, isto é, uma rede ou uma união de cortes constitucionais europeias.⁷⁵ Mais uma vez, subjaz a seguinte ideia: como não é possível ter direitos humanos suficientes, nunca haverá demasiados guardiões dos direitos humanos.

Essa ideia, contudo, não é correta. Na prática decisória, os direitos humanos não se somam. Pelo contrário, há uma multiplicidade de juízos individuais de valor, completamente descoordenados e imbuídos do ímpeto de autoridade última e performática. Esse desastre deonepistemológico é mais diretamente sentido no direito privado. Como antes mencionado, nas relações de direito privado, uma decisão favorável aos direitos humanos não tem exatamente a função de proteger os direitos humanos individuais contra o Estado, mas, sim, de resolver um conflito entre direitos humanos individuais com base em uma ponderação. Quando são impostos às relações privadas, os direitos humanos não exatamente conferem proteção, mas são redistribuídos conforme a preferência de cada julgador.⁷⁶ Cada uma dessas redis-

74. Ver também: Art. 53: “Nenhuma disposição desta Carta deve ser interpretada para *restringir ou lesar* os direitos do Homem e as liberdades fundamentais, reconhecidos nos respectivos âmbitos de aplicação pelo direito da União, pelo direito internacional e pelos convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos de Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”. (Grifou-se).

75. VOßKUHLE, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, 1.

76. Cf. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, 2012, 210.

tribuições e cada um desses esforços de ponderação realizados pelo órgão julgador representam um tipo específico de compromisso que se impõe por si mesmo. Em razão de sua própria natureza, esse tipo de compromisso desafia qualquer ordem de classificação em termos de “maior” ou “menor” em matéria de direitos humanos. O *princípio de efeito cumulativo*, portanto, ao exigir uma classificação hierárquica entre as várias Declarações de Direito, não se aplica aos órgãos julgadores nem à jurisprudência deles emanada. Mas, apesar de todo debate sobre ideias vagas de interação, comunicação e cooperação, uma classificação desse tipo não foi empreendida.⁷⁷ Entretanto, há tantas cortes estragando as leis como cozinheiros estragando a sopa.⁷⁸ Os direitos humanos, como direitos sindicáveis, tornam-se debilitados pela multiplicidade de regimes que serve apenas para aumentar sua efetiva indeterminação. Essas notícias são ruins para o direito privado, cujo principal problema com os direitos humanos reside exatamente na indeterminação destes.

3.3. *A trama dos direitos humanos e do direito privado nas cortes especializadas em direitos humanos*

a) *Por que uma corte especializada em direitos humanos?*

Uma tentativa institucional de melhorar a jurisprudência em matéria de direitos humanos seria a criação de uma corte constitucional especializada⁷⁹ ou, mais precisamente, uma corte de direitos humanos. À luz de casos precedentes, isso faz todo sentido. Se a função específica de aplicar os direitos humanos for “menos” a sua mera aplicação (seja diretamente ou por analogia) e “mais” a manutenção salutar de uma discussão moral e política sobre os juízos de valor individuais, tornar-se-á necessário um marco institucional diferenciado, provido pelas cortes comuns. *Primeiro*, poderá existir um avanço no procedimento, o que significa, antes de mais nada, legitimação democrática. Logo, deveriam ser solicitados procedimentos de seleção transparentes e coerentes, para além da simples nomeação discricionária do presidente ou, em linhas gerais, do Executivo.⁸⁰ *Segundo*, a idoneidade e a aptidão

77. Sobre a ampla jurisprudência e a discussão doutrinária em torno desse problema, ver: THOMALE, *Mietmuttertschaft*, 2015, 64 com mais referências.

78. A quantidade de cortes aumenta também a incerteza das partes contratantes. Isto leva a externalidades negativas por meio da securitização do risco, do aumento das taxas de juros e do incremento dos custos contratuais. Essa consequência é explicada por RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz em: *O Direito* 143, 2011. p. 43-56.

79. WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1359.

80. O Parlamento alemão, por exemplo, constituiu um comitê especial em conformidade com o art. 94 da Constituição da Alemanha, que seleciona juízes para o *Bundesverfassungsgericht*. Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte, apesar de ser usualmente o mais alto colegiado de juízes, precisa da aprovação do Senado. Nenhum procedimento comparável parece estar em vigor quando se trata da CJEU ou da ECHR.

THOMALE, Chris. Tradução por PATRÍCIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA.

Cuius Regnum eius Iudicium: emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 391-418. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

de um candidato a presidir um foro tão especializado serão definidas, ao contrário das cortes comuns, por fatores distintos. O conhecimento da lei vigente pouco importa, ao passo que um atestado de antecedentes morais será mais importante. Em última análise, a judicatura voltada para os direitos humanos não necessariamente pede que todos os juristas tenham experiência. Pelo contrário, podem ser pessoas alheias ao discurso jurídico, mas que estimulem a corte ao debate moral sobre a essência, em vez de limitá-la a doutrinas e precedentes.⁸¹ Desse modo, poderíamos pensar em novos termos, para além de gênero, raça e outros indicadores corriqueiros do discurso de igualdade. *Terceiro*, os trabalhos de referida corte de direitos humanos poderiam ser mais abertos que os das cortes comuns, convergindo mais para o argumento moral e político do que para as circunstâncias fáticas.⁸² A colaboração do *amicus curiae*, por exemplo, deveria ser vista como enriquecedora do debate, e não ser tida como ameaça ao equilíbrio processual entre as partes. Tudo para se chegar à humilde conclusão de que as cortes especializadas em matéria de direito constitucional e de direitos humanos, espalhadas pelo mundo, também têm pontos favoráveis.

Para maior certeza, ante a grande generalidade de direitos humanos, uma corte especializada terá de construir um mecanismo de proteção para manter o número de julgamentos em níveis razoáveis. Incluem-se, aqui, por exemplo, o instituto da prescrição, o enxugamento do número de recursos e, finalmente, um procedimento de admissão mais ou menos arbitrário.⁸³ Ademais, uma corte com tais características deve zelar para que não se transforme em uma instância recursal de casos gerais.

b) *O problema deontológico-deonesistemológico*

A instituição de cortes especializadas em direitos humanos vem acompanhada, entretanto, de um significativo contragolpe: diferenciar os direitos humanos (enquanto normas *standards*) das leis gerais. Evidentemente, a bem da argumentação, tomando os direitos humanos por seu valor real (como qualquer outra norma), a missão parece bem simples: “tudo” que um julgador de direitos humanos deve fazer é avaliar se um ato legislativo, executivo ou judicial está em conformidade com o *standard* do direito humano em discussão. Na hipótese de litígios privados, a

81. Cf. WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1359, 1376 seqq.

82. Pode-se ver um desenvolvimento similar, de fato, durante as sessões do *Bundesverfassungsgericht*. Entretanto, estudos empíricos poderão ser necessários para confirmar essas evidências anedóticas, razão pela qual o argumento aqui exposto não se baseia nele.

83. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) rejeita mais de 95% de todas as ações constitucionais propostas pelos indivíduos. Disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/gb2016/A-IV-1.pdf;jsessionid=A600F80CF920F7BFD11CD6FE83E2DF17.2_cid361?__blob=publicationFile&v=2]. Acesso em: 28.02.2017.

corte de direitos humanos teria de lidar com uma decisão proferida por uma corte cível. Entretanto, a corte de direitos humanos não conseguirá desempenhar sua função especializada caso venha a se tornar segunda instância das decisões oriundas da corte cível. Por outro lado, ter-se-ia de limitar a norma *standard* para que fosse utilizada unicamente nas controvérsias sobre direitos humanos.⁸⁴ Enquanto para a perspectiva deontológica isso é perfeitamente justificável, torna-se uma árdua batalha para a perspectiva deonepistemológica. Como os tribunais têm na matéria civil amplas possibilidades (inclusive fulcradas nos direitos humanos), eles devem oferecer uma lógica dedutiva detalhada para justificar suas decisões, ao passo que as cortes de direitos humanos precisam lidar com um esfarrapado exercício de compensação. De alguma forma, isso pode colocar as cortes de direitos humanos em uma posição pior do que a das autoridades administrativas citadas anteriormente. A estas últimas, ao menos, é dado proferir um juízo de valor baseado em direitos humanos ou seguir normas mais específicas ao presumirem que estão em conformidade abstrata com os direitos humanos, podendo, ainda, transferir a apreciação para o Judiciário e aguardar que ocorra o melhor. Por sua vez, as cortes de direitos humanos não podem esperar sentadas, visto que devem proferir um juízo de valor. Distinguem-se três estratégias sobre como uma corte de direitos humanos pode lidar com seus problemas deontológico-deonepistemológicos, os quais foram bem enfrentados pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conquanto não se apresentem em ordem cronológica.⁸⁵

c) *Negação deonepistemológica*

A primeira estratégia de negação é a chamada deonepistemológica. É dizer: as cortes de direitos humanos trabalhariam as questões como se os direitos humanos fossem como quaisquer outras normas e formulariam seus juízos de valor em termos de subsunção (fase secundária ou final da lógica decisória) ao usarem silogismos que conferissem uma aparência de lógica dedutiva. O problema dessa estratégia é maximizar a incerteza jurídica. Os direitos humanos funcionarão como um “segundo direito privado” com super-indeterminação. O que será pior, pois, com a multiplicidade de decisões no âmbito da eficácia horizontal dos direitos humanos, surgirão, potencialmente, um *terceiro* e até um *quarto direito privado*.⁸⁶ A mera

84. Na doutrina alemã, chama-se “Lehre vom spezifischen Verfassungsrecht”, ver: BVerfGE 18, 85, 92 f. Ver também: SCHUMANN, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, 1963, 206 ff. e BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Grundgesetz und Zivilprozess*, 1983, 50 ff., 83 f.

85. Para análise instrutiva de um caso concreto, ver: KULICK, *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, 2236.

86. Ver, e.g., o caso infame *Caroline de Mônaco*, para o qual diferentes tribunais deram diferentes soluções para um conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa, com base em juízos de valor sobre os direitos humanos.

possibilidade de que toda solução jurídica com fundamento no direito privado seja superada pelos direitos humanos imporá uma barreira ao discurso privatista, sob a alegação do aumento dos custos de transação, o qual, em tese, lesaria toda a sociedade.

d) Negação deontológica

Os problemas recém-expostos podem ser usados como argumento para apresentar a *segunda* estratégia, chamada *negação deontológica*. Ao contrário da negação deonepistemológica, a estratégia da negação deontológica exigirá que as cortes de direitos humanos se abstenham dos conflitos de direito privado. Ou seja, as cortes de direitos humanos negar-se-ão a proferir decisão em questões de direito privado devido à indeterminação de seu *standard* de direitos humanos. Tal estratégia, porém, seria injusta para com o verdadeiro papel dos direitos humanos, que é controlar todas as repartições estatais, inclusive a justiça cível.

e) Mittelbare Drittwirkung (Teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais)

Em razão das dificuldades expostas, torna-se necessária uma *terceira* estratégia, que ofereça uma posição intermediária entre a negação deontológica e a negação deonepistemológica. É o que se designa pela expressão *mittelbare Drittwirkung*, ou seja, o efeito incidental indireto dos direitos humanos no direito privado. Cuida-se de uma tentativa de conciliar a superioridade deonepistemológica do direito privado com sua própria inferioridade deontológica no enfrentamento dos direitos humanos. Assim, a expressão torna-se mal interpretada quando vista sob o prisma de que os direitos humanos seriam, de alguma forma, “menos vinculantes” na justiça cível do que em outros órgãos da administração pública, o que não é verdade. As cortes cíveis sujeitam-se ao efeito imediato e direto dos direitos humanos na medida em que elas aplicam o poder público.⁸⁷ Por exemplo, se elas detêm alguém por mau comportamento em juízo ou por prática de ato administrativo para o qual não é competente, estarão agindo como qualquer outro setor ou autoridade do

87. Para uma ideia semelhante quanto ao efeito direito (*Direktwirkung*) das liberdades fundamentais conforme o direito norte-americano, ver: MÜLLER-GRAFF, *Europarecht* 2014, 3. Ver também *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 18 (1948): “O breve assunto é que, desde o momento da adoção da Décima Quarta Emenda até o presente, tem sido consistente a decisão desta Corte de que a ação dos Estados aos quais a Emenda se refere, incluindo a ação das cortes nacionais e dos agentes do Judiciário. Embora ao interpretar os termos da Décima Quarta Emenda, de tempos em tempos, diferenças têm sido expressas sobre se determinados tipos de ação estatal podem ser tomados como ofensivos às disposições da Emenda, mas nunca foi sugerido que a ação da corte estatal esteja imune a essas disposições simplesmente pelo fato de o emanar do Judiciário”. Observe-se, entretanto, que a Suprema Corte dos Estados Unidos não é uma corte especializada em direitos humanos.

governo. Todavia, este efeito imediato não antecipa consequências na aplicação de justiça distributiva no âmbito privado: Quando está em jogo a atividade específica de proferir julgamentos, os direitos humanos afetam, também, as partes do conflito privado. Assim, o nível do “judicial review” baseado nos direitos humanos deve respeitar, quando for o caso, a superioridade deontepistemológica do direito privado. Em virtude disso, por exemplo, os direitos humanos podem ser mais facilmente incorporados às cláusulas gerais contidas nos códigos civis, como a boa-fé e a ordem pública. Essas cláusulas, ao exporem deliberadamente o direito privado a um juízo moral e, por conseguinte, sacrificarem a segurança jurídica em nome de uma justiça de casos pontuais, convidam também a um necessário juízo de valor sobre os direitos humanos.⁸⁸

O marco do *mittelbare Drittwirkung* até agora delineado é algo duro e pronto. O autocontrole judicial, especificamente sobre a indeterminação dos direitos humanos, pode assumir e tem assumido, historicamente falando, inúmeras formas.

aa) Revisão com base racional

Uma forma de implementar o *mittelbare Drittwirkung* é reduzir o *standard* de revisão a outro tipo de revisão com base racional. Então, a revisão dos direitos humanos no âmbito do direito civil seria uma proteção contra identificáveis e evidentes descumprimentos dos direitos humanos nos tribunais cíveis. As cortes cíveis atuariam unicamente em casos graves. A lei privada estaria, mais ou menos, isenta. Em linhas gerais, o direito civil operaria sem os direitos humanos. Isso, porém, se aproximaria bastante da negação deontológica. Ademais, como poucas coisas no direito são tão obscuras quanto o *standard* dos meios de prova, o juízo de valor sobre a prova seria tão indeterminado quanto os direitos humanos em si mesmos. Logo, a revisão com base racional, por mais útil que possa parecer à primeira vista, é um tipo de *mittelbare Drittwirkung* que abrange o pior de dois mundos, por serem ambos deontológica e deontepistemologicamente insuficientes.

bb) Os direitos humanos orientados à reconstrução do direito privado

Em vez de reduzir o *standard* ou de suavizar a intensidade da revisão, uma corte de direitos humanos também poderá reconstruir o direito privado ao utilizar os direitos humanos como um princípio de exegese prevalente, delegando à justiça cível a interpretação mais refinada da constitucionalidade do direito privado. Tal estratégia tem a vantagem imediata de restringir os vereditos contramajoritários (que parte do direito privado descumpre em relação aos direitos humanos) a um

88. Curiosamente, na Alemanha, os conflitos de leis preveem uma cláusula de exceção que sugere, explicitamente, que sejam levados em consideração os direitos humanos. Ver: Art. 6 do Ato das Disposições Transitórias do Código Civil da Alemanha (EGBGB). Cf. SYMEONIDES, *Codifying choice of law around the world*, 2014, 156 seq.

número menor de casos. Como alternativa, haveria um enfoque no poder decisório, aplicando-se a legislação de modo escorreito, ou seja, em conformidade com os direitos humanos. E mais: os direitos humanos induziriam os juízos de valor a aterem-se ao processo hermenêutico de reinterpretar a legislação privada. Alguns esperam que isso amenize a indeterminação dos direitos humanos e a arbitrariedade com a qual são aplicados.⁸⁹

Contra essa opinião pode-se alegar o seguinte: parece mero palavreado afirmar que a separação de poderes e o autocontrole judicial reformulam o “judicial review” da legislação privada naquilo que toca à interpretação da lei. Tampouco existe grande diferença entre atribuir novo sentido a um estatuto baseado em juízos de valor sobre os direitos humanos ou desconstruí-lo dada a sua incongruência. Se houver alguma diferença, o Poder Judiciário deverá se ajustar, dando às cortes de direitos humanos mais opções do que defender ou rechaçar uma lei, ou seja, a opção de adaptar a aplicação da lei como entenderem mais adequado.⁹⁰ Ademais, enquadrar o “judicial review” fundado em direitos humanos como sendo um modo de interpretação encobre o juízo de valor nela embutido. Isso representa um desafio à utilização de conceitos contestáveis (tais como o discurso, a arte e outros) para incentivar um debate e um julgamento individualizado, transparente e fundamentado. Isso também confronta com a função das cortes especializadas em direitos humanos. Para isso, seria necessária uma divisão nítida entre a aplicação do direito privado e os juízos de valor que os direitos humanos conclamam. A revisão reconstrutiva faria exatamente o contrário. Como dito, é difícil ver até que ponto uma corte de direitos humanos aplica os cânones usuais de interpretação e em que ponto começa a gerar um equilíbrio para os direitos humanos. Ao mesmo tempo, existe, porém, outro risco, que é o de a corte de direitos humanos exceder seu marco institucional, vindo a ocupar uma posição de tribunal cível de segunda instância. Isso dificilmente poderia ser evitado, haja vista o fato de que a interpretação do direito privado é exatamente o que os tribunais cíveis fazem. Ao fim das contas, não se pode obter ambas as coisas. Se a reconstrução empreendida pelas cortes de direitos humanos for um *modus operandi* genuíno de revisão dos direitos humanos, ela se amoldará a estes. Dessarte, não é possível esperar que seja menos arbitrária que a aplicação direta dos direitos humanos na negação deonepistemológica. Por outro lado, se (e até que ponto) estiver tratando da interpretação da lei, não haverá razão para que uma corte especializada em direitos humanos seja mais apta a realizá-la do que uma corte cível.

89. KULICK, *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, 2236, 2240.

90. WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1354 seq., que utiliza a expressão “strong judicial review”.

cc) O judicial review versus a révision au fond (juízo de ampla revisão)

Um modo mais sofisticado de evitar as negações deontológica e deonepistemológica, ainda em referência ao papel específico das cortes especializadas em direitos humanos, é modificar o *objeto* da revisão. Em vez de revisar o significado ou o mérito de uma decisão, uma corte de direitos humanos deve dedicar-se exclusivamente ao procedimento e à lógica empregados pela corte cível. Isso conduz ao cerne daquilo que a corte cível desempenha, principalmente ao ato de conduzir um processo para que se alcance uma aplicação fundamentada da lei no caso concreto submetido ao colegiado (ela deixa de lado o julgamento sobre a controvérsia em si; assim, exclui exatamente a parcela da decisão que tem elo direto com a relação privada entre as partes, na qual a indeterminação dos direitos humanos é excessiva). Simultaneamente, rompe-se com o questionamento hermenêutico realizado pela corte de direitos humanos quanto aos trabalhos das cortes cíveis. A corte cível aplica o direito civil aos fatos. A corte de direitos humanos aplica direitos humanos *a essa mesma aplicação do direito civil a si próprio*. Logo, o *standard* da revisão é mais deliberativo que significativo. É somente nessa sublimação que os juízos de valor baseados nos direitos humanos se aplicam. Por exemplo, quanto mais diretamente uma decisão interferir nas garantias dos direitos humanos, tanto mais elaborada será a fundamentação que se espera do julgado proferido no cível. Ou, quanto mais longe um tribunal quiser levar os limites da interpretação – isto é, quanto menos plausível sua leitura se tornar à luz da redação da lei, perscrutando a intenção do legislador etc. –, tanto mais detalhadamente sua fundamentação terá de debruçar-se sobre estas questões.⁹¹ É certo que tal modelo se assemelha ao que denominamos anteriormente de *revisão de base racional*. Ainda assim, o retorno ao foco e à lógica processuais reduz muito a arbitrariedade implícita nos julgamentos fulcrados no “evidente descumprimento” dos direitos humanos, pois deixa tão claro quanto possível que a corte de direitos humanos não profere uma segunda opinião, e sim exerce um duplo controle do julgado oriundo da corte cível.

4. CONCLUSÃO

Neste estudo, esclareceu-se a relação entre o direito privado e os direitos humanos. Em síntese, os direitos humanos, devido a sua indeterminação, somente podem proceder a um leve reenfoque do processo de “judicial review” no direito privado. O questionamento deonepistemológico apresentado aqui não esgota a profundidade da discussão. Uma maior investigação comparativa faz-se necessária

91. No Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), aplica-se exatamente um *standard* traçado para lidar com decisões baseadas numa aplicação extensiva por analogia. Ver: THOMALE, ZGR 2013, 686, 694 ff.

para desenvolver a melhor compreensão estrutural do que ocorre no “judicial review” no direito privado. Deve-se trabalhar em uma perspectiva diferenciada no tocante às categorias específicas de direitos humanos e seus vários marcos institucionais. Nesse ínterim, “a compreensão geral, não contaminada (sic!) por preocupações culturais, históricas e políticas de cada sociedade”⁹², designada por Jeremy Waldron, não será de grande utilidade. Mais precisamente, há um argumento a favor da *razão pura* no tocante aos debates atuais sobre o “judicial review”, pois, com frequência, as contribuições se veem reféns das agendas políticas, principalmente por concordarem ou não com certas decisões ou, por esse mesmo motivo, criticarem o “judicial review”. Seja como for, ainda é necessário relutar em ver o atrincheiramento cultural de práticas constitucionais, tais como o “judicial review” em termos de “contaminação”, no sentido utilizado por Kelsen. Pelo contrário, elas podem enriquecer uma análise, visto que a pura razão prática já se presta a constituir as bases. Alguém pode estar se perguntando, por exemplo, se o fenômeno das cortes constitucionais especializadas está ligado, de alguma forma, aos períodos pós-ditadura como poderiam propor, *inter alia*, a Espanha e a Alemanha. Em especial, a História alemã até pode estar contaminada, mas não descarta o questionamento, e sim o promove.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O futuro dos Direitos Humanos, de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - RDT 147/269-275 (DTR\2012\450652).

92. WALDRON, *The Yale Law Journal* 115 (2005), 1346, 1352; Waldron usa o conceito de “contaminação” como conceito oposto ao termo de “Reine Rechtslehre” de Kelsen para descrever uma compreensão que deriva diretamente da ideia de direito em si, independentemente do contexto cultural ou histórico.