POSSIBILIDADES E LIMITES DA CRIATIVIDADE JUDICIAL: A RELAÇÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA RAZOÁVEL (E O PROBLEMA DO DESCONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS)

POSSIBILITIES AND LIMITS OF JUDICIAL CREATIVITY: THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE OF LAW AND REASONABLE JUDICIAL DEBATE (AND THE UNFAMILIARITY PROBLEM OF HUMAN RIGHTS)

José Ricardo Cunha et alii*

Recebido para publicação em outubro de 2005

Resumo: O presente artigo pretende, inicialmente, delimitar o conceito de "criatividade" judicial e discuti-lo à luz dos ideais inscritos no princípio do Estado de Direito e dos argumentos da incompetência técnica, da legitimidade democrática e a da imprevisibilidade. Em um segundo momento, procurar-se-á construir uma interpretação acerca da criatividade judicial em consonância com os conteúdos normativos do Estado de Direito e da idéia de razão pública, mas que, ao mesmo tempo, não seja positivista, isto é, que reconheça que há direito para além das normas legais, condicionando a sua validade, no entanto, ao cumprimento das exigências normativas inscritas nos ideais supramencionados. Por último, com fundamento em pesquisa empírica desenvolvida junto ao TJRJ, discutir-se-á o (*des*)conhecimento pelos magistrados das normativas internacionais sobre direitos humanos e sua contribuição para a reduzida efetividade de tais direitos no âmbito da prestação jurisdicional, bem como para um elevado grau de "criatividade", porém desnecessário, das decisões judiciais sobre questões envolvendo bens jurídicos protegidos por normas de direitos humanos.
Palavras-chave: Criatividade judicial. Estado de Direito. Direitos Humanos.

Abstract: This present essay intends, firstly, to delimit the concept of judicial "creativity" and discuss it by the conception added in the State of Law principles and the arguments of technical incompliance, the democratic legitimacy and unexpected. In the second moment tries to build a interpretation about the judicial creativity inside the normative matter of State of Law and the idea of a public reason, but that, at the same time, do not be positivist, that is, recognizes that there are rights over and above of rules of law, conditioning its value, meanwhile, to the accomplishment of normative requirements registered in the ideas above mentioned. At last, well founded in experimental research developed close to TJRJ (Superior Court of Rio de Janeiro), will discuss the knowledge (or not) by the judges for the international normative about human rights and the contribution to the decreased effectiveness of such rights in the range of jurisdictional relief, as well as to a high degree of "creativity", even so unnecessary, of judicial decisions about questions involving judicial property protected for rules of human rights.
Key Words: Judicial Creativity. State of Law. Human Rights.

---

*O presente artigo é de autoria coletiva, tendo sido escrito no âmbito das atividades do Grupo de Pesquisa que investiga e justiciabilidade dos Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. São autores dos presentes artigo: José Ricardo Cunha (Doutor em Direito e professor da UERJ e FGV Direito Rio); Alexandre Garrido da Silva (Mestrando em Direito Público pela UERJ e Professor substituto na UERJ); Diego Werneck Arguelhes (Mestrando em Direito Público pela UERJ e Pesquisador na FGV Direito Rio); Diana Neves, Tamara Vaz de Melo, Ana Claudia da Silva Frade, Andréia da Silva Frade, Bruno Gazzaneo Belsito e Cecília Barcellos Zerbini (Graduandos em Direito pela UERJ); Priscila de Santana (Graduanda em Direito pela PUC-Rio); Joaquim Cerqueira Neto e Ana Carolina Cerqueira Vargas (Graduandos em Direito pela UCAM.

1. Introdução

A discussão em torno da definição, da extensão ou do grau de "criatividade" judicial certamente constitui, ao lado da clássica querela entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, um dos temas mais debatidos no âmbito da Filosofia e da Metodologia do Direito. Todas as perspectivas metodológicas e filosóficas no âmbito do Direito – por exemplo, as diferentes modalidades de realismo e positivismo jurídicos, bem como as inúmeras correntes pós-positivistas – sem exceção, dedicaram extensas páginas contendo reflexões sobre a temática.

O presente artigo pretende, inicialmente, delimitar teoricamente o conceito de "criatividade" judicial e discuti-lo à luz dos ideais inscritos no princípio do Estado de Direito e dos argumentos da incompetência técnica, da legitimidade democrática e a da imprevisibilidade, que dizem respeito ao debate sobre a legitimação da atividade jurisdicional.

Em um segundo momento, procurar-se-á construir uma interpretação acerca da criatividade judicial em consonância com os conteúdos normativos do Estado de Direito e da idéia de razão pública, mas que, ao mesmo tempo, não seja positivista. Isto é, que reconheça que há direito para além das normas legais, condicionando a sua validade, no entanto, ao cumprimento das exigências normativas inscritas nos ideais supramencionados que conformam as nossas intuições básicas sobre o funcionamento das instituições em uma sociedade pluralista e democrática.

Por último, com fundamento em pesquisa empírica desenvolvida junto ao TJRJ, discutir-se-á o (*des*)conhecimento pelos magistrados das normativas internacionais sobre direitos humanos e sua contribuição para a reduzida efetividade de tais direitos no âmbito da prestação jurisdicional, bem como para um elevado grau de "criatividade", porém desnecessário, das decisões judiciais sobre questões envolvendo bens jurídicos protegidos por normas de direitos humanos.

Neste sentido, o artigo pretende fundamentar, teórica e empiricamente, a seguinte assertiva: quanto maior o desconhecimento das normas sobre direitos humanos pelos magistrados, tanto maior será o grau de "criatividade" das motivações das decisões judiciais sobre tais direitos. O desconhecimento conduz, neste diapasão, à elaboração de motivações judiciais "criativas", porém desnecessárias, pois a mesma decisão poderia ser mais bem fundamentada recorrendo à força imperativa e positiva das normas internacionais de direitos humanos regularmente incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio.

2. Em torno da "criatividade judicial"

2.1. O Ponto de Partida: Conceituação e Análise do Fenômeno da "Criatividade" segundo Mauro Cappelletti

A "criatividade" dos juízes tem sido objeto de polêmica entre juristas e filósofos do direito. Vasta literatura já foi produzida a respeito do papel desempenhado pelo magistrado no julgamento de um caso concreto. Para alguns, o juiz seria mero intérprete-aplicador do direito; para outros, participaria, *lato sensu*, da atividade legislativa - vale dizer, da criação do direito. Mauro Cappelletti afirma que o problema da criatividade da função jurisdicional - ou seja, da produção do direito por obra dos juízes - deriva de outra discussão, referente ao nexo entre processo e direito substancial. Quais as origens da impressionante expansão, ao longo do século XX, do papel criativo dos juízes? Segundo o autor, o crescimento do "direito judiciário" ou "jurisprudencial" nesse período está inti-

mamente relacionado com o aumento da produção legislativa, ocorrido tanto nos países da *Common Law* quanto nos de *Civil Law*. Assim, o engrandecimento do Judiciário representaria o necessário contrapeso, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno, isto é, do Legislativo e do Executivo (Cappelletti, 1993).

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que inexiste qualquer antítese entre a interpretação judiciária da lei e a criatividade dos juízes. Mais do que isto, Cappelletti defende a idéia de que em toda e qualquer interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade, de modo que o cerne da questão não se encontra na alternativa criatividade-não criatividade dos juízes. Se partirmos da idéia de que em toda interpretação de norma jurídica há sempre certa dose de criatividade, a verdadeira problemática está no *grau* de criatividade e nos *modos*, *limites* e *legitimidade* da criatividade judicial. Nas palavras do autor:

"... interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, 'aplicá-los' e 'realizá-los' em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete.(...) Por mais que o intérprete se esforce para permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa" (Cappelletti, 1993: 21 e 22).

O ato de interpretar, então, não se contraporia ao ato de criar; muito pelo contrário, o primeiro abrangeria necessariamente o segundo. Cappelleti reconhece, porém, que o reconhecimento da inevitabilidade de algum grau de criatividade em todo ato de interpretação - ou seja, de um elemento de discricionariedade e, portanto, de escolha - não deve ser confundido com a afirmação de *total* liberdade do intérprete. O juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não estaria completamente livre de vínculos, devendo obedecer a limites processuais e substanciais estabelecidos pelo sistema jurídico; a discricionariedade há pouco mencionada não deve ser confundida com arbitrariedade.

2.2. São os Juízes Legisladores"?

Os limites substanciais não podem constituir o elemento *sine qua non* da atividade jurisdicional, já que variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e até no âmbito da mesma época e sociedade. Como exemplos de tais limites, Mauro Cappelletti cita os precedentes judiciários, opiniões de jurisconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembléias, leis de parlamentos, entre outros. Esses elementos funcionam como limites na medida em que o juiz tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação no direito judiciário ou legislativo, e não apenas em conceitos vagos. Por isso, apesar de sua variabilidade ao longo do tempo e entre sociedades distintas, os limites substanciais não seriam completamente privados de eficácia:

"Criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente "direito livre", no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta" (Cappelletti, 1993: 26).

Assim, os limites substanciais, diversamente do que Cappelletti chama de "processuais" ou "formais", não podem funcionar como elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. A única diferença material entre essas duas atividades se encontraria na freqüência ou quantidade de tais limites. O legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, depara-se o juiz, donde Cappelletti conclui que, do ponto de vista substancial, a criatividade do legislador pode ser quantitativamente - mas não qualitativamente - diversa da do juiz (Cappelletti: 1993: 26 e 27). Tanto o processo legislativo, quanto o jurisdicional constituiriam processos de criação do direito, não havendo diferença de natureza entre eles, sob o prisma dos limites substanciais. Mas o autor destaca que a questão se põe em termos totalmente diversos se examinada do ponto de vista processual.

2. 3. "Virtudes Passivas" e a Especificidade do Papel do Juiz

Alguns autores mais radicais, como Lord Diplock, acreditam que, em razão de sua própria função, os tribunais estão constrangidos a agir como legisladores. No entanto, outros, como o próprio Cappelletti, sustentam que os juízes criam sim direitos, uma vez que têm a função de interpretar e esclarecer o direito, mas que isto não significa que sejam legisladores, visto que há diferenças entre os processos legislativo e jurisdicional quanto ao modo de formação do direito. Para este, ambos os processos, judiciário e legislativo, resultam em criação do direito, entretanto, há diferenças quanto ao modo ou estruturas desses processos. Somente um juiz ruim agiria com os procedimentos típicos do legislador[1] (Cappelletti, 1993: 74).

Nesta linha de pensamento, o elemento distintivo da atividade jurisdicional não estaria relacionado com a falta de criatividade, mas sim com a sua passividade no plano processual. Haveria, portanto, limites processuais que determinam a natureza da função jurisdicional e constituem uma fonte de legitimação diversa dos poderes políticos (fazem o processo jurisdicional de criação do direito ser diferente do legislativo), quais sejam: a) a conexão da atividade decisória com as partes dos casos concretos; b) a imparcialidade (o juiz deve estar livre de pressões externas); c) princípio do contraditório (oportunidade de defesa das partes, isto é, oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial); d) a independência em relação às pressões externas, principalmente de ordem política e e) princípio da inércia (o juiz precisa ser provocado para realizar suas atividades), ou em palavras diversas, *nemo judex sine actore* (Cappelletti, 1993: 76).

É justamente o respeito a essas ancestrais "virtudes" – e não alguma preferência por decisões deste ou daquele teor – que constitui a própria identidade funcional do juiz. Nas palavras de Cappelletti:

"O juiz que decidisse a controvérsia sem pedido das partes, não oferecesse à parte contrária razoável oportunidade de defesa, ou se pronunciasse sobre o seu próprio litígio, embora vestindo a toga de magistrado e a si mesmo se chamando de juiz, teria na realidade deixado de sê-lo" (Cappelletti, 1993: 80).

Tais características são tão próprias do processo judiciário de criação do direito que, hoje em dia, em alguns países ocidentais, fala-se na "jurisdicionalização" dos processos legislativo e administrativo. Isto porque foram adotados alguns instrumentos e regras vinculantes aos legisladores e administradores para que eles concedessem audiência aos grupos interessados nas matérias que por eles fossem reguladas,

protegendo, assim, certas maiorias ou minorias mal representadas ou organizadas.

Assim sendo, aquelas características acima mencionadas, quando trazidas para os processos legislativo e administrativo, não se apresentariam da mesma forma como no processo jurisdicional, visto que eles não precisam de "impulso" – devem agir por si mesmos. Assim, a "jurisdicionalização" se daria de maneira incompleta.

Vale notar que existe certa relatividade na separação funcional dos poderes, ou seja, o Judiciário, em alguns poucos casos, pratica atividades legislativas ou administrativas propriamente ditas. Por exemplo, os tribunais, quando editam regras técnicas do processo, com as quais vão trabalhar, realizam nada mais do que uma função legislativa; ou, quando exercem o poder de emanar "diretivas" gerais em tema de interpretação, vinculantes aos tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto, como no caso das cortes supremas dos países da Europa Oriental.

3. Principais Problemas e Limites da Criação Judicial do Direito

3.1. De Volta aos Juízes "Legisladores"

Como discutimos no tópico anterior, tanto a atividade legislativa, quanto a jurisdicional são em alguma medida substancialmente "criativas".[2] Mas como esse dado inevitável pode ser compatibilizado com nossas intuições básicas acerca de idéias como "separação de poderes" e "democracia"? A discussão em torno da *distinção* entre as diferentes funções estatais – especialmente entre legislação e jurisdição –, bem como das *fronteiras* entre elas, tem sido um importante e permanente tópico de debate entre teóricos e operadores do direito.[3] Neste trabalho, na esteira de Mauro Cappelletti, parte-se da premissa de que o esforço de diferenciação entre o ato de legislar e o ato de julgar é possível e, mais do que isso, necessário.

Se nenhuma dessas duas atividades – legislação e jurisdição – é puramente mecânica, não podemos fundamentar uma distinção segura com base apenas no critério da "criatividade". Ao menos não levando em conta o *conteúdo* do ato criador de direito. Para retomar a argumentação de Cappelletti nesse sentido, já anteriormente exposta, pode-se dizer que o que diferencia o juiz do legislador é sua *passividade no plano processual*, e não no plano substancial. Assim, legislação e jurisdição são dois processos cujos conteúdos por vezes parecem se sobrepor, sem que, no entanto, suas *estruturas* ou *procedimentos* possam ser minimamente confundidas. Segundo o autor, as chamadas *virtudes passivas* da função judicial – entre as quais a inércia jurisdicional, o respeito ao contraditório e a imparcialidade do julgador – a diferenciam profundamente da função legislativa.

A argumentação parece ser persuasiva, e relativamente próxima de nossas intuições sobre os deveres inerentes ao ofício judicante: juízes atuam dentro de trâmites processuais específicos, que sedimentam a sua posição de *imparcialidade*, necessária à tomada de decisão. Mas será mesmo que os únicos deveres decisivos do juiz são *processuais*? Poderíamos considerar completa a tese de Cappelletti acerca da natureza específica da função judicial sem uma adequada ênfase nos limites *materiais* às decisões dos juízes? Se o julgador ouvir as partes envolvidas, só agir mediante provocação, manter uma atitude de imparcialidade e honrar todas as virtudes processuais, todos os problemas em torno da "criatividade" da função judicial no plano material podem ser afastados como irrelevantes? Como já observado, a resposta do próprio Cappelletti é negativa. Se, por um lado, o autor reconhece e adota como pre-

missa o caráter inevitavelmente criativo de toda decisão judicial, por outro, identifica a questão central como sendo de *níveis de criatividade*, mais especificamente do estabelecimento do *nível de criatividade* que se deve esperar dos juízes (ou até mesmo incentivá-los a adotar) em uma dada sociedade.[4]

Nesse ponto, porém, é preciso reconhecer que a fixação desse *grau de criatividade* está longe de ser pacífica. Há um crescente movimento de crítica à divulgação da idéia de "criação judicial do direito", mesmo entre quem reconhece – como Cappelletti – que a atividade desenvolvida pelos juízes não é mecânica, nem é imune a elementos externos (e muitas vezes contrários) ao direito positivo. Para os fins do presente trabalho, essas críticas podem ser agrupadas em três grandes categorias, que passamos a analisar.

3.1.1. O Argumento da Incompetência Técnica

Independentemente da qualidade de sua formação jurídica, os juízes em geral não têm capacidade de desenvolver por conta própria as investigações que a "criação" da melhor norma para o caso concreto pode demandar. Quando estiverem em jogo problemas sociais, econômicos e políticos de alta complexidade – o que é particularmente agravado em um contexto de jurisdição de massa, no qual a mesma decisão tenderá a ser reproduzida para inúmeros titulares de idênticos direitos –, o conhecimento da doutrina e da jurisprudência é largamente insuficiente para o bom exercício da função jurisdicional. Isto é especialmente válido se entendermos que o juiz deve *sempre* construir a melhor decisão possível (isto é, a mais "justa") para cada caso. Além disso, os integrantes do Poder Judiciário muitas vezes não dispõem sequer da estrutura e dos recursos (humanos e financeiros) por meio dos quais os Poderes Legislativo e Executivo, suas comissões e ministérios produzem ou solicitam a produção de pesquisa e levantamentos sofisticados (Cappelletti, 1993: 87).

Pense-se, por exemplo, no que aconteceria se a determinação do salário mínimo em todo o território nacional ficasse a cargo única e exclusivamente de um juízo judicial sobre qual quantia é necessária para cumprir o art.7º da Constituição. O impacto sobre a realidade sócio-econômica de cada aumento ou diminuição de centavos é impossível de ser previsto pelo juiz. Em problemas sociais como esse - que Lon Fuller chama de "policêntricos" - o julgador tem diante de si algo como uma "teia de aranha": puxar um fio em uma direção alterará toda a dinâmica da estrutura; se o puxar com força redobrada, o resto da teia não será duplamente tensionado, mas sim alterado de uma forma difícil ou até mesmo impossível de prever (Fuller, 1958: 395).

Cappelletti procura relativizar a força desse argumento por meio da constatação de que os poderes eleitos também já demonstram altos níveis de "incompetência institucional".[5] No próprio caso do salário-mínimo, acima exposto, não é difícil perceber que, no Brasil, *nem mesmo o Poder Executivo ou o Poder Legislativo* têm boas condições de tomar uma decisão bem fundamentada e adequada sobre a fixação desse valor.

Contudo, os críticos da "criação judicial do direito" podem apresentar a seguinte versão mais sofisticada do argumento da incompetência: não se trata apenas de qual poder ou órgão está mais qualificado tecnicamente para tomar as decisões, mas sim de qual poder ou órgão está mais *legitimado* a tomar essa decisão específica, ainda que errada. É nesse ponto que entra em cena o problema da *legitimação democrática* das decisões judiciais "criativas".

3.1.2. O Argumento da Legitimidade Democrática

O insulamento político do Judiciário tem sido apontado por muitos autores como uma razão para permitir que os juízes – e não os legisladores – decidam questões polêmicas, cuja solução se encontra muito além da mera compreensão do significado da linguagem que o legislativo escolheu para veicular suas decisões. Em um fórum estritamente político, como o da deliberação nas casas legislativas, certas minorias ou mesmo indivíduos podem não encontrar a devida consideração para seus interesses. Os motivos para essa dificuldade podem variar.

Na melhor das hipóteses, o motivo será, sobretudo a tendência do legislativo de olhar primordialmente para a coletividade, para os problemas gerais, não sendo sua função compatível com uma análise detalhada de *todos* os argumentos de *todos* os possíveis interessados ou afetados por cada decisão. Além disso, mesmo que a minoria tenha representantes conscientes em meio ao grupo de legisladores, como regra geral o critério decisivo na tomada de decisões nesta esfera continua sendo a regra da maioria. Se a regra da maioria significa algo de "democrático", é justamente porque se espera dos legisladores que sejam em alguma medida sensíveis às demandas populares e à pressão da opinião pública.

Na pior das hipóteses, por outro lado, afirma-se que o Poder Legislativo nada seria além de instrumento nas mãos de *lobbies* e grupos de interesse que se organizam para pressionar a atividade legiferante na direção de seus interesses específicos. Em ambos os casos, contudo, estamos diante de *imperfeições* inevitáveis da democracia que justificam uma atuação mais *ativa* por parte do juiz.[6] Se por trás da democracia e da técnica da separação de poderes existe algum ideal, é justamente o da distribuição eqüitativa de poder político, com vistas à preservação da liberdade dos cidadãos. Nessa linha de raciocínio, autores como Ronald Dworkin, argumentam que a democracia não apenas permite, mas *exige* que os juízes se afastem das normas postas pelo legislativo em prol da proteção dos direitos de minorias que, de outra forma, teriam o seu valor político diminuído em face da sua pouca capacidade de organização ou de mobilização da opinião pública (Cappelletti, 1993: 74-75). A imparcialidade dos juízes e a natureza peculiar da função jurisdicional instauram um "fórum de princípio", afirma Dworkin, onde cada indivíduo terá os seus interesses e argumentos analisados em seus próprios méritos, independentemente da opinião social a seu respeito (Dworkin, 2001: 38). Esse tipo de atuação judicial tem no exercício do controle de constitucionalidade o seu momento mais nítido.

Em linhas gerais, o problema do déficit de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade se explicita sob duas perspectivas distintas: por um lado, os integrantes do Judiciário, quer sejam os juizes de instâncias inferiores, quer sejam os integrantes dos tribunais, não são eleitos, e por conta disso, não encontram sua legitimidade diretamente fincada na escolha popular. Assim, ao decidirem contra decisões tomadas pelos poderes eleitos, sofrem do chamado *déficit contra-majoritário*.[7] Se a decisão de uma corte com poderes de controle de constitucionalidade prolatada em última instância não for passível de recurso, os juízes terão nas mãos a possibilidade de afastar normas criadas por agentes regularmente eleitos – mas a sua legitimidade para tanto é questionável. Além da falta de sujeitabilidade jurídica das decisões judiciais (em última instância, não são recorríveis por meios políticos), um segundo fator deve ser considerado:

geralmente, os membros de um tribunal constitucional não são politicamente responsáveis – não podem ser destituídos por meios políticos.[8]

Ronald Dworkin, porém, bem como outros autores contemporâneos, afirma que, cabendo a decisão final a um grupo de indivíduos que não recebe sua autoridade da vontade popular direta, o resguardo aos direitos das minorias estaria mais bem assegurado. Assim, o insulamento político dos juízes pode ser descrito como uma das vantagens da atuação judicial sobre certo tipo de problemas, impedindo que a palavra final sobre os mesmos fique com o Legislativo (Cappelletti, 1993: 89).[9] Mas o argumento de Dworkin pode ser voltado contra si mesmo. Pois, em um certo sentido, é compreensível que os poderes democraticamente eleitos estejam profundamente envolvidos nas matérias submetidas à sua apreciação. Por mais que atualmente seja recomendável que o Poder Legislativo e o Poder Executivo, antes de tomarem uma medida qualquer, escutem o maior número possível de setores e grupos sociais potencialmente afetados pela medida, seria inadequado afirmar, por exemplo, que o legislador *desrespeitou os limites de sua função* ao aprovar uma lei no interesse de uma eventual maioria legislativa, ou de um *lobby* atuante no processo de deliberação (Cappelletti, 1993: 77). Em alguma medida, o legislativo *precisa* ser parcial – caso contrário, a própria idéia de "representação" ficaria comprometida.

Há um aspecto do problema que Dworkin e Cappelletti não enfatizam como deveriam. Parece plausível supor que tanto o Legislativo, quanto o Judiciário são capazes de tomar decisões *erradas* – incoerentes, embasadas em interpretações equivocadas de fatos, injustas etc. O problema é que, se qualquer tomador de decisão pode cometer um erro, muitas vezes é preferível deixar que certas questões sejam resolvidas por órgãos eleitos, especialmente problemas políticos e morais delicados (como o aborto, por exemplo, ou a eutanásia), pelo simples fato de que o erro em uma decisão política pode ser alterado pela mobilização da opinião pública e do congresso no sentido contrário, enquanto um erro na decisão judicial (de um tribunal superior, por exemplo) é em geral muito mais difícil de ser alterado e pode gerar conseqüências nefastas.[10] Em questões espinhosas, sobre as quais a sociedade está profundamente dividida, o insulamento político dos juízes é um problema na medida em que traz consigo a *irresponsabilidade política*: por não temerem a opinião pública, os juízes simplesmente a ignoram em casos nos quais *deveriam* levá-la em consideração, ainda que sem lhe conferir peso decisivo.

3.1.3. O Argumento da Imprevisibilidade

Independentemente do problema da legitimidade do Judiciário para a atuação "criativa", argumenta-se que decisões desviantes das fontes formais do Direito são não apenas *prejudiciais* à sociedade como um todo, como também *injustas*.

Primeiro, a injustiça de tais decisões estaria vinculada à sua *imprevisibilidade*. Como afirma Canotilho, só podemos considerar como instituinte de um "Estado de Direito" um regime que forneça segurança às pessoas, aqui entendida não no sentido físico (isto é, como garantia de integridade pessoal), mas sim como *possibilidade de planejamento*. Segundo, decisões que se afastem do direito vigente são injustas por que, em última instância, funcionam de forma verdadeiramente *retroativa*: a norma utilizada para decidir o caso não existia no momento em que o conflito surgiu. Assim, pelo menos uma das partes pode estar sendo prejudicada pela aplicação de uma norma *com base na qual não teria nenhuma possibilidade de se planejar*; pratica-se

um ato de boa fé, imaginando ser o mesmo conforme o direito, para então descobrir no momento da sentença que, de acordo com um critério extrajurídico empregado pelo juiz, a conduta passou a não ser permitida.

Em síntese, a "criatividade" do juiz entra em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade e, dessa forma, se afigura como "iníqua", porque "colhe a parte de surpresa" (Cappelletti, 1993: 85). É impossível para os cidadãos se informarem de antemão acerca de uma "norma judicial" se ela na prática foi criada (ou completamente reconstruída) *ad hoc* pelo juiz para resolver o caso. Por mais justa que a aplicação dessas regras possa ser diante de um caso concreto, o Direito precisa cumprir uma relevante função de *fornecimento de pautas de conduta* com base nas quais o cidadão tomará as decisões em seu cotidiano. (Hart, 1994)

A generalização de decisões imprevisíveis prejudicará o cumprimento dessa função. Nas palavras de Canotilho:

"Das regras da experiência derivou-se um *princípio geral da segurança jurídica* cujo conteúdo é aproximadamente este: as pessoas – os indivíduos e as pessoas coletivas – têm o direito e poder confiar que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em atos jurídicos vigentes e válidos ou em atos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas se ligam aos efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico" (Canotilho, 1999: 73-74). Não se pode simplesmente ignorar o papel de estabilização de expectativas que o direito cumpre nas sociedades contemporâneas; mesmo que os juízes fossem dotados de sabedoria e conhecimento infinitos, o resto da população – sem essa sabedoria e esse conhecimento – não teria como se planejar, por não ter os meios necessários a uma mínima previsão de como os conflitos seriam decididos.

Vale notar que esse não é apenas um problema de eficiência do sistema como um todo, mas igualmente uma questão de justiça: uma decisão que *inove* completamente no repertório de normas jurídicas vigentes é, em última instância, um *comando* com eficácia retroativa, o que se afigura intolerável em um Estado de Direito (Neumman, 1999: 39).

3.2. Júpiter e Hércules: Duas Matrizes para Avaliar o Problema da "Criatividade"

A análise dos argumentos que usa Cappelletti para confiar na "criatividade judicial", bem como a análise dos problemas apontados, deixa transparecer que este debate muitas vezes parece se dar a partir de *concepções distintas da atividade judicial*. Para esclarecer esse ponto, utilizaremos a descrição que o belga François Ost faz das *matrizes* a partir das quais o ato de julgar é enfocado, cada uma com preocupações, finalidades e compromissos distintos. Na verdade, o autor imagina um "modelo de juiz" em correspondência com cada uma das três matrizes propostas - Júpiter, Hércules e Hermes (Ost, 1993). Para os fins deste trabalho, enfocaremos apenas os dois primeiros paradigmas, na medida em que, por serem os mais comuns (Hermes é, na verdade, o modelo que Ost julga mais adequado para os desafios que o futuro começa a impor à magistratura e ao próprio Direito), funcionam mais adequadamente como chave explicativa para compreender as preocupações por trás de críticos e defensores da criatividade judicial.

Em linhas gerais, o direito Jupiteriano adota a forma de lei, expressão da vontade do legislador. Do foco supremo de juridicidade – a norma fundamental do ordenamento jurídico positivo, isto é, a Constituição – emana o resto do Direi-

to, em forma de decisões particulares. O modelo de Hércules, por sua vez, faz do homem, mais concretamente o juiz, a fonte do único direito válido; ele não reconhece outro direito que não aquele criado pela e na decisão, que, portanto, possui uma autoridade que independe da lei. A singularidade e o concreto do caso se sobrepõem à generalidade e abstração da lei.

Podemos relacionar diversos institutos jurídicos contemporâneos com cada um desses modelos – a sistematização de normas jurídicas em Códigos e a supremacia da Constituição, por exemplo, ligados ao modelo jupiteriano, e os procedimentos de urgência, que refletem uma racionalidade do tipo "hercúleo", voltada para a resolução mais adequada dos problemas dos indivíduos que recorrem ao Judiciário. (Ost, 1993:169-172)

Aprofundando a análise, Ost observa que o modelo Júpiter de juiz se constitui simbolicamente através da representação de um código ou uma pirâmide. Relaciona-se ao modelo jurídico clássico, que traduz as exigências do Estado Liberal do século XIX, isto é, o modelo do Direito codificado, articulado de forma hierárquica e piramidal. A relação com a concepção kelseniana do ordenamento jurídico como pirâmide é aqui evidente. O movimento da construção dessas cadeias hierárquicas é sempre linear e unidirecional: para apreciar o fundamento de validade das normas, ascender-se-á da norma inferior à norma superior, para chegar à norma fundamental que habilita a autoridade suprema a criar Direito válido; por outro lado, para prever a criação de uma nova norma jurídica, toma-se o caminho inverso.

A racionalização última deste modelo jurídico chega às Constituições modernas. Impõe-se a idéia de reunir todo o material jurídico num Código unitário que apresente as qualidades de coerência, completude, claridade, não redundância e simplicidade. Não se limita a uma simples justaposição dos conceitos e princípios estritamente derivados de alguns axiomas iniciais. Esse modelo do código envolve quatro colorários: (Ost, 1993: 174-175)

Primeiro, o *Monismo jurídico*: por oposição à dispersão dos focos do Direito, o material jurídico adota a forma dominante da lei e esta se acopla em códigos, reforçando ainda mais a sistemática e a autoridade. Segundo, *Monismo político* ou *soberania estatal*: a codificação supõe o resultado de um processo de identificação nacional e de centralização administrativa que culmina na figura do soberano. A multiplicidade de instituições, estados e corpos intermediários do Antigo Regime e os múltiplos consensos setoriais são, respectivamente, substituídos pelo espaço da vontade nacional e pelo consenso nacional (real ou imposto), cujo código traduz as principais opções. Terceiro, *primazia da racionalidade dedutiva e linear*: as soluções particulares são deduzidas de regras gerais, derivadas estas de princípios mais gerais, seguindo interferências lineares e hierarquizadas. Por último, a *concepção do tempo orientado em direção a um futuro controlado*: trata-se da crença, eminentemente moderna, do progresso da história, isto é, da idéia de que a lei – antecipando um estado de coisas possível e considerado preferível - pode fazer chegar a um porvir melhor.

Segundo Ost, no Direito Jupiteriano a única e legítima fonte é lei fundamental. Dela derivam todas as outras regras, construindo um sistema jurídico hierarquizado e ordenado, proferido de cima para baixo. A legalidade é condição necessária e suficiente para a validade da regra, sendo então suficiente que a norma tenha sido editada pela autoridade competente e segundo os procedimentos adequados. Nessa linha, derivação e fundamentação são as operações necessárias e suficientes para efetiva vali-

dade da regra que será aplicada na decisão proferida aos casos particulares; a solução do caso concreto e singular se encontra deduzida de uma regra geral e abstrata.

Assim, o direito determina o que a regra geral ou superior prescreve, não havendo, portanto, qualquer possibilidade de o juiz se abster de sua fiel observância, porquanto se revela como ato de vontade do Estado-legislador. Resta apenas seguila e aplicá-la no caso concreto.

O modelo de Hércules, por sua vez, expressa uma perspectiva completamente distinta. A figura do profissional encarregado de aplicar o direito – o juiz – ganha o primeiro plano, como reflexo do crescimento das funções judiciais ligadas às exigências do Estado Social do século XX. Em contraposição ao juiz jupiteriano ("homem de lei"), Hércules atua como um engenheiro social. Tal evolução, sobretudo no que diz respeito às jurisdições constitucionais habilitadas para apreciar a constitucionalidade das leis, conduz à relativização do mito da supremacia do legislador.

Nessa perspectiva, o Direito não é um simples conjunto de regras, mas um fenômeno fático complexo, formado pelos comportamentos das autoridades judiciais. Muda-se, assim, radicalmente a perspectiva do Direito, agora visto simbolicamente sob a forma de uma pirâmide invertida ou de um funil - a criação do direito se dá através do juiz, o qual faz imperar a singularidade do caso particular face às regras gerais e abstratas. Aquelas regras apenas ganham consistência quando o juiz aprecia o fato e formula sua decisão, não passando as mesmas de mera justificação *a posteriori*. A regra não constitui mais do que uma justificativa da decisão (na medida em que ela não se impõe *a priori*), mas apenas uma previsão da futura decisão. É a regra que deriva da decisão, e não o inverso.

Aqui, a efetividade é condição necessária e suficiente para a validade; a legalidade da regra não é mais levada em consideração. O Direito se reduz ao fato, à indiscutível materialidade da decisão. Essa exortação da criatividade judicial tem como resultado a proliferação de decisões particulares e específicas; a generalidade e a abstração da lei deixam lugar à singularidade dos casos concretos. A própria racionalidade jurídica perde espaço para os saberes oriundos de campos ligados à análise da realidade social, como a economia, a contabilidade, a medicina, a psicologia (Ost, 1993: 178).

Em última instância, o próprio juiz é a única fonte válida do Direito, cabendo a ele dar consistência às simples possibilidades jurídicas, ao tomar decisões particulares. As decisões judiciais passam, então, ao coração do sistema.

De que forma essas duas matrizes podem nos ajudar a compreender o debate acerca da criatividade judicial? Júpiter e Hércules são úteis como *chaves explicativas* para decifrar os compromissos básicos que estão por trás dos críticos e dos defensores da criatividade judicial. De fato, por trás dos argumentos favoráveis à criação do direito pelos juízes, encontramos uma concepção "Hércules" da decisão judicial, comprometida basicamente com a melhor solução para cada caso. O valor básico é a eqüidade, que se torna o critério da responsabilidade social do Judiciário: os juízes devem tomar para si a tarefa de resolver os problemas da sociedade, ainda que de forma pontual. Cada decisão é uma oportunidade de dar soluções adequadas e justas para problemas sociais. Para tanto, Hércules procura ser *contextualista*.

Por sua vez, os argumentos contrários à criatividade judicial podem ser reconduzidos a uma concepção "jupiteriana" da jurisdição. Na definição do papel do Direito, enfatiza-se a segurança, a previsibilidade, a estabilidade; procura-se uma resposta *geral*, não contextual, para o problema da ati-

vidade dos juízes. Por razões de segurança, a justiça no caso concreto é aqui afastada, pois a possível decisão mais justa não seria necessariamente *generalizável*.

4. Criatividade Judicial e Estado de Direito: A Possível Conciliação

Atravessando Hércules e Júpiter, porém, encontramos um fio condutor: a idéia de *vinculação ao Direito* (geralmente veiculada na expressão "Estado de Direito"). Essa idéia – que, apesar de antiga, vem sofrendo importantes reformulações nas últimas décadas (Canotilho, 1999: 63) - consagra, em última instância, a exigência de que a atividade jurisdicional seja baseada *no direito*, identificável a partir das fontes apropriadas em uma dada sociedade, mais do que em considerações e critérios como a própria justiça ou a "eficiência econômica", ou a "felicidade da nação" etc (Cappelletti, 1993: 102). Tanto o juiz "Júpiter", quanto o juiz "Hércules", de quem nos fala François Ost, reconheceriam algum valor nesse ideal, ainda que, no modelo de Hércules, o direito seja visto como uma ferramenta, um instrumento para se atingir fins sociais relevantes.

É evidente que, se o juiz embasar sua decisão *no direito vigente* [mesmo que ele não se identifique única e completamente com o *texto das normas* – (Guastini, 2005: 22 e ss)], por mais que certos grupos e interesses possam ser prejudicados com esse resultado, o conteúdo específico dessa decisão não pode ser criticado como "criativo".

De fato, nenhuma das críticas acima delineadas pode prosperar se se reconhece que o juiz simplesmente *aplicou o direito*.[11] Quem se preocupa com a *incompetência* terá todos os motivos para levantar suas objeções, já que a atividade típica para a qual os juízes são selecionados envolve justamente a aplicação do Direito. Do mesmo modo, seguindo a forma clássica da técnica de separação de poderes, se um caso foi decidido por meio da aplicação das decisões tomadas em um momento anterior pela sociedade ou por seus representantes (e mesmo que essa aplicação não seja um ato mecânico ou puramente cognoscitivo), então não cabe dizer que o julgador errou por ter sido "criativo" sem que possuísse legitimidade para tanto. Os juízes estão plenamente legitimados para interpretar a aplicar as normas jurídicas. Pelos mesmos motivos, não haveria aqui que se falar em *frustração de expectativas*, *imprevisibilidade* e *retroatividade das decisões*.

Criticar a "criatividade" judicial é, em última instância, apontar que o juiz está se *desviando de sua função* – a aplicação do Direito. Não basta respeitar as "virtudes passivas" procedimentais: é necessário fundamentar – de forma que satisfaça os critérios daquele auditório específico, daquela comunidade – cada decisão em decisões anteriores. Se uma decisão específica foi *fundamentada* no Direito, todas as possíveis críticas e acusações normalmente ligadas ao rótulo de "criatividade" perdem sua força, deixando possivelmente exposto o seu teor ideológico (isto é, critica-se a decisão como "criativa" pelo simples fato de que não se concorda com o seu conteúdo).

4.1. Criatividade, Argumentação Jurídica e Justificação do Direito

As teorias jurídicas contemporâneas trabalham com três importantes distinções conceituais no âmbito da teoria da argumentação jurídica que são fundamentais para o propósito de delimitação analítica do conceito de criatividade judicial e para a sua compatibilização com a idéia de Estado de Direito: em primeiro lugar, há a relevante distinção teórica entre a perspectiva do observador e a do participante em uma argumentação jurídica ou entre o

Direito percebido a partir de um ponto de vista externo ou a partir de um ponto de vista interno (*external or internal point of view*). Em segundo lugar, aquela que extrema analiticamente o "contexto de descobrimento" do "contexto de justificação" das decisões judiciais e, por último, a distinção teórica, intimamente relacionada à anterior, que divide as razões em explicativas e justificativas.

A análise das três distinções conceituais supracitadas será importante para fundamentar a assertiva de que a justificação das decisões judiciais, ao apelar para a idéia de razão pública, constitui uma espécie de "filtro" que retém motivos ou interesses não passíveis de publicização em sociedades pluralistas e democráticas e, neste sentido, representaria uma limitação à criatividade e, sobretudo, à discricionariedade judicial.

4.2. As Perspectivas do Observador e do Participante

Essa distinção vem sendo debatida com intensidade pela doutrina jurídica contemporânea, porém há tempos constitui um importante recurso analítico no âmbito da sociologia, sobretudo em sua vertente fenomenológica[12], e da filosofia moral de inspiração analítica (Strawson, 1992).

Adota a perspectiva de um *observador*, que identifica e descreve o sistema jurídico como um fato social, o cientista do Direito que "não pergunta qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico, mas como se decide de fato em um determinado sistema jurídico" (Alexy, 2004: 31). Pertence ao Direito, segundo a aludida perspectiva, aquilo que os tribunais e as autoridades estabelecem com fundamento em normas corretamente promulgadas de acordo com os critérios de validade formal estipulados pelo ordenamento jurídico. O observador do Direito não se diferencia muito daquele estudante estrangeiro que apenas identifica e reporta empiricamente a vigência das leis do país que visita com base em suas fontes jurídicas. A postura de um observador, isto é, a perspectiva em "terceira pessoa", é adotada pelos estudiosos do Direito filiados ao positivismo metodológico.

Por outro lado, a perspectiva do *participante* é assumida por quem efetivamente "participa em uma argumentação acerca do que neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido ou autorizado" (Alexy, 2004: 31). Ao adotar tal perspectiva, eminentemente crítica, estar-se-ia assumindo a perspectiva de um *juiz* interessado em expor argumentos favoráveis ou contrários ao conteúdo de determinadas normas ou decisões jurídicas. Em síntese, a perspectiva do participante, identificada com a posição do juiz, formula necessariamente uma pretensão de correção, pois, "os juizes intentam, [inclusive] em casos difíceis, decidir com base em motivos jurídicos e dar uma fundamentação jurídica racional, ou ao menos devem fazê-lo assim" (Alexy, 1995: 39). Por sua vez, a pretensão de correção implica a pretensão de justificação ou de fundamentação de um enunciado normativo por quem o emite. No entanto, a pretensão de correção não implica necessariamente a comprovação ou não de uma única resposta correta para um determinado caso (Alexy, 1993: 23-35), mas tão somente uma *idéia regulativa*, inscrita de modo necessário na *práxis* de justificação do Direito, de que tal resposta correta pode ser alcançada com os melhores argumentos. Neste sentido, conclui:

"O ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes em um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um pleno sentido, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. (...) As

respostas que se encontrem, no marco deste intento, sobre a base do nível de regras e princípios, de acordo com os critérios da argumentação jurídica racional, que incluem os da argumentação prática geral, também respondem então, embora não sejam as únicas respostas corretas, às exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas". (Alexy, 1993: 22)

Enquanto o observador preocupa-se principalmente com a efetividade das normas jurídicas, a perspectiva do participante destaca a dimensão da legitimação dos direitos e dos princípios ou, consoante Joseph Isensee ao relembrar Kant, "lança o Estado no processo diante do Tribunal da Razão" (Isensee, 1999: 267). A perspectiva do participante é importante para a compreensão do contexto de justificação e do papel assumido pelas justificativas na argumentação jurídica e motivação das decisões judiciais.

4.3. Os Contextos de Descobrimento e de Justificação e a Distinção entre Razões Explicativas e Justificativas

As teorias jurídicas contemporâneas trabalham com outras duas importantes distinções no âmbito da teoria da argumentação que são relevantes para o intento de delimitar analiticamente o espaço de criatividade judicial: em primeiro lugar, a que distingue o "contexto de descobrimento" do "contexto de justificação" e, em segundo lugar, a que divide as razões em explicativas e justificativas (Atienza, 2003: 20-23; Aguiló, 1997: 71-79). A distinção entre os contextos de descobrimento e de justificação tem sua origem na filosofia da ciência, sendo recepcionada posteriormente pela teoria da argumentação jurídica.

O contexto de descobrimento refere-se ao procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão de uma decisão, tendo em vista as causas psicológicas, o contexto social e as convicções ideológicas que motivaram o juiz a proferi-la. A "descoberta" de uma premissa ou de uma decisão pode ser motivada por causas de diferentes ordens, inclusive emocionais ou irracionais: por exemplo, as opções políticas do magistrado, suas crenças religiosas, as posturas ideológicas, seus preconceitos injustificáveis etc. Com relação ao descobrimento de uma decisão o estudioso do Direito somente pode aduzir razões explicativas que explicitem a relação causal entre os condicionamentos empíricos de diferentes ordens, acima exemplificados, e a decisão efetivamente adotada pelo magistrado.

Nos *hard cases*, onde os positivistas normativistas postulam um amplo espaço de discricionariedade do intérprete, as decisões judiciais somente poderiam ser explicadas com a elucidação dos móbiles empíricos que condicionaram o ato de vontade do julgador, mas não justificadas em conformidade com o Direito, ou seja, com fundamento em suas regras ou princípios jurídicos.

O contexto de justificação, por sua vez, refere-se "ao processo ou atividade de validar, justificar, uma teoria ou descobrimento científico" (Aguiló, 1997: 72). A dimensão da justificação preocupa-se principalmente com a correção das razões aduzidas pelo juiz na fundamentação de sua decisão, isto é, apela para a aceitabilidade racional do conteúdo da mesma. A justificação de uma decisão pressupõe alguns requisitos, sistematizados por Neil MacCormick (MacCormick, 1996), tais como: *(a)* o requisito de universalidade, ou seja, é necessário que a partir da decisão *d* adotada seja possível extrair um enunciado normativo geral que preceitue que, em presença das mesmas circunstâncias relevantes (*a*, *b* e *c*), deve-se sempre tomar a mesma decisão *d*; *(b)* os requisitos de coerência e de consistência que dizem respeito à relação

lógico-sistemática de uma decisão com o ordenamento jurídico; e, por último, *(c)* o requisito de adequação aos argumentos conseqüencialistas, segundo o qual o jurista, ao justificar sua decisão, deve sopesar também os efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo (Atienza, 2003: 126 e ss).

A primeira perspectiva – a que se refere ao contexto de descobrimento – é a adotada, por exemplo, no âmbito das análises sociológica e psicológica que investigam as causas sociais ou psíquicas que levaram o magistrado a tomar uma determinada decisão jurídica. Neste sentido, identificam-se com a postura do observador anteriormente estudada. A segunda perspectiva – referente ao contexto de justificação – é a adotada pelas disciplinas que se preocupam em estudar as condições necessárias para a justificação de um argumento em um discurso jurídico e, neste sentido, podemos citar a Teoria e a Filosofia do Direito, bem como a Teoria da Argumentação Jurídica. Esta perspectiva identifica-se, por sua vez, com a postura do participante interessado em expor bons argumentos em favor ou contra uma determinada tese ou norma jurídica. A distinção entre os contextos de descobrimento e de justificação é particularmente relevante para a delimitação do conceito de criatividade judicial, pois, consoante o esclarecimento de Manuel Atienza:

"É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles [o autores filiados ao realismo americano] sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível" (2003: 26).

Com fundamento nas distinções precedentes, passaremos à análise do conceito de criatividade judicial com o objetivo de circunscrevê-lo aos limites institucionais impostos pela tarefa do intérprete de justificar suas decisões em reverência ao princípio do Estado de Direito, bem como aos ideais de imparcialidade, independência e publicidade, nele inscritos.

4.4. A Justificação como Limite à Criatividade Judicial

No decorrer do processo de tomada de uma decisão, em muitos casos a passagem do contexto de descoberta para o contexto de justificação dá-se com muita dificuldade; em outros, porém, ela é completamente impossível. A necessidade de motivar ou fundamentar as decisões judiciais e os atos administrativos faz com que os motivos ideológicos, psicológicos, políticos ou religiosos que presidiram empiricamente a tomada de uma decisão em muitos casos não possam ser tornados públicos, pelo menos sem gerar críticas severas aos mesmos pela comunidade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle, 1997).

Kant esclarece-nos sobre essa relevante questão: sua fórmula transcendental do direito público estatui que "são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizam com a publicidade" (Kant, 2002: 165). Toda pretensão jurídica, quando justa, deve possuir a possibilidade de ser tornada pública e isso somente ocorre quando fundada em normas ou razões que podem encontrar uma aprovação generalizada com fundamento em regras ou princípios jurídicos, sejam expressamente positivados ou implícitos no texto constitucional. Porém, quando a motivação de uma decisão dá-se com fundamento exclusivo em concepções particulares de bem – crenças religiosas, posições políticas ou contexto sócio-cultural específico – dificilmente torna-se pú-

blica ou, quando é explicitada, provoca de modo inevitável a sua crítica. Neste sentido, a necessidade de justificar as decisões, isto é, de torná-las públicas – podemos citar, neste diapasão, o art. 93, IX e X, da CF – constitui um "filtro" que impede motivações que não podem ser tornadas públicas, pois violariam valores, princípios e regras do ordenamento jurídico. Assim, o caráter imprescindível, sob pena de nulidade, da fundamentação das decisões judiciais *limita* o grau de criatividade dos magistrados, que devem buscar razões – fundadas em princípios ou regras jurídicos – para a motivação de suas decisões.

A dificuldade de passagem de um contexto para outro ocorre, sobretudo, em sociedades democráticas marcadas pelo fato do pluralismo. Nestas, as decisões judiciais devem buscar a sua fundamentação na concepção política de justiça representada por um consenso sobreposto (*overlapping consensus)* aceito por cada uma das diferentes doutrinas abrangentes – morais, religiosas ou filosóficas – que perduram ao longo do tempo em tais sociedades, isto é, devem buscar o seu fundamento na idéia de razão pública (Rawls, 2000: 262 e ss.). O conteúdo desse consenso fundamental deve integrar o texto constitucional de uma determinada comunidade jurídica, cuja principal característica consiste, consoante Gustavo Zagrebelsky, no pluralismo de valores e de princípios que impedem que uma particular concepção de bem termine por impor-se de modo unilateral a todos os cidadãos (Zagrebelsky, 1995: 16-17). A atividade jurisdicional encontra-se, assim, intimamente relacionada à idéia de razão pública. John Rawls, ao definir a Corte Constitucional como um exemplo de razão pública, assevera:

"Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da Constituição, usandoseu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Aqui, a melhor interpretação é aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais [isto é, elementos constitucionais essenciais], e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis. Ao fazer isso, espera-se que os juízes possam apelar, e apelem de fato, para os valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque expressamente ou implicitamente esses valores, como o faz, por exemplo, numa carta de direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão, e um aspecto do papel amplo ou educativo da razão pública" (2000: 286).

Ainda segundo John Rawls, os magistrados não podem em uma sociedade pluralista e democrática invocar a sua própria moralidade particular, posturas religiosas ou ideológicas para justificar a tomada de uma decisão judicial (Rawls, 2000: 287). Por mais que tais elementos presidam invariavelmente a "descoberta" da decisão e possam, de fato, presidir a criatividade judicial, o processo de justificação de tais decisões exige necessariamente a observância da publicidade, da imparcialidade e da independência dos juízes, requisitos inscritos no princípio estrutural do Estado de Direito. Uma vez afastados tais princípios fundamentais que presidem a atividade jurisdicional, ter-se-ia um Estado de não-Direito, em síntese, um Estado arbitrário.

Josep Aguiló atenta para o fato de que a posição institucional do juiz em um Estado de Direito pressupõe os ideais de independência e de imparcialidade na fundamentação de suas decisões, pois "no ideal do Estado de Direito há a idéia

de submissão dos poderes públicos à razão" (Aguiló, 1997: 75). Esta afirmação é incompatível com a assertiva feita por diversos autores de matriz kelseniana de que, nos casos difíceis, a decisão judicial, enquanto manifestação também de ato de vontade, somente pode ser explicada a partir de seus móbiles empíricos. Com fundamento na idéia de Estado de Direito há o direito dos destinatários das normas jurídicas de não serem julgados a partir de convicções ideológicas, crenças religiosas ou posicionamentos políticos estranhos ao Direito. Nenhum desses motivos empíricos é passível de universalização e, portanto, aptos a conquistar de um modo *ideal* o consentimento de todos os cidadãos com fundamento em valores, princípios ou regras constitucionais.

Com fundamento na exposição precedente, podemos concluir que a compreensão ordinária que temos do conceito de Estado de Direito e de interpretação jurídica enquanto partícipes de uma argumentação jurídica *realmente* levada a termo, pressupõe uma série de *idealizações* inevitáveis (imparcialidade, independência e publicidade) sem as quais, por exemplo, a idéia de Estado de Direito restaria absolutamente sem sentido. Nesses moldes, a "criatividade judicial" só pode ser compreendida como *inovação justificada a partir das fontes do direito* aceitas pela sociedade.[13] Uma decisão "criativa" que se justifique com argumentos fundados no Direito vigente não pode ser criticada por ser "ilegítima" ou "imprevisível" – pois o juiz não teria feito nada além do que exatamente se espera dele em um regime de Estado de Direito.

5. Direitos Humanos: Fonte [ainda] Desconhecida do Direito?

A partir do marco teórico desenvolvido até aqui, apresenta-se a hipótese de que certas decisões criticadas e/ou louvadas como "criativas" podem ser *justificadas com base no direito vigente*. Para tanto, é preciso abandonar a concepção reducionista que entende o ordenamento jurídico centrado nos códigos e nas grandes leis. Também é preciso se lembrar de que os tratados e convenções internacionais são fontes de direitos, como ocorre no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao se trabalhar categorias fulcrais como *Estado de Direito* ou *Razão Pública*, não se pode seriamente aprofundar o debate sem que se tenha em conta a importância dos direitos humanos. Na sociedade atual, estes consistem no principal instrumento de defesa, garantia e promoção das liberdades públicas e das condições materiais essenciais para uma vida digna. Por isso, os Poderes Executivo e Legislativo são sempre solicitados a atuar conforme estes direitos. Contudo, o último guardião e esperança de proteção de tais direitos é o Poder Judiciário. De efeito, faz-se imperioso lutar pela efetividade de sua tutela jurisdicional.

Mas será que os juízes conhecem (e reconhecem) os Direitos Humanos já aplicáveis no território nacional?

5.1. Aplicação das Normas de Direitos Humanos pelos Juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [14]

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na comarca da capital, ao serem questionados sobre qual seria a natureza dos direitos humanos, 7,6% dos juízes afirmaram serem os direitos humanos "valores sem aplicabilidade efetiva". Para outros 34,3% constituiriam "princípios aplicados na falta de regra específica" e, para 54,3% configurariam "regras plenamente aplicáveis". É importante ressaltar como cerca de 7% dos juízes concebem os direitos humanos apenas como valores sem nenhuma

força jurídica, mesmo após todos os esforços jurídicos e políticos de afirmação de tais direitos. Com entendimento relativamente semelhante encontram-se os 34,3% dos juízes que acreditam que os direitos humanos são princípios que possuem caráter meramente subsidiário, podendo ser aplicados apenas diante da ausência de norma específica. Para estes juízes, qualquer ponderação com norma mais específica, inclusive com conteúdo antagônico, levaria à não aplicação das normas de direitos humanos. Porém, a posição majoritária revelou uma concepção forte de direitos humanos, pois mais de 50% dos juízes concebem os direitos humanos como regras plenamente aplicáveis.

Uma minoria também de magistrados acredita que o Poder Judiciário não deve interferir no sentido da promoção da efetivação dos direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais), justificando não caber ao Judiciário a implementação de políticas públicas. Outros, ainda, acreditam que a tutela destes direitos é de competência dos demais poderes da República ou que tal aplicação resultaria no fenômeno do juiz-legislador. Porém, a ampla maioria dos magistrados (79%) defende a aplicação complementar dos direitos econômicos e sociais e dos direitos civis e políticos. Além disso, consideram que mesmo aqueles direitos que impõem uma atuação estatal devem ser judicialmente tutelados. Esta ampla parcela da magistratura entrevistada, aproximadamente 80%, portanto, delega aos direitos humanos, pelo menos teoricamente, a condição de normas plenamente aplicáveis e considera que, mesmo aquelas que venham interferir no orçamento estatal devem ser garantidas por meio das decisões judiciais.

Na pesquisa empreendida, uma das questões mais expressivas foi a indagação acerca da justiciabilidade dos direitos humanos, revelada através da atuação do magistrado em processos cujo desate dependesse de normas de tal natureza. Visou-se à averiguação do reconhecimento, por parte dos magistrados entrevistados, da presença, nos casos sob seu exame, de normas de direitos humanos, já que estas se evidenciam de múltiplas formas no ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se como verdadeiros desdobramentos normativos da tutela jurídica da dignidade.

Assim, interrogados sobre a atuação em processos nos quais incidissem normas de direitos humanos, 24% dos juízes responderam negativamente, enquanto outros 25% revelaram haver atuado em vários feitos com aplicabilidade de normas desta natureza. Por sua vez, 30% informaram ter atuado em alguns processos em que normas de direitos humanos eram aplicáveis, enquanto 22% afirmaram ter atuado em poucos casos.

Observa-se, então, que 52% dos magistrados entrevistados atuaram esporadicamente no julgamento de demandas em que eram suscitadas normas de direitos humanos. Assim, totalizam-se 76% que apenas ocasionalmente atuaram em tais feitos ou que nestes nunca exerceram seu mister. Por outro lado, paradoxalmente, a maioria dos juízes entrevistados declarou que os direitos humanos são normas plenamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que não são aplicadas efetivamente, no entanto, por não serem imanentes aos casos judiciais que lhes foram submetidos. Destaque-se, contudo, como é duvidosa tal inferência, pois, como é notório, grande parte das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário versa sobre conflitos cujo cerne é exatamente situado na seara dos direitos humanos e, muitas vezes, envolve mais precisamente os direitos fundamentais.

Deste modo, aventa-se a hipótese de desconhecimento dos direitos humanos, pelo que os entrevistados, em razão da

pouca intimidade com o conceito geral e as normas de direitos humanos, teriam velada sua percepção, o que dificultaria seu reconhecimento no que tange aos casos afeitos à matéria em menção.

Por outro lado, em qualquer caso concreto submetido ao Poder Judiciário, deverá o julgador levar em consideração todo o ordenamento jurídico, promovendo uma interpretação sistemática. Isto porque as normas jurídicas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos (Ávila, 2005). Conseqüentemente, em qualquer demanda submetida ao magistrado, deve este ter em conta a dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor fundamental do Estado Democrático brasileiro, consignado no inciso III do art. 1° da Carta Constitucional de 1988. Assim, afigura-se razoável que quando uma situação subjetiva existencial estiver em questão, a norma jurídica seja construída em função dos direitos humanos, sejam estes oriundos da Constituição ou mesmo de normas internacionais, ainda que possam ser considerados aí diferentes níveis de intensidade desta vinculação (Sarlet, 2002: 85). Não reconhecer tal aplicabilidade pode estar, portanto, relacionado a um conhecimento precário quanto ao tema, ou mesmo ao seu desconhecimento.

Vale notar que, segundo dados obtidos na mesma pesquisa, os juízes parecem desconhecer não apenas os direitos em si, mas também a arquitetura institucional criada para a sua proteção e promoção. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (em dezembro de 1948) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (em abril de 1948), iniciou-se o desenvolvimento dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA. O Sistema de proteção da ONU é constituído tanto de normas de alcance geral que visam a todos os indivíduos de forma genérica e abstrata, como de normas de alcance especial, destinadas a sujeitos específicos e a violações que necessitam de resposta diferenciada. O Brasil ratificou a maior parte destes instrumentos de proteção, tais como: a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em 27/03/68; a Convenção para a Eliminação de toda Forma de Discriminação contra a Mulher em 01/02/84; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/90; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24/01/92 e o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em 24/01/92. No entanto, o Brasil não reconhece a competência de alguns de seus órgãos de supervisão e monitoramento no caso de apreciação de denúncias individuais, como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra Tortura. Juntamente com o Sistema de Proteção da ONU, existe outro no plano regional, que é o Sistema de Proteção Interamericano da OEA. O Sistema de Proteção da ONU e da OEA tutelam os mesmos direitos, sendo a escolha do instrumento mais propício de competência da vítima. Esses sistemas se complementam, visando uma garantia adicional e uma maior promoção e efetivação dos direitos fundamentais. No campo dos sistemas regionais de proteção, temos, além do Sistema Interamericano, os Sistemas Europeu e Africano.

Indagados os juízes se possuem conhecimento de como funcionam os Sistemas de Proteção da ONU e da OEA, obtivemos os seguintes percentuais: 59% conhecem superficialmente como funcionam os Sistemas de Proteção Internacional; 20% não sabem como funcionam os Sistemas de Proteção. Considerando-se os percentuais mais altos, em que o primeiro corresponde a um conhecimento superficial e o segundo a um desconhecimento dos Sistemas, temos que 79% dos magis-

trados não estão informados sobre os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

O desconhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos se apresenta como obstáculo à plena efetivação dos direitos desta natureza no cotidiano do Poder Judiciário. E isso porque o desconhecimento de tais sistemas de proteção se mostra intimamente ligado à não aplicação das normativas relativas aos direitos humanos.

Perguntados se possuíam conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, obtivemos o seguinte percentual: 56% responderam que eventualmente possuem tais informações; 21% responderam que raramente; 13% responderam que freqüentemente e 10% que nunca obtiveram informações acerca de tais decisões.

Não há dúvida de que um percentual de apenas 13% para os juízes que freqüentemente têm acesso a tais decisões é muito reduzido para uma profusão real de uma cultura dos direitos humanos. Quando questionados sobre o auxílio e enriquecimento que essas decisões poderiam produzir nas suas sentenças, obteve-se o seguinte resultado: 50% disseram que sim; 41% disseram que talvez e 9% responderam que não. Assim, poucos conhecem o conteúdo dessas decisões, mas a maioria acredita que seria relevante este conhecimento. Acredita-se que seria importante a institucionalização de canais de divulgação, no âmbito do Tribunal de Justiça, acerca das decisões das cortes internacionais de direitos humanos, inclusive como parte de um processo que busque uma maior efetividade e aplicabilidade de tais direitos.

6. Conclusão: *Iura Novit Curia?*

Um dos mais conhecidos brocardos ou aforismos no meio jurídico é o *iura novit curia* que significa que o juiz sempre conhece o Direito abstrato. Em linguagem processual aparece na expressão *da mihi factum, dabo tibi ius*. A mensagem simbólica transmitida por estes brocardos é a de que o juiz sempre conhece todo o ordenamento jurídico e por isso suas decisões estão sempre amparadas por este ordenamento. Bem, a consolidação do Estado de Direito já assentou que não basta a presunção da juridicidade da sentença pelo fato dela emanar da autoridade judiciária. Como anteriormente visto, é exigência deste mesmo Estado de Direito que a sentença seja pública para que sua fundamentação possa ser não apenas conhecida mas, também, submetida a uma pretensão de correção tanto por parte do segundo grau de jurisdição como também de outros atores sociais na qualidade de intérpretes da Constituição aberta.

Com efeito, a função simbólica de resguardar a intocabilidade do conhecimento jurídico do magistrado, presente no brocardo *iura novit curia* cedeu espaço ao debate próprio da democracia, como é de se esperar em sociedades plurais e pós-convencionais onde não é a força da tradição mas, sobretudo, da argumentação no âmbito do debate público que estabelece o sentido do certo e do errado, do justo e do injusto, do aceitável e do inaceitável. Nessa esteira, os juízes atuam como mais um *player* no jogo democrático e, como os demais atores, estão submetidos às regras do jogo e à necessidade de justificar publicamente suas ações, sua judicatura. É claro que os juízes, por outro lado, ocupam um lugar fundamental e estratégico, pois lhes cabe a tarefa última de guardiões do próprio Estado de Direito, não sendo outra a finalidade da jurisdição senão a de garantir direitos dos cidadãos, sejam direitos subjetivos, coletivos ou difusos. É nesta perspectiva que devem ser reconhecidos os limites para a exposição pública do Poder

Judiciário e de seus integrantes. Não porque estejam acima do debate público, mas porque no âmbito da jurisdição sua ação se destina à garantia dos direitos morais dos indivíduos e não ao atendimento de interesses específicos de grupos de pressão. Quando, por ventura, a garantia dos direitos morais coincidirem com as demandas dos grupos de pressão, então muito bem; estaremos num daqueles momentos luminosos e gratificantes da democracia, da ordem pública e do Direito.

Nesse contexto, o *iura novit curia* não resguarda um lugar simbólico, mas uma necessidade concreta que se impõe ao julgador para que sua decisão atenda um dos requisitos essenciais da justificação razoável que é o da coerência e consistência na relação lógico-sistemática com o ordenamento jurídico, ainda que comporte certo grau de "criatividade". Portanto, não se deve entender o *iura novit curia* de forma descritiva, pois de fato nenhum juiz conhece sempre todo o direito positivo, mas de forma prescritiva, isto é, como uma vontade constante e perpétua de conhecer os direitos que tem por finalidade assegurar ao jurisdicionado. Desse ponto de vista, é preocupante o que nos foi revelado pela pesquisa no TJ do Rio de Janeiro (primeiro grau da Comarca da Capital) de que 79% dos magistrados não estão informados sobre os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Não que os direitos humanos somente possam ser assegurados pelos Sistemas ONU e OEA, mas porque estes Sistemas são complementares aos mecanismos jurídicos nacionais de efetivação dos direitos humanos, inclusive com as normativas que lhes são constitutivas, como os Pactos e Convenções.

O conhecimento destas normas de direitos humanos, plenamente válidas e em vigor no ordenamento jurídico pátrio (como nas dezenas e dezenas de países que também a subscreveram, revelando sua verdadeira vocação universal), é imprescindível para o "empoderamento" – *empowerment* – das decisões judiciais comprometidas com a garantia dos direitos fundamentais e dos direitos morais das pessoas. Tal conhecimento atenderia, na verdade a uma dupla finalidade: 1) garantir os direitos; e 2) apresentar uma justificativa mais aceitável do que aquelas que decorrem de graus mais elevados de criatividade judicial, possibilitando que o contexto da justificação se sobreponha ao contexto da descoberta.

Para exemplificar a tese que sustentamos ao longo deste artigo e concluí-lo no terreno da empiria seguem alguns exemplos. Os exemplos foram recortados dentro da temática geral do direito à moradia. Como é sabido, tal direito está inscrito no art. 6º da Constituição Federal, *in verbis*: "Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Contudo não se trata de redação original, pois este direito somente foi acrescentado em fevereiro de 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26. Antes desta data, o direito à moradia repousava no ordenamento jurídico pátrio apenas por meio das normativas internacionais de direitos humanos. Veja-se:

1) Declaração Universal Direitos Humanos - Artigo 25

Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Artigo 11

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

3) Declaração e Programa de Ação de Viena - Artigo 31

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela aos Estados para que não tomem medidas unilaterais contrárias ao direito internacional e à Carta das Nações Unidas que criem obstáculos às relações comerciais entre os Estados e impeçam a plena realização dos direitos humanos enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos instrumentos internacionais de direitos humanos, particularmente o direito de todas as pessoas a um nível de vida adequado à sua saúde e bem-estar, que inclui alimentação e acesso a assistência de saúde, moradia e serviços sociais necessários. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirma que a alimentação não deve ser usada como instrumento de pressão política.

Além disso, ainda podemos citar a Resolução 1993/77 da Comissão de Direitos Humanos da ONU que proibiu despejos forçados por constituírem violação ao direito à moradia, determinando aos governos a imediata eliminação da prática do despejo forçado.[15]

Ainda que se alegue que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Programa de Ação de Viena não foram formalmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, vale lembrar que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi formalmente incorporado pelo Decreto Legislativo nº 226 de 1991, tendo sido promulgado pelo Decreto Presidencial nº 592 de 1992. Quanto à Comissão de Direitos Humanos, trata-se de órgão do Sistema de Garantia de Direitos Humanos da ONU reconhecido pelo Brasil, menos quanto à sua competência para receber petições individuais de cidadãos dos Estados-membros. Portanto, estamos diante de normas jurídicas válidas e em vigor que já asseguravam o direito à moradia mesmo antes da Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Esclarecido o marco normativo, vamos aos casos concretos.

CASO 01:

Classe/Origem
AI 167363 / SP
AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a)
Min. CELSO DE MELLO DJ
DATA-20-02-95 P - 03083

Julgamento
07/02/1995

Partes
AGTE.: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGTO.: SILVIA MARIA BARBOSA BELLEZA

DESPACHO: O ato decisório que inadmitiu o apelo extremo interposto pela parte agravante foi assim motivado (fls. 55), verbis: "O Instituto Nacional do Seguro Social interpõe Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III, letra 'a', da Constituição Federal, contra acórdão unânime desta Corte, do seguinte teor: 'PROCESSO CIVIL. Executivo fiscal. Embargos de terceiro. 1. O terceiro que venha a sofrer constrição incidente sobre bem de que seja legítimo possuidor tem o direito de

valer-se de embargos de terceiro, a fim de defender sua posse. 2. Se o ato constritivo recai sobre bem de família, a teor do que reza a Lei n. 8.009/90, configura-se a nulidade absoluta, reconhecível em qualquer fase do processo, independentemente da iniciativa da parte. 3. Recurso a que se dá provimento.' Alega ter a decisão afrontado ao artigo 5º, inciso XXXVI, por ferir o ato jurídico perfeito. As razões do recurso não ensejam a abertura da via extraordinária, eis que não prequestionada a alegada contrariedade a dispositivo constitucional. Incidente na espécie a hipótese da Súmula n. 282 do E. Supremo Tribunal Federal." Mesmo que assim não se entendesse, melhor sorte não assistiria ao ora agravante, eis que a decisão ora questionada ajusta-se à orientação jurisprudencial desta Suprema Corte sobre o tema, verbis: "A Lei nº 8.009/90, ao tornar impenhorável o bem pertencente à entidade familiar, levou à invalidação de qualquer ato executório constringente do bem. Inocorrência de maltrato ao direito adquirido. Precedentes da Corte. Agravo Regimental improvido". (Ag 159812-4 (AgRg), Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 09.08.94). Pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo. Publique-se. Brasília, 07 de fevereiro de 1995.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Resultado: Improvido.
Veja AGRAG-159812.

Deve-se registrar nesse caso simplesmente a ausência absoluta da referência ao direito humano à moradia. Baseia-se a decisão na Lei 8009/90 que trata da proteção do Bem de Família, em que pese que a Lei 8245/90 tenha restringido dramaticamente suas hipóteses de proteção. Veja-se como de modo diverso posiciona-se o Ministro Vicente Leal do STJ:

CASO 02:

AgRg no Ag 296475 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2000/0027112-8

Relator(a)
Ministro VICENTE LEAL (1103)

Órgão Julgador
T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento
27/11/2000

Data da Publicação/Fonte
DJ 18.12.2000 p. 283
REPDJ 05.02.2001 p. 151
RJTJRS vol. 205 p. 49

Ementa:
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA TIDA COMO ESSENCIAL À FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. EXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. EXCLUSÃO DA lEI n.º 8.245/91.

- Existindo nos autos a peça essencial à formação do instrumento é de se reconsiderar a decisão que não conheceu do recurso.

- A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei nº 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente da fiança concedida em contrato locatício.

- Tratando-se de norma eminentemente de caráter processual, incide de imediato, inobstante ter sido o contrato de fiança locatícia celebrado antes de sua vigência, excetuando, por força do comando contido em seu artigo 76, os processos em curso.

- Agravo Regimental provido. Agravo de Instrumento desprovido.

RESUMO: CABIMENTO, PENHORA, IMÓVEL, BEM DE FAMÍLIA, FIADOR, HIPÓTESE, REALIZAÇÃO, PENHORA, MOMENTO, VIGÊNCIA, LEI DO INQUILINATO, IRRELEVÂNCIA, CELEBRAÇÃO, CONTRATO, LOCAÇÃO, FIANÇA, ANTERIORIDADE, LEI FEDERAL, 1991, CARACTERIZAÇÃO, NORMA JURÍDICA, APLICAÇÃO IMEDIATA.

Nessa decisão prevalece a idéia de despejo forçado por meio da constrição judicial a recair sobre o bem de família por força de dívida decorrente de contrato de fiança. Novamente não aparece, dessa vez em socorro de quem está prestes a perder sua moradia, nenhum sinal de normas asseguradoras do direito humano à moradia.

Por fim, vejamos o voto em sentido contrário dado em outro julgamento pelo Ministro Hamilton Carvalhido em semelhante caso de dívida decorrente de contrato de fiança:

CASO 03

RECURSO ESPECIAL Nº 532.564 - SE (2003/0035696-7)

Relator
Ministro HAMILTON CARVALHIDO
DECISÃO

Recurso especial interposto por Aurília Santos da Costa, locadora em contrato de locação, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Quarto Grupo da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado:

"Agravo de Instrumento. Execução. Decisão que reconheceu a impenhorabilidade dos bens móveis do fiador e indeferiu a penhora do imóvel residencial. Supremacia do Princípio Fundamental consagrado na Carga Magna. Recurso conhecido e improvido. Tratando-se de imóvel residencial da família e dos bens que o guarnecem, há que ser indeferida a penhora incidente sobre ele, mesmo em se tratando de fiança decorrente de Contrato de Locação. Fere o direito à dignidade do ser humano e de sua família, a penhora que incide sobre bens imprescindíveis à moradia, bem como ao imóvel residencial*" (fl. 36)*.

Além de divergência jurisprudencial, a insurgência está fundada na violação dos artigos 82 da Lei nº 8.245/91 e 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, cujos termos são os seguintes:

"Art. 82. O art. 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação."

"Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação."

E os teria violado porque, como se recolhe nas próprias razões recursais:

"(...)

É perfeitamente cabível o presente recurso porque se enquadra nas disposições contidas no artigo 105 III letras a e c da Constituição Federal, por ter a decisão recorrida negado vigência aos artigos 82 da Lei 8.245/91 e 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, que excluíram da impenhorabilidade os bens dos fiadores que como garantes respondem pelos débitos locatícios de seu afiançado.

(...)

Vê-se pois que a divergência jurisprudencial é clara e palpável e enquanto a decisão recorrida não aceita a aplicação do artigo 3º inciso VII da Lei 9.009/90, todas as demais decisões mandam que se aplique as regras contidas no artigo 82 da

Lei 8.245/91 que *acrescentou o pré-falado inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90.*

(...)" (fls. 44/48).

Recurso tempestivo (fl. 42), não respondido e admitido (fls.98/102).

Tudo visto e examinado, decido.

É esta, na sua essencialidade, a motivação do acórdão recorrido:

"(...)

Entendo que em casos como este, sem querer estimular o não adimplemento das obrigações assumidas pelo garantidor, ser de bom alvitre preservar o mínimo, que é a dignidade da pessoa humana, por ser Princípio Fundamental consagrado pela Carta Magna de 1988.

A dignidade humana, nos dizeres do constitucionalista Alexandre de Morais, in Direito Constitucional - 4ª edição - Ed. Atlas, 'afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado de Nação em detrimento da liberdade. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.'

Como não menosprezar então o ser humano quando lhe é retirado seu imóvel residencial e os únicos e poucos bens que o guarnecem?

(...)Portanto, embora a Lei do Inquilinato exclua a impenhorabilidade do bem de família quando o débito for decorrente de Contrato de Locação, em casos que tais, é preferível julgar com justa benevolência, que acatar a excessiva rigorosidade de dispositivo legal que massacra a dignidade da pessoa humana.

(...)

Tem-se, assim, que a impenhorabilidade do bem de família do fiador, ora recorrido, foi estabelecida, in casu, na dignidade da pessoa humana, enquanto princípio consagrado na Constituição da República, tratando-se de razão jurídica de decidir de natureza constitucional, exclusiva.

É esta, contudo, a letra do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

São, pois, estranhas ao âmbito de cabimento do recurso especial as questões de natureza constitucional.

A propósito, os seguintes precedentes de Corte Superior de Justiça:

"AgRg(Ag) AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1- É inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria envolvendo o reexame de provas, a teor da Súmula 07/STJ, que assim dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

2- É vedado em sede de recurso especial o exame de matéria de índole constitucional, cuja a competência está adstrita ao âmbito do recurso extraordinário.

3- Agravo regimental desprovido." (AgRgAg 242.076/GO, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 20/3/2000).

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDORES INATIVOS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. M.P. 1415/96, ART. 7º. RESTITUIÇÃO DE VALORES COBRADOS ANTES DO ADVENTO DA LEI 9.630/98. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL.

1. Não comporta exame, em Recurso Especial, controvérsia cujo deslinde depende da apreciação de matéria constitucional.

2. Recurso Especial não conhecido." (REsp 282.288/SC, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 18/12/2000).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO. QUINTOS INCORPORADOS. REDUÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se presta o Recurso Especial à reforma de Acórdão baseado exclusivamente em fundamentos constitucionais. Questão que deve ser apreciada pelo STF, no Recurso Extraordinário já interposto.

2. A teor do Regimento Interno do STJ, art. 255, §2º, para a configuração do dissídio é imprescindível a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

3. Recurso Especial não conhecido." (REsp 229.650/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 9/10/2000).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

Não se conhece de recurso especial se a matéria abordada, acerca da aplicação também aos ocupantes de cargos em comissão da irredutibilidade de vencimentos prevista no art. 7º, VI, da CF, foi apreciada sob o aspecto exclusivamente constitucional.

Precedentes. Recurso não conhecido." (REsp 232.734/PE, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 26/3/2001).

Pelo exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 13 de abril de 2005.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

Apesar do desfecho processual dado ao caso, o que chama a atenção é a construção criativa do Ministro a partir do princípio constitucional da dignidade humana. Em que pese o meritório esforço do relator em demonstrar a supremacia do da dignidade humana sobre o contrato de fiança firmado entre as partes, não há como se olvidar que muito mais forte estaria o contexto da justificação se houvesse invocação às normas jurídicas específicas que tratam do direito à moradia. Com isso, poder-se-ia pacificar com muito mais agilidade e eloqüência tanto o debate jurídico como social.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ, Josep. *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. *Isonomía*, nº 6, abril 1997.

ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento juridico y discurso racional*. In: _____. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. *Interpretación jurídica y discurso racional*. In: _____. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción y introducción de Luis Villar Borda. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação de princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald**.** *Uma Questão de Princípio***.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review v. 92*, 1958.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

ISENSEE, Josef . *Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staats*. *Juristen Zeitung*, 1999, p. 267 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. In: _____. *À Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Raisonnement juridique et théorie du droit*. Traduit de l'anglais par Jérôme Gagey. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário.* Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SCHUTZ, Alfred. *El mundo social y la teoría de la acción social*. In: _____. *Estudios sobre teoría social*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1974.

STRAWSON, Peter F. *Libertad y resentimiento*. Traducción de Laura Lecuona. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1992.

SUNSTEIN, Cass. *Must Formalism Be Defended Empirically? University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n.70, 1999a.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999. (especialmente o capítulo III: *Decisions and Mistakes*).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Traducción de Marina Gascón. Valladoilid: Editorial Trotta, 1995.

NOTAS

[1] "O bom juiz pode bem ser criativo, dinâmico e "ativista" e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz" (Cappelletti, 1993: 80).

[2] Roberto Guastini elenca nada menos do que quatro significados diferentes para a assertiva de que os juízes "criam direito". Para os fins deste tópico, basta enfatizar a idéia de que os juízes "criam direito", pois a norma individual a ser aplicada no caso é resultado da interpretação de disposições pré-existentes – um trabalho de "tradução" que dificilmente pode ser encarado como mecânico (2005: 221-222).

[3] Mesmo autores que negam qualquer distinção qualitativa forte entre "aplicação" e "criação" do direito, como Hans Kelsen, acabam adotando alguma espécie de critério para diferenciar essas funções. No caso da teoria pura do Direi-

to, a distinção afirmada é tão somente de *grau*: a atividade do juiz que *põe* (cria) a norma individual, a partir da moldura da norma geral posta pelo legislador, é análoga à do legislador que *põe* normas gerais dentro da moldura constitucional posta pelo Poder Constituinte. (cf Kelsen, *A Interpretação*, in *Teoria Pura do Direito***.** São Paulo: Martins Fontes, 1998). Concepções que nivelam ou identificam completamente a atividade do legislador e a do juiz, se é que existem, parecem estar fora da área de atuação da teoria do direito, podendo ser excluídas da presente análise.

[4] Ou, *contrario sensu*, o grau de "formalismo" a ser esperado dos juízes, já que posições mais radicais sobre o papel das normas positivadas na decisão judicial dificilmente são encontráveis na realidade. Nas palavras de Cass Sunstein: "It is hard to find anyone who believes that canons of construction have no legitimate place in interpretation,, or who thinks that literal language should always be followed, no matter how absurd and palpably unintended the outcome. No antiformalist thinks that judges interpreting statutes should engage in ad hoc balancing of all relevant considerations. The real division is along a continuum. One pole is represented by those who aspire to textually driven, rule-bound, rule-announcing judgments; the other is represented by those who are quite willing to reject the text when it would produce an unreasonable outcome, or when it is inconsistent with the legislative history, or when it conflicts with policy judgments of certain kinds or substantive canons of construction" (1999a: 05).

[5] Cf. Cappelletti, ob. Cit., p. 89. Dialogando – e discordando – de Lon Fuller, Owen Fiss observa que há mecanismos institucionais para diminuir a chance de erro na apreciação judicial de questões sócio-econômicas complexas, como por exemplo, a designação de peritos e a utilização de pareceres de grupos na função de *amicus curiae*. (cf. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, especialmente o Capítulo I).

[6] Uma eloqüente formulação dessa posição pode ser encontrada na obra de Ronald Dworkin: "Sem dúvida, é verdade, como descrição geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. (...) O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. (...) Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis" (*Uma Questão de Princípio***.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 31).

[7] A expressão tornou-se célebre com a obra de Alexander Bickel: *The Least Dangerous Branch*. *The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press, 1986), originalmente publicada em 1962.

[8] Para relativizar esse problema, afirma-se que, em relação às instâncias superiores, a legitimação decorreria do fato da escolha de seus integrantes ser submetida ao crivo de agentes políticos. Dessa forma, haveria uma espécie de legitimação indireta, como no caso dos Ministros do Supremo Tribunal, que, sendo escolhidos pelo Presidente da República e submetidos ao crivo do Senado, estariam indiretamente sendo escolhidos pela própria sociedade. Segundo esse argumento, esta seria uma escolha política cuja essência não é diferente de muitas outras que se processam ordinariamente por entes eleitos diretamente pela população.

[9] O próprio Cappelletti, porém, afirma: "Visto que os juízes tratam todos os casos como entidades isoladas, também os problemas que os envolvem – problemas que podem ser de amplo interesse, como a reforma das prisões – são tratados fora do mais amplo contexto de escolhas políticas, no qual deveriam se inserir" (p.87).

[10] Cf., nesse sentido, os exemplos trazidos por Cass Sunstein na obra *One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999), especialmente o capítulo III: *Decisions and Mistakes.*

[11] É importante ressaltar que a definição do que seja "o direito" a ser aplicado já é em si uma questão controversa.

[12] Por exemplo, a distinção entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante é desenvolvida na teoria sociológica por Alfred Schutz: Cf. SCHUTZ, Alfred. *El mundo social*

y la teoría de la acción social. In: _____. *Estudios sobre teoría social*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1974.

[13] Que, vale notar, não se reduzem necessariamente ao direito positivo.

[14] Os dados a serem apresentados nesta seção resultam da investigação empírica acerca da justiciabilidade dos direitos humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio de Grupo de Pesquisa coordenado pelo Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Um relatório preliminar da Pesquisa foi publicado no nº 03 da SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Cf. www.surjournal.org.

[15] Commission on Human Rights resolution 1993/77a 1993/77. FORCED EVICTIONS The Commission on Human Rights, Recalling Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1991/12 of 26 August 1991, Also recalling its own resolution 1992/10 of 21 February 1992, in which it took note with particular interest of General Comment No. 4 (1991) on the right to adequate housing (E/1992/23, annex III), adopted on [12] December 1991 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its sixth session, and the reaffirmed importance attached in this framework to respect for human dignity and the principle of non-discrimination,

Reaffirming that every woman, man and child has the right to a secure place to live in peace and dignity,

Concerned that, according to United Nations statistics, in excess of one billion persons throughout the world are homeless or inadequately housed, and that this number is growing, Recognizing that the practice of forced eviction involves the involuntary removal of persons, families and groups from their homes and communities, resulting in increased levels of homelessness and in inadequate housing and living conditions, Disturbed that forced evictions and homelessness intensify social conflict and inequality and invariably affect the poorest, most socially, economically, environmentally and politically disadvantaged and vulnerable sectors of society, Aware that forced evictions can be carried out, sanctioned, demanded, proposed, initiated or tolerated by a range of actors, Emphasizing that ultimate legal responsibility for preventing forced evictions rests with governments, Recalling that General Comment No. 2 (1990) on international technical assistance measures adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its fourth session, states, inter alia, that international agencies should scrupulously avoid involvement in projects which involve, among other things, large-scale evictions or displacement of persons without the provision of all appropriate protection and compensation (E/1990/23, annex III, para. 6), Mindful of the questions concerning forced evictions included in the guidelines for States' reports submitted in conformity with articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (E/1991/23, annex IV), Noting with appreciation that the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in its General Comment No. 4, considered that instances of forced evictions were, prima facie, incompatible with the requirements of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and could only be justified in the most exceptional circumstances, and in accordance with the relevant principles of international law (E/1992/23, annex III, para. 18), Taking note of the observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its fifth and sixth sessions concerning forced evictions, Taking note also of the inclusion of forced evictions as one of the primary causes of the international housing crisis in the working paper on the right to adequate housing, prepared by Mr. Rajindar Sachar (E/CN.4/Sub.2/1992/15),

Taking note further of Sub-Commission resolution 1992/14 of 27 August 1992,

1. Affirms that the practice of forced evictions constitutes a gross violation of human rights, in particular the right to adequate housing;

2. Urges Governments to undertake immediate measures, at all levels, aimed at eliminating the practice of forced evictions;

3. Also urges Governments to confer legal security of tenure on all persons currently threatened with forced eviction and to adopt all necessary measures giving full protection against forced eviction, based upon effective participation, consultation and negotiation with affected persons or groups;

4. Recommends that all Governments provide immediate restitution, compensation and/or appropriate and sufficient alternative accommodation or land, consistent with their wishes or needs, to persons and communities that have been forcibly evicted, following mutually satisfactory negotiations with the affected persons or groups;

5. Requests the Secretary-General to transmit the present resolution to Governments, relevant United Nations bodies, including the United Nations Centre on Human Settlements, the specialized agencies, regional, intergovernmental and non-governmental organizations and community-based organizations, soliciting their views and comments;

6. Also requests the Secretary-General to compile an analytical report on the practice of forced evictions, based on an analysis of international law and jurisprudence and information submitted in accordance with paragraph 5 of the present resolution, and to submit his report to the Commission at its fiftieth session;

7. Decides to consider the analytical report at its fiftieth session, under the agenda item entitled "Question of the realization in all countries of the economic, social and cultural rights contained in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and study of special problems which the developing countries face in their efforts to achieve these human rights". a/ Adopted on 10 March 1993.