



RedBrItEs

REDE BRASIL-ITÁLIA-ESPANHA DE DIREITO PÚBLICO

X JORNADAS ÍTALO-BRASILEIRO-HISPÂNICAS

**OS LIMITES À ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ
I LIMITI ALL'ATTIVITÀ CREATIVA DEL GIUDICE
LÍMITES A LA ACTIVIDAD CREATIVA DEL JUEZ**

**RECIFE - 14 E 15 DE SETEMBRO DE 2017
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO**

REALIZAÇÃO:



APOIO:



X JORNADAS ÍTALO-BRASILEIRO-HISPÂNICAS

Os limites à atividade criativa do juiz

I limiti all'attività creativa del giudice

Límites a la actividad creativa del juez

RECIFE, 14 E 15 DE SETEMBRO DE 2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

Rede Brasil - Espanha - Itália de Direito Público (www.redbrites.com)

APRESENTAÇÃO:

Chegando à sua décima edição, as Jornadas Ítalo-brasileiro-hispânicas ocorrem anualmente, sempre alternando os países entre Itália, Espanha e Brasil e congregando experientes professores pesquisadores da Rede Brasil-Espanha-Itália de Direito Público (www.redbrites.com). O tema das X Jornadas que será discutido em Recife diz respeito aos limites da atividade criativa do juiz e foi pensado e escolhido em reunião realizada na cidade de Madrid, no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais do Senado, em setembro de 2016. Na referida reunião estavam presentes, pelo Brasil, os professores Fernando Scaff (USP), Luiz Alberto David Araujo (PUC-SP) e Marcelo Labanca (Universidade Católica de Pernambuco); pela Itália, Roberto Romboli (Universidade de Pisa), Paolo Caretti (Universidade de Florença), Antonio Ruggeri (Universidade de Messina) e Sandro Staiano (Universidade de Napoli) e, pelos espanhóis, Revenga Sanchez (Universidade de Cadiz) e Luiz Aguiar de Luque (Carlos III de Madrid). Na ocasião, decidiu-se que o local das X Jornadas de 2017 seria a Universidade Católica de Pernambuco, bem como decidiu-se pela escolha do tema "os limites à atividade criativa do juiz", a partir da reflexão de ser esse um tema comum aos três países envolvidos. De fato, para muito além de ser um mero aplicador, o papel do juiz cresceu em importância e significado a partir do momento em que passou a poder interpretar diretamente a Constituição, podendo densificar normas que, pela textura aberta, comportam inúmeras possibilidades interpretativas. O empoderamento do juiz trouxe, por outro lado,

reflexões sobre os limites de sua atuação na interpretação e concretização de direitos.

O evento terá a seguinte estrutura: 3 sessões, cada uma com três tópicos de discussão. Em cada sessão devem falar conferencistas dos três países, além de comunicantes/ intervenções programadas. Ao final, um docente se encarregará de fazer a síntese e apresentar as suas contribuições ao tema. Abaixo, é possível identificar a moldura das sessões e seus desdobramentos, com pontos exemplificativos para a condução do debate. Seria interessante ouvir do docente qual é a experiência e o estágio da discussão em seu país.

Para identificar os limites ao poder criativo do juiz, e seguindo uma prática dos nove encontros antecedentes, a X Jornadas Ítalo-brasileiro-hispânicas está assim estruturada:

MODELO DE ESTRUTURA DO EVENTO:

A estrutura do evento está organizada em 3 sessões. Para cada uma das três sessões, haverá:

1. **Um Presidente:** Docente responsável pelas apresentações dos palestrantes, condução dos debates e mediação dos mesmos, bem como pela apresentação do propósito da mesa e temáticas do debate.
2. **Três Conferencistas (um de cada país):** Pesquisadores que apresentarão conferencia acerca do tema proposto na mesa. Tempo estimado para cada conferencista: de 30 a 40 minutos.
3. **Um Relator de síntese para cada sessão:** docente responsável por fazer um resumo e analisar articuladamente os diversos pontos abordados pelos 3 conferencistas de países diferentes, apresentando também a sua contribuição para o tema. Tempo estimado para o relator: de 20 a 25 minutos.
4. **Comunicantes / Intervenções programadas:** Docentes previamente indicados para apresentar comunicações e debater sobre os temas das mesas com o intuito de aprofundar o debate e, também, expor contrapontos ao que foi falado pelos conferencistas. Tempo estimado para cada comunicante: de 20 a 25 minutos

PROGRAMAÇÃO E MOLDURAS PARA O DEBATE:

ABERTURA E SAUDAÇÃO DE BOAS VINDAS: Pela Universidade Católica de Pernambuco, Prof. Gustavo Ferreira Santos. Coordenador de Área de Direito da CAPES: A Internacionalização da pesquisa em Direito (14/09. 14hs)

PRIMEIRA SESSÃO: Os limites "internos" à atividade do juiz (14/09, das 14:30h às 18:00h)

I LIMITI "INTERNI" ALL'ATTIVITÀ DEL GIUDICE, ossia i limiti che derivano al giudice dal rispetto del testo e dei criteri tradizionali della interpretazione del diritto (come specificato nello Schema di questa sessione: 1. tecniche interpretative, sentenze interpretative e additive, 2. il valore del precedente 3. La disapplicazione a seguito di interpretazione conforme al diritto sovranazionale.

LÍMITES JURÍDICOS A LA ACTIVIDAD CREATIVA DEL JUEZ

- a) las técnicas de decisión*
- b) la cuestión de los precedentes*
- c) la no aplicación de la ley y de normas supranacionales/internacionales*

Composição da mesa:

Presidente: Gustavo Ferreira Santos (UNICAP)

Conferência (Itália): Paolo Caretti (Universidade de Florença, Itália)

Conferência (Brasil): Antônio Maues/Breno Baía Magalhães (UFPA)

Conferência (Espanha): Miguel Revenga (Universidade de Cádiz)

Relator de síntese: Jacinto Nelson de M. Coutinho (UFPR)

Esquema da discussão:

1. As técnicas de interpretação, sentenças interpretativas e aditivas
2. O valor do precedente
3. A não aplicação da lei como resultado da interpretação conforme ao direito supranacional.

OBS: o participante deve trazer a imagem e experiência de seu respectivo país em relação à:

- a) aspecto essencial da legislação sobre o tema, se houver
- b) experiência das Cortes
- c) (im)possibilidade de responsabilização do Estado/Juiz pela atividade interpretativa

O poder criativo do juiz encontra limites que podem ser extraídos do ordenamento jurídico, notadamente sob o ponto de vista das questões relacionadas à construção da "decisão". Assim, um primeiro ponto a ser abordado diz respeito às técnicas decisórias que valorizam a atividade interpretativa do juiz. Veja-se o exemplo da sentença interpretativa de rejeição, quando a Corte, evitando uma declaração de inconstitucionalidade, declara não fundada a questão constitucional, fornecendo uma interpretação da lei que seja compatível com a Constituição. Nesse campo estão também as sentenças aditivas de princípio: quando a declaração de inconstitucionalidade ocorre, mas a Corte não procede à substituição da norma impugnada por outra diretamente aplicável ao caso: ela apenas menciona o princípio que deve ser utilizado para a solução do caso concreto. Quais são os limites à atividade criadora do juiz diante de uma norma declarada inconstitucional pela Corte em uma sentença aditiva de princípios? O juiz pode criar a norma no caso concreto, a partir do princípio, ou deve esperar o legislador? Nesse caso, o legislador e o juiz ficam paralisados? Quais são os limites que o juiz deve se ater ao se valer do princípio utilizado pela Corte no julgamento da questão constitucional?

Já um segundo ponto de discussão, em relação ao uso de precedentes, pretende investigar se seria possível ao juiz desconsiderar um precedente dele próprio ou da Corte Constitucional, praticando um *overruling*? Considerando que a aplicação do precedente não é automática, é necessário interpretar os casos já julgados. Nesse sentido, como é realizado o *distinguishing* pelo juiz e quais são as formas de controle? Quais são as formas de superação do precedente para que o juiz traga algo novo, do ponto de vista da mudança da jurisprudência? Esse processo de superação de precedentes comporta a participação de outras pessoas para além daquelas que litigam em um processo?

Um terceiro ponto a ser abordado pela mesa é relacionado ao procedimento utilizado pelo juiz para a resolução de um caso concreto utilizando o seu poder de desaplicar uma determinada norma quando entende que ela seja incompatível com a Constituição. Isso é possível? Pelo Juiz constitucional ou ordinário? Nos países que adotam um sistema difuso, a desaplicação ocorre em relação à Constituição apenas? Ou também, em relação a normas supranacionais ou internacionais? A *desaplicação* da norma para a utilização do direito

supranacional permite ao juiz criar uma solução normativa inexistente para o caso concreto? E o caso da *desaplicação* de uma norma nacional que é compatível com a Constituição mas incompatível com uma norma supranacional?

SEGUNDA SESSÃO: Os limites "externos" à atividade jurisdicional
(15/09, das 8:30h às 12:00h)

I LIMITI "ESTERNI" ALL'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE: 1. La dimensione culturale e la evoluzione dei costumi; 2. Il rapporto con la opinione pubblica ("la giustizia è amministrata in nome del popolo"). 3. I limiti derivanti dal "costo" delle sentenze

LÍMITES JURÍDICOS EXTERNOS A LA ACTIVIDAD CREATIVA DEL JUEZ
1 La dimensión cultural y la evolución de los costumbres.
2La relación con la opinión pública
3Los límites que derivan del coste de la decisión

Composição da Mesa:

Presidente: Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)

Conferência (Itália): Francesco Rigano (Universidade de Pavia)

Conferência (Brasil): Marcelo Labanca/João Paulo Allain (UNICAP)

Conferência (Espanha): Ascención Elvira (Universidade Carlos III de Madri)

Relator de síntese: Alfredo Copetti (UNIJU) e UNIOESTE)

Esquema da discussão:

1. A dimensão cultural e a evolução dos costumes
2. A relação com a opinião pública.
3. Os limites que derivam do custo da decisão

OBS: o participante deve trazer a imagem e experiência de seu respectivo país em relação à :

- a) aspecto essencial da legislação sobre o tema, se houver
- b) experiência das Cortes
- c) existência de pontos de interação entre juiz e grupos sociais/mídia que possam influenciar na formação do ato decisório

O primeiro remete à ideia de Constituição como fruto de um processo aberto onde diversos intérpretes podem atuar na construção plural do significado do texto. Parte-se do pressuposto de que o texto da norma não se confunde com a própria norma, que é produto da interpretação do texto aliada à interpretação de fatos, contextualizados em uma atmosfera cultural. O aspecto cultural de uma sociedade não pode, portanto, ser desprezado como um elemento de dimensão pública para a construção da própria ideia de Constituição. Uma dimensão cultural da Constituição termina evitando o arbítrio no processo interpretativo. Nesse sentido, essa dimensão cultural pode funcionar tanto como limite quanto como incentivo ao poder criativo do juiz. Por exemplo, há países onde o Judiciário não reconheceu o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo sob a alegação da formação cultural heterossexual e patriarcal. É possível, por outro lado, identificar juízes que fundamentam-se em dimensões culturais para exercer a atividade criativa, densificando direitos. Essa questão torna-se mais sensível quando se observa, em um único Estado, diversidades culturais que exigem soluções não homogêneas, ou seja, aspectos regionais culturais que não podem ser desconsiderados no processo decisório. Por isso, pergunta-se: qual a relação entre cultura e constituição? O juiz pode decidir sem levar em consideração aspectos de peculiaridades culturais? Como compatibilizar um só direito para situações culturais diferentes? É possível controlar a atividade criativa do juiz com argumentos de justificação baseados em dimensões culturais?

O segundo ponto de discussão diz respeito ao tema da relação do juiz com a opinião pública e com a mídia. Se é certo que a atuação de uma Corte Constitucional se dá no plano contramajoritário, então não há necessidade de essa mesma Corte receber a aprovação ou submeter-se ao crivo da opinião pública. Todavia, questiona-se até que ponto o juiz exerce a sua atividade criativa não se importando com a opinião pública representada pela mídia. Esse tema passa pela análise do nível de exposição do juiz e da decisão que ele profere. Isso interfere sobremaneira em uma possível interferência midiática. Algumas perguntas podem ser formuladas para conduzir a discussão, como, por exemplo, a opinião pública tem como saber de que forma um juiz julgou um caso? Nas jurisdições colegiadas, pode-se dizer que as *opinions* dos juízes são tomadas individualmente, no modelo do *seriatim opinion*, ou é uma expressão unitária da Corte? O juiz pode dar entrevistas para jornais sobre processos em curso? Pode o juiz se manifestar publicamente sobre questões políticas ou ser entrevistado em programas do tipo *talk shows*? O momento da decisão da corte é televisionado? Todos esses fatores podem influenciar, para mais ou para menos, a que o juiz fique mais suscetível a entender a opinião

pública como um obstáculo à sua atuação criativa ou, ao contrário, como um elemento motivador para a criação de decisões.

O terceiro ponto relaciona-se com os direitos prestacionais sociais ou aqueles que, para serem efetivados, devem merecer uma atuação positiva por parte do Estado. Mesmo sabendo que não há direitos sem custos, os de liberdade pressupõem uma atuação negativa do Estado, ao contrário de outros direitos sociais que exigem prestações materiais que podem esbarrar em cláusulas orçamentárias. Nessas hipóteses, questiona-se em que medida os custos dos direitos impõem um limite ao poder criativo do juiz. Considerando a existência de um direito com fundamento constitucional, seria possível concretizá-lo em dimensões que impliquem a necessidade de o Estado aportar recursos materiais? Para tornar efetiva a sua decisão, o juiz pode exercer controle sobre cláusulas orçamentárias? Pode a atividade criativa do juiz transformá-lo em um *policy maker*, condicionando e controlando as políticas públicas do Estado, seja no nível local, regional ou nacional? Esse segundo ponto visa, basicamente, debater se os custos decorrentes do exercício da função criativa do juiz são, ou não, levados em consideração e qual é o tratamento jurídico dado a essa questão.

TERCEIRA SESSÃO: A relação entre Juiz e Legislador (15/09, das 14:30h às 18:00h)

IL RAPPORTO TRA GIUDICE E LEGISLATORE: 1. La inerzia del legislatore e la distinzione tra "diritti costituzionali" e "diritti legali". 2. Il principio di separazione dei poteri (ed il problema dell'"ultima parola"). 3. Le garanzie di indipendenza della magistratura e la possibilità della stessa di essere qualificata come "potere dello stato" (anche immunità della politica)

LA RELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR

1. La inercia del legislador y la distinción entre "derechos constitucionales" y "derechos legales"
2. El principio de separación de poderes (y el problema de la "última palabra").

3. Las garantías de independencia de la magistratura y la inmunidad de la política

Composição da mesa:

Presidente: Francisco Sérgio Rocha (UFPA)

Conferência (Itália): Sandro Staiano (Universidade de Napoli, Itália)

Conferência (Brasil): Celso Campilongo (USP; PUC-SP)

Conferência (Espanha): María Gema Rosado Iglesias (Univ. Carlos III de Madri)

Relator de síntese: Eduardo Rocha Dias (UNIFOR)

Esquema de discussão:

1. A inércia do legislador e a distinção entre "direitos constitucionais" e "direitos legais"
2. O princípio da separação dos poderes (e o problema da "última palavra").
3. As garantias de independência da magistratura e a imunidade da política

OBS: o participante deve trazer a imagem e experiência de seu respectivo país em relação a:

- a) surgimento de novos direitos, diante da inércia do legislador
- b) formas de superação, pelo Legislativo, de decisões da Corte Constitucional
- c) em que medida o tratamento constitucional da garantia da magistratura e da imunidade da política interferem na relação entre os dois Poderes.

A concretização de direitos pode ser realizada tanto pelo legislador, no exercício de sua função legislativa (de nível constitucional ou de nível legal), mas pode também ser realizada pelo juiz. O poder criativo do juiz, muito em função da sua capacidade de buscar um fundamento constitucional ou mesmo legal para a concretização de um direito, pode se manifestar de maneira mais evidente diante de uma inércia do legislador. Quando o legislador elabora uma lei, realiza uma escolha que pode ser examinada pelo juiz, até mesmo sob o crivo da interpretação conforme. Já quando o legislador não legisla, seja porque fica inerte ou, seja porque decide não legislar, sobra ao juiz parâmetro constitucional em cláusulas abertas.

Vê-se, então, que esse primeiro ponto é relacionado com os novos direitos e os limites ao seu reconhecimento por meio de uma criação judicial diante de uma inércia do legislador. A expressão "novos direitos" não deve significar que o poder judiciário passe a criar direitos

"do zero", sem qualquer ligação com a Constituição ou com as leis já existentes. Afinal, a possibilidade de o juiz concretizar normas não dispensa o Poder Legislativo de seu papel de elaboração normativa. Mas a construção de novos direitos pela via judicial deve ser examinada de forma diferente, no caso de haver ou de não haver uma norma produzida pelo Legislativo, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Nesse contexto, alguns questionamentos podem ser feitos, como, por exemplo, a importância de movimentos sociais reivindicatórios para, na inércia legislativa, construir judicialmente e processualmente a alternativa desejada. Fica o juiz autorizado a criar novos direitos ou deve o juiz ele esperar o legislador (e nesse caso, tanto o juiz quanto o legislador permaneceriam inertes)? E quando a tutela do direito encontra um fundamento não apenas na lei que não foi editada (direito legal), mas encontra fundamento na própria constituição (direitos constitucionais)?

Um segundo ponto de discussão diz respeito a se o poder criativo do magistrado pode ser constrangido por questões institucionais que envolvam sua relação com o Poder Legislativo. Nesse campo, situa-se o tema dos diálogos institucionais, notadamente a relação entre a Corte e o Legislativo. Não se pode negar a disputa entre, de um lado, o papel desempenhado pela Corte e, de outro lado, pelo Poder Legislativo. Evidentemente, são órgãos distintos e com processos de legitimação bastante diferenciados. Todavia, a disputa se dá no plano de criação positiva e negativa do ordenamento jurídico. Quando uma Corte declara a inconstitucionalidade de uma norma, está, na prática, anulando uma atividade política produzida pelo Parlamento. Seria possível, então, o parlamento desconsiderar a decisão da Corte? A ideia de que a Constituição é aquilo que a Corte diz que ela é já não atende mais às complexidades do ordenamento jurídico dos países ocidentais que colocam a Constituição como eixo gravitacional do Estado e sociedade. É possível afirmar que o juiz dá a última palavra? Como no Canadá, com *anotwithstanding clause*, os sistemas de Justiça Constitucional podem sofrer constrangimentos pelo Poder Legislativo? O efeito da declaração de inconstitucionalidade paralisa a função legislativa, ou o Legislativo pode inibir a atuação criativa do juiz? O legislador pode refazer uma norma declarada inconstitucional pela Corte? Quais são as relações institucionais entre Corte e Legislativo que podem servir como freio à atuação do juiz constitucional? Qual o espaço de atuação que o Legislativo tem em uma temática já decidida pela Jurisdição Constitucional? Pode o Legislativo editar uma norma no sentido oposto de uma decisão da Jurisdição Constitucional? Que limites o Legislativo pode impor a posteriori à interpretação já realizada pela Corte? São questionamentos sugestivos, não exaustivos, para nortear o debate.

Há, ainda, como terceiro ponto, a questão relacionada à garantia de Independência do Poder Judiciário. Em países com Supremas

Cortes, como é o caso do Brasil, não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal é órgão do Judiciário. Porém, no caso italiano, a Corte Constitucional não integra a Suprema Magistratura. Nesse sentido, a ideia de separação de poderes poderia ser relativizada em razão de um Tribunal Constitucional não pertencer ao Poder Judiciário? Há, ainda, a questão da imunidade da política que protege o legislador e o processo legislativo de elaboração normativa em atos não sindicáveis ao Judiciário. O regime jurídico, portanto, da independência da magistratura pode impor uma linha de fronteira entre Judiciário e Legislativo mais ou menos permeável.

COMUNICANTES / INTERVENÇÕES PROGRAMADAS PARA AS SESSÕES

Andreas Krell (UFAL)

Cintia Araujo (U. Federal de SP)

Fernando Scaff (USP/UFPA)

Glauco Salomão Leite (UNICAP)

José Luiz Bolzan de Moraes (UNISINOS)

Luiz Alberto David Araujo (PUC-SP)

Roberto Pinardi (Universidade de Modena, Itália)

RELATOR GERAL DE ENCERRAMENTO DAS X JORNADAS: Paolo Caretti
(Universidade de Florença)

LOCAL

O local de realização das X Jornadas de 2017 será no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Auditório G4, à Rua do Príncipe 526, Recife, Pernambuco, na tarde (a partir das 14h00) da quinta-feira, dia 14 de setembro, e na manhã (a partir de 8h30) e tarde (a partir de 14h30) da sexta-feira, dia 15 de setembro de 2017.