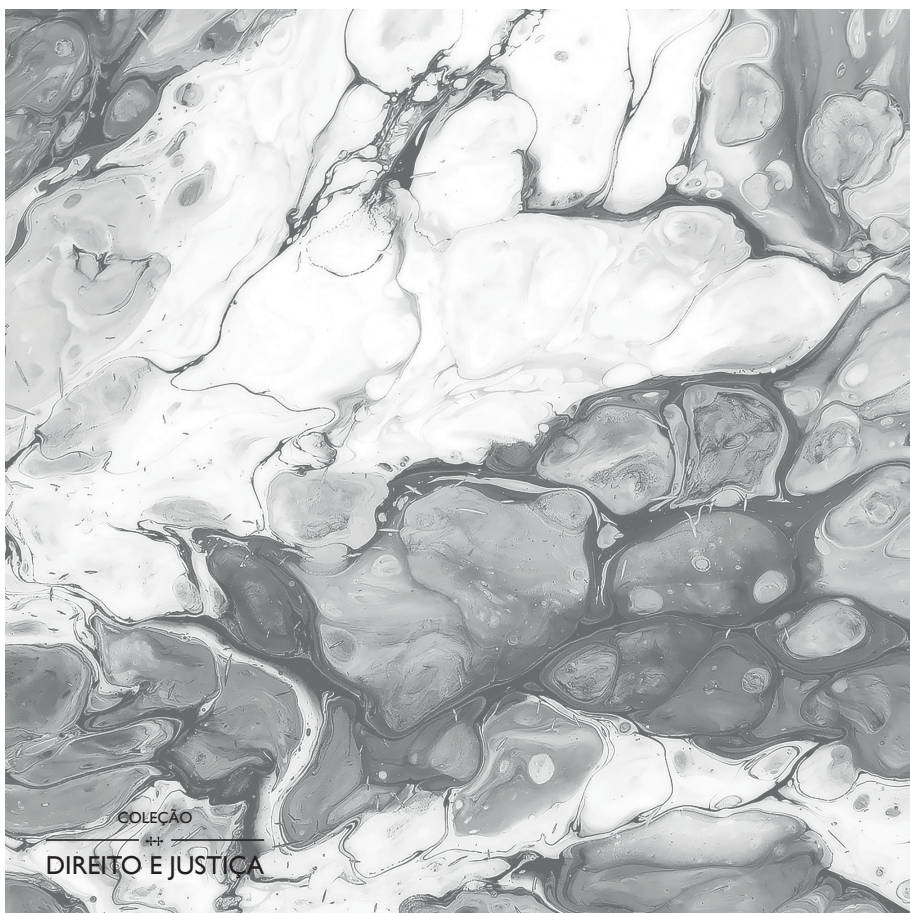


VINÍCIUS LOTT THIBAU

GARANTISMO e Processualidade Democrática



COLEÇÃO
++
DIREITO E JUSTIÇA

GARANTISMO

e Processualidade Democrática

VINÍCIUS LOTT THIBAU

GARANTISMO e Processualidade Democrática



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Vinícius Lott Thibau.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
Imagem de Raphael [The School of Athens 1510-1511 – Detalhe] licenciado pelo WikiArt

Diagramação
Enzo Zaqueu Prates

Coleção Direito e Justiça
Coordenador: Plácido Arraes

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catlogação na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

THIBAU, Vinícius Lott.
Garantismo e Processualidade Democrática -- Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.
298 p.

ISBN: 978-85-60519-45-3

1. Direito. 2. Direito Processual. I. Título.

CDD341.4

CDU347.91

Analisados, um a um, todos os modos de dominação que o homem inventou ao longo dos séculos para relacionar-se com o seu próximo, nenhum é mais eficiente do que o da manipulação dos sentidos. Aquele que manipula os sentidos do discurso transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a qual define o que venha a ser valor e antivalor; é ele quem assinala os objetivos a serem perseguidos pelo grupo, ditas as regras de comportamento que hão de dirigir a ação singular dos indivíduos na tentativa de realização de seus valores, pune e recompensa. Pois como os mitos de sempre demonstraram, só o que sabe quer, só o que sabe pode, só o que sabe faz.¹

¹ LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 4.

*Para Nathy, Mãe e Kika,
com amor.*

Agradecimentos

Ao professor André Cordeiro Leal, pelo constante incentivo e pelo prefácio que, gentilmente, produziu.

Ao professor Rosemiro Pereira Leal, pelas lições que tornaram possível a testificação da teoria garantista.

Ao professor Leonardo Augusto Marinho Marques, pela orientação da pesquisa que, com adaptações pertinentes, deu origem a este livro, bem como pela apresentação dos escritos formalizados.

Aos professores Paulo Roberto Lassi de Oliveira e Mariza Rios, pelo auxílio na aquisição de publicações estrangeiras.

Aos professores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Émilien Vilas Boas Reis, Sérgio Henriques Zandona Freitas, Carlos Henrique Soares, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, André Del Negri, Luís Henrique Vieira Rodrigues, Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Flávia Ávila Penido, Fernando Laércio Alves da Silva, Luiz Gustavo Levate, Michael César Silva, Gil César de Carvalho Lemos Morato, Túlio Márcio Trindade, Igor Alves Norberto Soares, Ulisses Moura Dalle e Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos, pelos proveitosos momentos de interlocução a respeito do garantismo.

Ao Plácido Arraes, pela oportunidade de publicação.

Sumário

| | |
|--|-----|
| PREFÁCIO..... | 13 |
| APRESENTAÇÃO..... | 17 |
| CAPÍTULO 1 | |
| <i>Introdução</i> | 21 |
| CAPÍTULO 2 | |
| <i>Garantismo e a centralidade da jurisdição no âmbito da aplicação do direito</i> | 37 |
| 2.1. Garantismo como modelo normativo de direito e o controle jurisdicional do exercício ilegítimo do poder..... | 52 |
| 2.2. Garantismo como teoria crítica do direito e a afirmação jurisdicionalista da validade normativa..... | 81 |
| 2.3. Garantismo como filosofia política e a irreduzível ilegitimidade da jurisdição..... | 101 |
| CAPÍTULO 3 | |
| <i>Discricionariedade judiciária e a aplicação garantista da normatividade jurídica</i> | 117 |

| | |
|--|-----|
| 3.1. Juiz como garante da legalidade e a jurisdição garantista como atividade tendencialmente cognitiva do julgador..... | 122 |
| 3.2. Espaços de poder judicial e a discricionariedade judiciário-garantista na aplicação da lei..... | 149 |
| 3.2.1. Interpretação jurídico-garantista e o poder judicial de denotação..... | 155 |
| 3.2.2. Poder judicial de disposição e o dever judiciário de decidir na teoria garantista..... | 164 |
| 3.3. Jurisdição garantista e o enfrentamento, por via discricionária, das antinomias e lacunas normativas..... | 173 |

CAPÍTULO 4

| | |
|--|------------|
| <i>Garantismo jurisdicionalista e a processualidade democrática.....</i> | <i>197</i> |
|--|------------|

| | |
|--|-----|
| 4.1. Interpretação judicial garantista e a vedação continuada do exercício da isocrítica..... | 211 |
| 4.2. Discricionariedade judiciária e o dogmatismo-garantista impediante de uma hermenêutica isomênica..... | 229 |
| 4.3. Garantismo jurisdicionalista e a impossibilidade teórica de uma decisão jurídica imparcial | 249 |

| | |
|----------------|-----|
| CONCLUSÃO..... | 265 |
|----------------|-----|

| | |
|------------------|-----|
| REFERÊNCIAS..... | 269 |
|------------------|-----|

Prefácio

Talvez esteja em transitar, sem maiores embaraços, pela complexidade teórica de *Garantismo e Processualidade Democrática* o principal desafio que se apresenta para, em razão do honroso convite do Professor Vinícius Lott Thibau, elaborar o prefácio desta publicação, a qual resulta de Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cuja banca examinadora tive a oportunidade de integrar, ao lado de importantes pesquisadores do direito no Brasil, a convite do orientador, Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, a quem devo agradecer pela gentileza e pelo apoio incondicional de sempre.

É que não se trata apenas de mais um dos vários escritos sobre Luigi Ferrajoli. A riquíssima bibliografia utilizada na pesquisa mostra que não foi mesmo por acaso que a aprovação do trabalho se deu com nota máxima. O apanhado bibliográfico espelha, a nosso ver, um duplo compromisso do Professor Vinícius Lott Thibau. Por um lado, ele se preocupa em ofertar ao leitor um panorama fiel e detalhado da enciclopédica obra de um dos mais importantes juristas da atualidade, de molde a que se compreendam, em alcance e conteúdo, as propostas de Luigi Ferrajoli. Por outro, vê-se, igualmente, o cuidado do pesquisador em indicar, com precisão, as fontes das críticas que opõe às conjecturas do autor de *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*.

O ineditismo e a complexidade do escrito produzido pelo Professor Vinícius Lott Thibau identificam-se, já na *Introdução* da obra ora prefaciada, pelo empreendimento de um giro inesperado quanto ao debate que costuma ocorrer quando se examina o garantismo. Em lugar de adotar o ativismo judicial, como se poderia esperar, para falsear as proposições de Luigi Ferrajoli, *Garantismo e Processualidade Democrática* deixa patente, de forma surpreendente, que não há mesmo diferenças nos fundamentos dessas duas vertentes hipoteticamente antagônicas, porque, em ambos os casos, a autoridade judiciária encontra-se sempre a espreitar a constitucionalidade e a legalidade com o intuito de subjugar-las, de submetê-las aos ditames de uma razão solipsista.

Aliás, transitar pela *Introdução* do livro dará ao leitor atento a possibilidade de compreender a escolha da epígrafe de *Garantismo e Processualidade Democrática*, na qual se estampa transcrição de passagem da obra do linguista Edward Lopes, em que o estudioso adverte que a manipulação do sentido do discurso foi uma das formas mais eficazes de dominação já inventadas pelo homem. Imaginamos que, dessa provocação, o Professor Vinícius Lott Thibau tenha extraído importantes diretrizes para enfrentar as promessas do garantismo ferrajoliano, que, a pretexto de proteção da cidadania, reproduz no direito, exata e silenciosamente, a técnica de controle aludida na epígrafe.

Por isso é que foi precisa a escolha dos rótulos dos capítulos 2 e 3 deste livro (*Garantismo e a centralidade da jurisdição no âmbito da aplicação do direito* e *Discrecionariiedade judiciária e a aplicação garantista da normatividade jurídica*, respectivamente), dos quais igualmente se infere, nos escritos ferrajolianos, a imprescindibilidade da discrecionariiedade para o garantismo – um sintoma do qual, historicamente, o direito não consegue se livrar.

É no capítulo 4, intitulado *Garantismo jurisdicionalista e a processualidade democrática*, no entanto, que, a partir da

teoria neoinstitucionalista do processo, o Professor Vinícius Lott Thibau expõe, diretamente, as suas proposições para a resolução dos problemas aos quais, apesar da extensa obra, Luigi Ferrajoli não dá respostas.

Para fazê-lo, o pesquisador mineiro deixa clara a insuperável oposição entre duas compreensões muito distintas de democracia. A primeira, assimilada pelo direito dogmático, e nela incluídas as cogitações de Luigi Ferrajoli, é aquela que afirma, em síntese, que a promessa da legitimidade democrático-constitucional se realiza quando as autoridades responsáveis pela gênese e pela reprodução do direito atuam em nome dos cidadãos, para o bem destes ou para protegê-los de intromissões indevidas do Estado, mas sempre na condição de autoridades-decisoras.

A segunda perspectiva é a ofertada pela teoria neoinstitucionalista do processo, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal, que considera, basicamente, que a democraticidade do direito democrático está exatamente em sua não dogmaticidade. Direito democrático, nesta concepção, é direito não-dogmático. Em outros termos, o direito que se pretenda democrático não pode depender da clarividência, da capacidade, da imparcialidade ou da boa vontade inatas ou pressupostas das autoridades que enunciam normas jurídicas, mas fundamenta-se na fiscalidade ofertada aos destinatários normativos, em todos os níveis de gênese e reprodução do direito, pela processualidade jurídica.

É a proposição neoinstitucionalista do processo, como marco do trabalho, que permitirá ao Professor Vinícius Lott Thibau concluir pela imprestabilidade, em termos de uma democracia conduzida pelo direito não dogmático, da proposta garantista. No fim das contas, o que a teoria ferrajoliana nos oferece é a paradoxal garantia da *“exclusão permanente”* dos destinatários normativos da *“tomada de decisões construtivas de seu próprio destino jurídico.”* É como se o garantismo, agambenianamente falando, promettesse,

pela apologia da fé no arbítrio responsável, a perpetuação da vigilância do soberano sobre a vida nua.

Em razão dessas inéditas e inquietantes conjecturas é que recomendamos a leitura de *Garantismo e Processualidade Democrática*, a qual abre uma nova perspectiva ao enfrentamento dos óbices criados à implantação de um projeto democrático, dentre eles os advindos das sedutoras propostas do garantismo judiciário de Luigi Ferrajoli.

Belo Horizonte, julho de 2018.

*André Cordeiro Leal*¹

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professor dos Cursos de Mestrado e Bacharelado em Direito da Universidade FUMEC. Advogado. Economista

Apresentação

Em dezembro de 2013, tive a oportunidade de compor, novamente, a Banca responsável pelo processo de seleção de discentes do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC Minas, na linha de pesquisa *O Processo na construção do Estado Democrático de Direito*. Dessa vez, na companhia dos Professores Rosemiro Pereira Leal e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

O Edital havia me destinado três vagas para orientar no Doutorado. Seria a minha primeira experiência supervisionando a pesquisa de futuros Doutores. Já se completavam cinco anos lecionando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC Minas, orientando somente Dissertações de Mestrado.

Vinícius Lott Thibau, Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara, Fernando Laércio Alves da Silva, Professor de Processo Penal da Universidade Federal de Viçosa, e Mayra Thaís Andrade Ribeiro, minha ex-aluna de Graduação, no campus São Gabriel (PUC Minas), foram os candidatos selecionados para as minhas vagas.

Eu assumi a orientação da tese do Vinícius Thibau por sugestão do Professor Rosemiro Pereira Leal. Em face da repercussão da teoria do garantismo no Direito e no Processo Penal, nosso Decano argumentou que eu seria o orientador ideal para aquela tese. Cortesia que não se recusa, sobretudo, quando o tema é instigante e o candidato demonstra, na entrevista, que tem qualidade.

Na medida em que ia convivendo e conhecendo melhor o Vinícius, fui compreendendo o tamanho da responsabilidade que acabei assumindo naquele dia. Por ter sido o seu orientador na monografia final do Curso de Graduação em Direito e por conhecer bem a sua trajetória no Mestrado, o natural seria que o Professor Rosemiro Pereira Leal assumisse a orientação. Mas ele não o fez. Preferiu me designar para ser o interlocutor do seu discípulo.

Faço esse registro porque preciso agradecer, publicamente, ao Professor Rosemiro. Ele me confiou a oportunidade de orientar uma excelente tese de doutorado, que agora se converte em Livro. A publicação, recomendada expressamente pela Banca, no dia da Defesa, em meio a reiterados elogios, permitirá o acesso qualificado ao pensamento de um dos mais importantes juristas do nosso século.

Luigi Ferrajoli construiu uma teoria complexa e de difícil compreensão. Foram diversos livros e artigos publicados em cinco décadas de intensa vida acadêmica. Portanto, quem quiser pesquisar qualquer tema relacionado ao garantismo precisa se debruçar sobre o conjunto de sua obra. *O Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, seu livro mais conhecido no Brasil, expressa uma parte do pensamento do autor. É preciso ir mais longe. É necessário passar por sua vasta produção para se entender como as suas ideias foram se consolidando.

O Professor Vinícius Lott Thibau enfrentou esse desafio com a dignidade e a energia de quem é vocacionado para a pesquisa. O Livro apresentado propicia ao leitor a visão ampla da teoria do garantismo. Mas, a leitura se torna especial no ponto demarcado para a construção da tese: a fixação do significado da norma aplicável e o afastamento das antinomias e lacunas normativas pela via da discricionariedade judiciária.

O autor se contrapõe à ideia de que o magistrado garantista seria aquele intérprete privilegiado, que te-

ria legitimidade para construir unilateralmente o direito, sempre que se deparasse com uma imperfeição normativa. Compromissado com a democraticidade jurídico-decisória, o Professor Vinícius Thibau optou por combater a “crença na clarividência do decisor”.

Estruturado na teoria neoinstitucionalista do processo e no método dedutivo-eliminacionista de Karl Raimund Popper, o Livro demonstra que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli falha no momento em que deixa de formular “uma tematização adequada da proibição do *non liquet*” e passa a investir na discricionariedade do juiz como forma legítima de preencher o sentido normativo. Fatalmente, nesse ponto, o garantismo de Ferrajoli abdica do *devido processo* nos “recintos de produção e de atuação do direito”.

Por acreditar na autosuficiência do julgador, o garantismo desconsiderou que a falibilidade normativa inaugura o espaço de liberdade processual de criação e recriação do Direito, assegurado à comunidade jurídica de legitimados ao processo. E desconsiderou, também, que essa liberdade somente pode ser exercida no contexto do *devido processo*, porque se faz necessário garantir aos destinatários das decisões a igualdade interpretativa e argumentativa.

Como interlocutor durante a pesquisa, cumpre-me bem mais do que recomendar a leitura, bem mais do que elogiar o texto. Cumpre-me registrar a minha admiração pelo Vinícius e o meu orgulho em ver sua tese sendo publicada. Tenho certeza de que o leitor concordará comigo. A obra virou uma referência obrigatória para quem pretende compreender a teoria do garantismo.

*Leonardo Augusto Marinho Marques*²

² Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor de Processo Penal da UFMG. Advogado.

Introdução

Em 1989, foi publicada a primeira edição italiana de *Diritti e Ragione: Teoria del garantismo penale*.³ Conforme anuncia Norberto Bobbio,⁴ essa produção é o resultado de uma longa reflexão de Luigi Ferrajoli sobre temáticas relativas à epistemologia, ética, lógica, teoria do direito, teoria da ciência e história que, somada à experiência que adquiriu pelo exercício sério e intenso da atividade de magistrado, propiciou a construção de um designado sistema garantista.

A partir dos significados de garantismo como modelo normativo de direito, teoria crítica do direito e filosofia política, Luigi Ferrajoli⁵ enunciou o garantismo

³ O livro *Diritti e Ragione: Teoria del garantismo penale* foi publicado, originariamente, em 1989, na Itália, pela Editori Laterza. Em 1995, os seus escritos foram traduzidos para a língua espanhola e publicados pela Editorial Trotta, sob o título *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Em 2002, a versão originária foi traduzida para o idioma português, sendo publicada pela editora Revista dos Tribunais com o rótulo *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. A terceira edição brasileira foi publicada no ano de 2010 e foi utilizada como referência bibliográfica para parte dos escritos deste livro.

⁴ BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1. ed. italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 7.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez

como uma teoria geral e, não obstante tenha proposto a aplicação de seus fundamentos inicialmente ao âmbito penal, foi taxativo em afirmar que para outras áreas do conhecimento jurídico também seria possível “elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos.”

Assumindo o *status* de teoria geral,⁶ o garantismo erige-se como sinônimo de um Estado Constitucional de Direito que condiciona o exercício do denominado poder, público ou privado, à observância das esferas do “indecidível que” e do “indecidível que não”. Apresenta-se, ainda, como uma proposição que interroga as teses juspositivistas que não situam a vigência, a validade e a efetividade como categorias distintas e, por fim, como uma filosofia política que é determinativa de uma justificação externa do Estado e do Direito. Com a teorização ferrajoliana, o garantismo desvincula-se dos contornos que lhe foram, originariamente, ofertados por Charles Fourier e Guido de Ruggiero⁷ e passa a auferir uma importância que lhe era, até então, negada pela comunidade acadêmica.

Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 788.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juares Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 786-832.

⁷ IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Revista Videre**, Dou-rados, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011. p. 54-55; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 59-61. (Colección Estructuras y Procesos – Serie Derecho).

Consoante informa André Karam Trindade,⁸ assim que foi publicado, o livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*:

[...] ingressou rapidamente na lista das obras jurídicas mais importantes do direito contemporâneo, convertendo-se em um verdadeiro clássico do século XX, de tal maneira que sua leitura certamente se tornou obrigatória para todos os juristas. Tanto é assim que, com a tradução desta obra – primeiro, em 1995, para o espanhol (*Derecho y razón*); e, mais tarde, em 2002, para o português (*Direito e razão*) –, o modelo garantista não só passou a pertencer, definitivamente, ao léxico jurídico como, também, tornou-se cada vez mais presente entre os juristas, sobretudo na América Latina.

No Brasil, da mesma maneira como ocorreu na Argentina, na Colômbia, no México, o garantismo foi importado precisamente durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação das novas cartas constitucionais e pela imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sobretudo aqueles de liberdade, contra as arbitrariedades do Estado. [...]

Nos últimos anos, dezenas de faculdades e centros de pesquisa assumiram o garantismo como referencial teórico de seus cursos de graduação e pós-graduação, centenas de dissertações de mestrado e teses de doutorado foram defendidas, além da publicação de incontáveis livros e artigos sobre o tema.

A produção de Luigi Ferrajoli, no entanto, não se esgotou com o advento de *Direito e Razão: Teoria do*

⁸ TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n. 1, p. 3-21, jul. 2012a. p. 5-6.

Garantismo Penal. Essa publicação, que foi a mais destacada entre as ofertadas por Luigi Ferrajoli no século XX, somou-se a diversos capítulos de livro, artigos e livros que, focados nos três significados de garantismo, aplicam os fundamentos da teoria garantista a temáticas variadas, com ênfase na área jurídica. Na atualidade, as publicações ferrajolianas formam uma bibliografia enciclopédica, ganhando especial realce a coleção intitulada *Principia Iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, na qual Luigi Ferrajoli concretiza a sua tão almejada teoria axiomatizada do direito, que foi esboçada em um ensaio que publicou em 1970, na Itália.⁹

Pela importância de seus numerosos escritos e, ainda, pelo modo de condução do seu viver, Luigi Ferrajoli é

⁹ A coletânea *Principia Iuris: Teoria del diritto e della democrazia* foi publicada, originariamente, em 2007, na Itália, pela Editori Laterza. Produzida em trinta e sete anos, é composta por três livros destinados à análise garantista da teoria do direito, da teoria da democracia e, ainda, da sintaxe do direito. No Brasil, no ano de 2010, a coletânea teve os seus principais objetivos e temas expostos no artigo produzido por CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia*. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010. Em 2011, também no Brasil, a partir das críticas que recebeu de autores italianos e espanhóis no seminário intitulado *Diritto e Democrazia Costituzionale: Discutendo “Principia Iuris” di L. Ferrajoli*, realizado em Bréscia (Itália), no mês de dezembro de 2007, os escritos ferrajolianos foram analisados em artigo de autoria de TRINDADE, André Karam. A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do “Seminário de Bréscia” e da discussão sobre *Principia Iuris*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 111-137, jul./dez. 2011. Em 2011, a coleção foi traduzida para a língua espanhola e publicada pela Editorial Trotta sob o título *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, em três volumes que totalizam 2496 páginas. A versão espanhola da coletânea foi utilizada como referência bibliográfica para parte dos escritos deste livro. Para acessar o ensaio a que se faz referência, veja FERRAJOLI, Luigi. **Teoria assiomaticizzata del diritto**. Milano: Giuffrè, 1970.

apontado por Miguel Carbonell¹⁰ como, provavelmente, “o jurista mais importante e influente do mundo”, nos dias de hoje. É considerado “um ‘clássico vivo’, um dos autores imprescindíveis para entender o presente e refletir, atentamente, sobre o futuro”. Conforme registra Perfecto Andrés Ibáñez:¹¹

A obra imponente de Ferrajoli e o que ele mesmo representa no plano cultural e ético-político depois de mais de 40 anos de produção teórica e de um esforço generoso e cristalino dedicado à luta pelos direitos de todos expressa a convergência de três vetores, três linhas de força, três

¹⁰ CARBONELL, Miguel. Presentación. In: FERRAJOLI, Luigi. **Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010. p. 10 e 21. (Serie Conferencias Magistrales, v. 17). No original: “[...] el jurista vivo más importante e influyente del mundo.” No original: “[...] un ‘clásico vivo’, uno de los autores imprescindibles para entender el presente y avizorar el futuro.”

¹¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Luigi Ferrajoli. Los derechos rigurosamente en serio. **Revista Nexos**, México, n. 366, jun. 2008. No original: “La obra imponente de Ferrajoli y lo que él mismo representa en el plano cultural y ético-político, tras más de 40 años de producción teórica y de un esfuerzo generoso y cristalino volcado en la lucha por los derechos de todos, expresa la convergencia de tres vectores, tres líneas de fuerza, tres *almas* que no acostumbran a presentarse juntas, y menos con tanta fortuna en materia de resultados. Una, la del estudioso con infinita capacidad de interrogar e interrogarse, dispuesto a llegar hasta donde la razón le lleve, sin ninguna pereza y con la audacia necesaria para aventurarse por caminos inciertos. Otra, la del jurista práctico, juez durante años, ocupado en primera persona en dar soluciones concretas a problemas concretos y, a la vez, inmerso, con un papel destacado, en el desarrollo del más notable esfuerzo de transformación en clave constitucional del rol de la jurisdicción, protagonizado en Italia por Magistratura Democratica. Y otra, en fin, la del ciudadano cosmopolita militante, profundamente implicado en diversas articulaciones de una sociedad civil sin fronteras, como bien lo acredita su participación en el Tribunal Permanente de los Pueblos, expresión de un sentido tempranamente *global* de la preocupación activa por los derechos humanos.”

almas, que não costumam apresentar-se juntas e, menos ainda, com tanto proveito em matéria de resultados. Uma, a do estudioso com infinita capacidade de interrogar e interrogar-se, disposto a chegar até onde a razão o leve, sem nenhuma preguiça e com a audácia necessária para aventurar-se por caminhos incertos. Outra, a do jurista prático, juiz durante anos, ocupado em primeira pessoa em dar soluções concretas a problemas concretos e, ao mesmo tempo, imerso, com papel destacado, no desenvolvimento do mais notável esforço de transformação em matéria constitucional do papel da jurisdição protagonizado na Itália pela Magistratura Democrática. E outra, enfim, a do cidadão cosmopolita militante, profundamente implicado em diversas articulações de uma sociedade civil sem fronteiras, como bem demonstra a sua participação no Tribunal Permanente dos Povos, expressão de um sentido precocemente *global* da preocupação ativa pelos direitos humanos.

Diante de tudo isso, Ana Cláudia Bastos de Pinho¹² afirma que qualquer discussão séria sobre democracia não “pode prescindir dos aportes do *maestro* italiano. Pode-se deles discordar. Ignorá-los jamais.” Embora reconheça que a teoria ferrajoliana apresente-se frágil em vários dos seus conteúdos, a autora não apenas afirma ser inquestionável a sua contribuição “para a formatação séria de um projeto democrático de direito”, como assevera que “o garantismo apresenta-se como uma teoria democrática”.

Esta, porém, é uma conjectura que se pretende problematizar na pesquisa apresentada neste livro. É que, a partir dos conteúdos informativos da proposição neoinstitucio-

¹² PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23 e 26.

nalista do processo,¹³ que é adotada como marco teórico das cogitações formalizadas, não pode ser qualificada como democrática uma teoria que acolhe a possibilidade de que a normatividade seja operacionalizada pelos fundamentos da ciência dogmática do direito. De acordo com o magistério de Rosemiro Pereira Leal,¹⁴ a democracia não se compatibiliza com a infiscalidade processual, porque, no “*direito democrático*, o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico–discursivo de auto–inclusão do legitimado processual na *Comunidade Jurídica* para construção conjunta da *Sociedade Jurídico–Política*.”

É, nesse sentido, que, ao apresentar a teoria neoinstitucionalista do processo, André Cordeiro Leal¹⁵ explicita tratar-se de uma proposição que se notabiliza por:

[...] um impressionante esforço epistemológico bem-sucedido de construção de critérios de demarcação da objetividade decisória a tornar

¹³ Para acessar os principais conteúdos informativos da teoria neoinstitucionalista do processo, confira as publicações de LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7); LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 13. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016a; LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017a; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016b. (Coleção Direito e Justiça).

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016b. p. 169. (Coleção Direito e Justiça).

¹⁵ LEAL, André Cordeiro. Apresentação. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. XIII. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

obsoletos, para o direito democrático, os apelos à tradição e à autoridade (subjetividades sapientes) que ainda povoam (ou assombram), explícita ou implicitamente, o direito dogmatizado (ideologizado) – o que permite ao autor [Rosemiro Pereira Leal] a ruptura com as idealidades (imaginários) do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, ambas ainda impregnadas e reprodutoras de sua insistentemente esquecida violência fundante. No cerne das proposições do Professor Rosemiro Pereira Leal está uma questão que não costuma ser suscitada, que é aquela que o autor desenvolve em torno do plano instituinte do direito (âmbito da necessária instalação do democrático pelo devido processo), e pela qual afirma a imprestabilidade de a (sic) toda e qualquer remissão a sociedades pressupostas (existentes antes ou apesar do direito democrático) para a ancoragem do direito democrático.

Ofertada à comunidade jurídica no ano de 1999,¹⁶ a teoria neoinstitucionalista do processo, portanto:

[...] nenhuma relação apresenta com as demais teorias que, ao se proporem a instrumentalizar soluções de conflitos numa sociedade pressuposta, não se comprometem com a autoinclusão processual de todos nos *direitos fundamentais*, sem os quais se praticaria [...] a tirania da ocultação dos problemas jurídicos e não a sua resolução compartilhada.

O *processo*, nessa concepção, não se estabelece pelas forças imaginosamente naturais de uma sociedade ideal ou pelo *poder* de uma elite dirigente ou genialmente judicante, ou pelo diálogo de especialistas, *mas* se impõe por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitu-

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.

cionalmente assegurada, que torna o *princípio da reserva legal do processo*, nas democracias ativas, o eixo fundamental da *previsibilidade das decisões*. A institucionalização coinstitucional do processo acarreta a impessoalização das decisões, porque estas, assim obtidas, se esvaziam de opressividade potestativa (coatividade, coercibilidade) pela deslocação de seu *imperium* (impositividade) do poder cogente da atividade estatal para a conexão jurídico-político-processual da vontade popular coinstitucionalizada. [...]

O *processo*, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos [...].¹⁷

Assim considerando, a tematização da teoria garantista se impõe porque, a despeito de rotulada como democrática, quando foca o âmbito de aplicação jurídico-normativa, recepciona o pressuposto lógico-dogmático de que a lei é sempre acometida por uma incompletude fatal e, a partir desse acolhimento, enuncia o vazio jurídico como recinto de atuação jurisdicional desprocessualizada. Para a proposição ferrajoliana, a atividade aplicativa do direito exprime-se por via de um silogismo e a identificação da norma cabível para a regência do suposto de fato é necessariamente vinculada ao exercício da discricionariedade judicial, que, embora seja parcialmente questionada por Luigi Ferrajoli, aufere relevância no âmbito da fixação judiciário-garantista do sentido da legalidade que se oferta à aplicação, bem como da certificação da validade desse significado pela pessoa do juiz.¹⁸

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 13. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016a. p. 156-157.

¹⁸ Conforme registra Tomás-Ramón Fernández, a “discricionariedade comporta uma certa liberdade de escolha entre duas ou mais

É, por isso, que, acompanhando Riccardo Guastini,¹⁹ é possível aduzir que “o coração do modelo garantista é uma teoria da discricionariedade judicial e, simultaneamente, dos modos para reduzi-la ao mínimo.” Tal se afirma pois, apesar de o garantismo problematizar a denominada discricionariedade judicial indevida – que é advinda de espaços

alternativas em princípio possíveis, juridicamente possíveis à vista da norma aplicável.” Para esse autor, contudo, a discricionariedade pode ser classificada como intencional ou não intencional e, no seu entendimento, a expressão discricionariedade deveria ser reservada à espécie intencional. Ao contrário do que ocorre em relação à chamada discricionariedade intencional ou voluntária, em que a discricionariedade é o “resultado da vontade deliberada, consciente e inequívoca do autor desta [norma] de outorgar ao órgão competente para aplicá-la um efetivo poder para eleger uma entre várias soluções que, em princípio, cabem no marco que essa norma desenha”, a discricionariedade não voluntária depende das imperfeições do sistema jurídico, dentre as quais a ambiguidade e a vagueza da linguagem legal, as lacunas e as antinomias normativas. Nesse caso, porém, a norma não renunciou o estabelecimento da precisa consequência do suposto de fato que contempla, embora tenha a estabelecido de modo impreciso. A partir dos estudos que realiza, portanto, a discricionariedade judicial a que faz referência o garantismo seria a denominada discricionariedade não intencional, logo, não deveria sequer ser designada discricionariedade. FER-NÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Iustel, 2005. p. 25 e 43. (Colección Biblioteca Jurídica Básica, n. 2). No original: “[...] discrecionalidad comporta una certa libertad de elegir entre dos o más alternativas en principio posibles, juridicamente posibles a la vista de la norma aplicable.” E, ainda: “[...] resultados de la voluntad deliberada, consciente e inequívoca del autor de ésta de otorgar al órgano competente para aplicarla un efectivo poder para elegir una entre las varias soluciones que, en principio, caben en el marco que esa norma dibuja.”

¹⁹ GUASTINI, Riccardo. Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo. Traducción de Nicolás Guzmán. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Edit.). **Las razones del garantismo**: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 46. No original: “[...] el corazón del modelo garantista es una teoría de la discrecionalidad judicial y, simultaneamente, de los modos para reducirla al mínimo.”

redutíveis de atuação do poder judicial –, para Luigi Ferrajoli,²⁰ a eliminação da discricionariedade judicial no recinto de aplicação do direito é impossível, sobretudo porque, nos Estados Constitucionais de Direito, “as leis nunca são de todo ‘claras e precisas’”, bem como os ordenamentos jurídicos não se apresentam plenos e coerentes.

Com efeito, quando aborda a atividade de aplicação jurídico-normativa, o garantismo esforça-se em teorizar técnicas destinadas a minorar o emprego da discricionariedade judiciária e não em enunciar a sua imprestabilidade para o direito não dogmático. A proposta de Luigi Ferrajoli consiste em formular e analisar as garantias, “no plano teórico, fazê-las vinculantes no plano normativo e assegurar a sua efetividade no plano prático”,²¹ com o objetivo de diminuir, na maior intensidade possível, o espaço de exercício do poder judicial. Se, contudo, no âmbito da produção do direito, essas garantias não atuam em consonância com o modelo traçado pela teoria garantista, no recinto de aplicação do direito, estará instalada a chamada discricionariedade judicial indevida, à qual se entrega o garantismo diante do dever judicial de decidir.

Por uma perspectiva ferrajoliana, assim, o enfrentamento da falibilidade normativa não se dá pelo *devido processo*, como teoriza a proposição neoinstitucionalista do processo. Filiando-se à ciência dogmática do direito, Luigi Ferrajoli deixa de tematizar adequadamente a compulsoriedade decisória e recepciona a possibilidade de que o direito

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. Traducción de José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Pedro Salazar, Marina Gascón, Mary Bellof, Christian Courtis, Lorenzo Córdova y José María Lujambio. México: Fontamara, 2004a. p. 235. No original: “[...] las leyes nunca son del todo ‘claras y precisas’”.

²¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 110.

seja operacionalizado por marcos teóricos condutores de um *status* no qual a “decisão judicial autodeterminou-se ante a decisão jurídica em face do caráter retórico do princípio da legalidade.”²²

É, exatamente, por isso, que se conjectura que a teoria garantista não se compatibiliza com a processualidade democrática. A hipótese que se apresenta e que se pretende testar, na pesquisa formalizada, é a de que o garantismo erige-se como uma proposição inapta a oferecer respostas consistentes ao problema da antidemocraticidade jurídico-decisória, uma vez que, pela proposta ferrajoliana, enuncia-se uma teoria da decisão do juiz imparcial e não uma teoria da decisão jurídica imparcial.

A partir dos conteúdos informativos da teoria neoinstitucionalista do processo, afirma-se que a decisão garantista nunca será imparcial (in-parcial), porque não consiste em um ato procedimental que, adstrito ao sistema jurídico estabilizado pelo *devido processo*, explicita a atuação da integralidade (não parcialidade) dos integrantes da comunidade jurídica de legitimados ao processo, desde o nível instituinte do direito. A decisão garantista nada mais é do que um pronunciamento revelador da escolha prática entre alternativas interpretativas possíveis concretizada pelo julgador, que, ocupando o vazio jurídico inaugurado pela falibilidade normativa, atua de modo a impedir o exercício da isocrítica e da isomenia.

A pesquisa levada a efeito, por consectário, não almeja tão somente a exposição da teoria geral do garantismo. Além disso, busca aferir se as cogitações ferrajolianas relativas à

²² LEAL, Rosemiro Pereira. A crise do dogmatismo e implicações jurídico-políticas. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 241-245, out./dez. 2015a. p. 242. Sobre o caráter retórico do princípio da legalidade, confira a produção de CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

aplicação jurídico-normativa são recepcionadas pelo direito processual democrático. Para tanto, a pesquisa apresentada neste livro encontra-se baseada em uma revisão bibliográfica, aproveita-se do método dedutivo-eliminacionista proposto por Karl Raimund Popper²³ e se estrutura em cinco capítulos, dentre os quais se encontra esta introdução, que é destinada a anunciar, “de forma articulada, o tema e suas partes, a justificativa, os objetivos, a definição dos termos utilizados e analisados e a delimitação do tempo e do espaço em que o tema será estudado”.²⁴

No segundo capítulo, além de uma digressão histórica a respeito do garantismo, aborda-se a teoria geral garantista e, a partir da análise dos três significados de garantismo propostos por Luigi Ferrajoli, almeja-se indicar a importância da jurisdição para a implementação do projeto que formula no âmbito da aplicação do direito. A análise realizada permite identificar o destaque atribuído pelos escritos ferrajolianos à atuação discricionária do juiz, a quem cabe enfrentar as falhas normativas que acometem os sistemas jurídico-positivos não plenamente garantistas, assim como fixar o significado válido da norma eleita para a regência da situação *sub judice*. Demais disso, a jurisdição deve garantir que o Estado e o Direito não se exponham como fins em si mesmos, mas que se apresentem como instituições artificialmente criadas à tutela e à satisfação de direitos, notadamente dos direitos fundamentais.

²³ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999; POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004; POPPER, Karl Raimund. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

²⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 165.

No terceiro capítulo, a pesquisa apresentada propõe-se a investigar, com mais profundidade, as interfaces teóricas entre o garantismo, a centralidade da jurisdição no âmbito da aplicação jurídico-normativa e a discricionariedade judicial. Após analisar a relação instalada entre a jurisdição e o consenso popular, são examinadas as duas fontes específicas de legitimação da jurisdição garantista, com base nas quais esta é adjetivada como um contrapoder e, ao mesmo tempo, como uma atividade dos juízes que devem atuar em prol do alcance da sempre imperfeita verdade processual. O que se extrai do terceiro capítulo, que também versa sobre os poderes judiciais de cognição e de disposição, é que, pelas lições garantistas, a decisão é teorizada como o resultado de uma atuação dos juízes que é sempre, em alguma medida, imune à fiscalidade processual.

Por isso, no quarto capítulo, objetiva-se enunciar a incompatibilidade teórica do garantismo com os fundamentos da processualidade democrática. Explicita-se que, na operacionalização do direito, a proposição ferrajoliana encontra-se alinhada à ciência dogmática, situando o espaço aberto pela falibilidade normativa como *locus* de atuação discricionária do julgador e não como âmbito procedimental destinado ao exercício da isocrítica. Aponta-se que, de acordo com os conteúdos informativos da proposição garantista, o juiz é o titular do privilégio da significação normativa, exercendo uma atividade dogmático-hermenêutica que é supressora do exercício do igual direito de interpretação para todos. Afirma-se que, ao focar a aplicação jurídico-normativa, o garantismo não enuncia uma teoria da decisão jurídica imparcial, cingindo-se a propor uma teoria da decisão do juiz imparcial. Indica-se que, pelos escritos ferrajolianos, é conjecturado um garantismo jurisdicionalista e não um garantismo processual-democrático.

No quinto e último capítulo, são apresentadas as conclusões da pesquisa produzida, com a corroboração – sempre falível – da hipótese formulada.²⁵

²⁵ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

Recomendamos a leitura de *Garantismo e Processualidade Democrática*, a qual abre uma nova perspectiva ao enfrentamento dos óbices criados à implantação de um projeto democrático, dentre eles os advindos das sedutoras propostas do garantismo judiciário de Luigi Ferrajoli.

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

Como interlocutor durante a pesquisa, cumpre-me bem mais do que recomendar a leitura, bem mais do que elogiar o texto. Cumpre-me registrar a minha admiração pelo Vinícius e o meu orgulho em ver sua tese sendo publicada. Tenho certeza de que o leitor concordará comigo. A obra virou uma referência obrigatória para quem pretende compreender a teoria do garantismo.

LEONARDO A.
MARINHO MARQUES



ISBN 978-85-60519-45-3



9 788560 519453