

O juiz das garantias como caso de erro legístico

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

Resumo: A criação do juiz das garantias pela Lei nº 13.964/2019 suscitou relevantes discussões sobre a adequação do instituto ao Direito brasileiro e sua validade constitucional. O artigo problematiza o juiz das garantias com base em uma abordagem legística que considera a deliberação que levou à sua positivação e a conformidade desse instituto ao problema indicado como justificativa. Para isso, o artigo apresenta a Legística como saber jurídico dirigido ao enfrentamento da crise de legalidade, bem como analisa a tramitação legislativa que deu origem à inserção do juiz das garantias no texto final, que, aprovado e sancionado, resultou na Lei nº 13.964. Além disso, noticia a suspensão da eficácia do instituto pelo Supremo Tribunal Federal e sustenta a ausência de deliberação como vício de validade da lei que criou o instituto do juiz das garantias. Como referencial teórico, o artigo ampara-se na relação entre o Direito e as políticas públicas, que discute os papéis desempenhados pelo Direito e sua relevância como caminho legístico, valendo-se de aportes dogmáticos do Direito Processual Penal. Metodologicamente, utiliza análise documental e revisão da literatura, para concluir pela carência de validade do juiz das garantias em razão do erro legístico presente no processo político de sua positivação.

Palavras-chave: Juiz das garantias. Legística. Lei nº 13.964/2019. Deliberação legislativa. Arranjos institucionais.

The judge of guarantees as a case of legistics error

Abstract: The legislative innovation regarding the judge of guarantees by the Federal Statute n. 13.964/2019 brought relevant discussions about the adequacy of this institute in Brazilian law and its constitutional legitimacy. The paper problematizes the judge of guarantees on a Legistics approach, which considers the deliberation to produce the statute and its adequacy towards the problem indicated as a justification. Therefore, the paper presents the Legistics as a legal knowledge aimed at solving the legality

Recebido em 20/2/20
Aprovado em 8/5/20

crisis, as well as analyzes the legislative process that concluded for in the creation of the judge of guarantees in the final approved and sanctioned Statute n. 13.964. It reports the suspension of the judge of guarantees provided by the Brazilian Supreme Court and asserts the absence of deliberation as a defect of validity on the creation of the judge of guarantees. As a theoretical frame, the paper relates Law and public policies, supported by theoretical contributions from Criminal Procedural Law. Methodologically, it promotes documental analysis and literature review, to conclude that the judge of guarantees is not valid due to the legistic error in the political process of its positivation.

Keywords: Judge of guarantees. Legistics. Federal Statute n. 13.964/2019. Legislature deliberation. Institutional arrangements.

1 Introdução

A Lei nº 13.964, de 24/12/2019 (BRASIL, 2019f), provocou uma série de alterações na legislação penal e processual penal brasileira. Sua ementa registra que o diploma “[a]perfeiçoa a legislação penal e processual penal”. O presente artigo problematiza a criação da figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal (CPP). Trata-se de inserção promovida no CPP pela Lei nº 13.964 para determinar que, no curso da investigação preliminar que antecede a instauração de um processo-crime, haverá um juiz “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 3º-B do CPP) (BRASIL, [2019e]). Esse juiz, “que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo” (art. 3º-D do CPP) (BRASIL, [2019e]).

Antes da vigência, a Lei nº 13.964 foi objeto de ataque por pelo menos três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). Em razão do recesso forense, ainda em janeiro de 2020, a Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu por bem, em juízo de conveniência política e da robustez do argumento de inconstitucionalidade da referida lei, suspender a eficácia, entre outros, dos artigos que trouxeram a novidade do juiz das garantias para a legislação brasileira. Primeiro, em 15/1/2020, uma decisão acauteladora da Presidência, de lavra do ministro Dias Toffoli, suspendeu o prazo de vigência da lei nova por seis meses (BRASIL, 2020a). Em seguida, em 20 de janeiro, a mesma Presidência, agora com o ministro

Luiz Fux em exercício, suspendeu sem prazo a eficácia da figura legal do juiz das garantias (BRASIL, 2020b).

O artigo aborda o instituto do juiz das garantias trazido pela Lei nº 13.964 como um problema de Legística, isto é, questiona a solução legislativa adotada politicamente pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo para o aprimoramento do sistema de Justiça criminal. A instituição do juiz das garantias observou prévia discussão e deliberação para a sua aprovação? A eleição do instituto, alçado a alternativa de aprimoramento da atividade judicante, atendeu aos problemas presentes no contexto brasileiro? A ausência de deliberação sobre o importantíssimo instituto, com severos impactos na organização judiciária brasileira, pode ensejar o reconhecimento da invalidade jurídica do instituto? São essas as perguntas a serem respondidas pelo presente trabalho.

O referencial teórico que lastreia este artigo considera o papel do Direito no desenho das políticas públicas, em especial aquelas que se referem ao sistema de Justiça. Dá destaque às seguintes dimensões do Direito: a *estruturante*, que define os arranjos institucionais de exteriorização da ação estatal (no caso, a prestação jurisdicional e o acesso à Justiça, de modo mais amplo); e a *substantiva*, considerada como o objetivo a ser perseguido pela ação de Estado que concretiza a Justiça criminal (COUTINHO, 2013, p. 198). Esse entendimento passa pela necessária compreensão da agenda política a ser abordada para os problemas *reais* do sistema de Justiça brasileiro (SUXBERGER, 2016), além de considerar que tais problemas respondem muito mais ao *modo* como atuam e se organizam seus atores que exatamente a um problema teórico ou mesmo legal (SUXBERGER, 2018).

Metodologicamente, o artigo vale-se de análise documental, consistente no levantamento exploratório e na discussão das proposições que resultaram na criação do juiz das garantias, além das recentes decisões do STF sobre o tema, e na revisão da literatura específica sobre o juiz das garantias no Brasil. A pesquisa insere-se num marco jurídico-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 28) dirigido às repercussões práticas e de institucionalização das ações determinadas no plano legislativo para materialização do juiz das garantias.

2 A Legística como alternativa à crise de legalidade

A produção legislativa é, tome-se como premissa, uma ação política. A produção de diplomas legais materializa o resultado de um processo político e, por isso, os atos normativos dele resultantes estão sujeitos a condicionamentos políticos, sociais e econômicos (ALMEIDA, 2009,

p. 83-84). Impacta, pois, os arranjos institucionais do Estado, compreendidos como a exteriorização da ação estatal que materializa a política pública.

O debate em torno das leis penais e processuais penais, em especial, ocorre em planos que indicam, de um lado, uma crise do paradigma legalista, que se insere no âmbito da crise de legitimação do Estado. Os diferentes atores sociais, questionando a legitimidade do Estado, não se reconhecem na legislação aprovada pelo Legislativo e Executivo. De outro lado, vê-se que a chamada “crise da lei” igualmente pode ser compreendida no contexto das dificuldades ou da falência do Estado social, que conduziu a um excesso de regulação, o que, por sua vez, veio a dificultar a comunicação entre o legislador e o destinatário da lei (HESPANHA, 2009, p. 581-582).

Por uma razão ou por outra, a importância da construção legiferante nos Estados democráticos não pode perder de vista a atenção a uma necessária teoria da legislação para a compreensão do fenômeno legislativo e aprimoramento dessa atividade. A Legística surge, pois, justamente como uma das respostas à denominada “crise da lei”. Como problema público, a qualidade da legislação apresenta-se de modo multinível e complexo, que opera desde o reconhecimento da crise democrática vivenciada pelo esvaziamento da democracia representativa no Brasil até a questionável qualidade da deliberação observada nas Casas legislativas.

Ainda que se coloquem em apartado os aspectos mais ligados à legitimação democrática, o processo legislativo, quando decorrente da observância de boas práticas indicadas pela Legística, garante normas mais consensuais e estabilizadoras e, por isso, mais capazes de realizar as expectativas dos destinatários e o valor fundamental da segurança (HESPANHA, 2009, p. 582-583).

A Legística compreende o saber jurídico dirigido a pelo menos cinco linhas de investigação sobre a relação entre a lei e os problemas públicos a que elas se dirigem: (i) teoria ou doutrina da legislação, entendida como as possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação; (ii) abordagem analítica da legislação, com apreensão dos conceitos e ideias fundamentais da norma, lei e legislação; (iii) tática da legislação, a compreender o estudo dos órgãos, procedimentos e métodos a fim de influenciar e dirigir a produção legislativa; (iv) metódica da legislação, decorrente da “problematização das dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação, procurando responder às questões de adequação/razoabilidade, ao incremento do grau de faticidade/realizabilidade e efetividade das leis”; e (v) técnica legislativa, a abranger as regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem (SOARES, 2007, p. 7-8).

Embora seja saber jurídico, a Legística não se confunde com o exame que pertence à dogmática, entendida como a abordagem própria da Ciência do Direito (nominada *Jurisprudência*, como reflexo da contribuição desta) (LARENZ, 1997). Aborda o sentido das normas e sua validade como enunciados de Direito Positivo. A dogmática jurídica ocupa-se de uma racionalidade baseada na lógica e observa um critério de *conformidade* do Direito aplicável ao fato apresentado para solução, ao passo que a Legística é marcada por uma racionalidade gerencial, de consideração dos meios eleitos em face dos fins almejados.

Além disso, o critério de solução dos problemas ofertados à Legística é o de *eficácia*, pois a ela não importa a adoção da (pretensamente) melhor solução teórica sem que tal solução guarde aplicabilidade ao problema público a que se dirige a intervenção do Estado. Se a tônica da

dogmática é o isolamento em face da realidade social, a da Legística é o jogo de interação com a realidade (SOARES, 2007, p. 13).

A figura do juiz das garantias, ao menos como objeto de atenção do legislador na construção das soluções adequadas aos problemas do sistema de Justiça criminal, deve atender, portanto, a uma racionalidade gerencial, a um juízo de eficácia do enunciado positivado e à consideração da realidade social em que se inserirá o instituto. A pergunta que se coloca é: a criação da figura do juiz das garantias pela Lei nº 13.964 atentou para esses pontos?

3 “Surpresa”: sem discussão, sem deliberação, sem consequência

A Lei nº 13.694 derivou do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PL) nº 10.372/2018 (BRASIL, 2018), de autoria dos deputados José Rocha (PR-BA), Marcelo Aro (PHS-MG), Wladimir Costa (SD-PA), Nilson Leitão (PSDB-MT), Baleia Rossi (MDB-SP), Luis Tibé (AVANTE-MG), Ricardo Teobaldo (PODE-PE), Celso Russomanno (PRB-SP), Domingos Neto (PSD-CE), Aureo (SD-RJ) e Rodrigo Garcia (DEM-SP). No projeto original, os seguintes pontos do CPP experimentariam alteração: a inserção do acordo de não persecução penal, a disciplina da cadeia de custódia no capítulo do exame de corpo de delito, a previsão expressa de que crimes praticados no âmbito de organização criminosa ensejavam prisão preventiva. Nesse projeto não havia menção da figura do juiz das garantias (BRASIL, 2018).

O PL nº 10.372, apresentado em 6/6/2018, tramitou e foi discutido no âmbito do GTPenal, nomenclatura atribuída ao Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos PLs nºs 10.372, de 2018, 10.373, de 2018, e 882, de 2019, sob coordenação da deputada Margarete Coelho e relatoria do deputado Capitão Augusto. O GTPenal produziu documento de 273 páginas em que supostamente se teria debruçado sobre todas as alterações pretendidas na legislação penal e processual penal pelo mencionado conjunto de projetos (BRASIL, 2019c). Nesse documento, nenhuma menção ao juiz das garantias.

A alcunha “Pacote Anticrime” ou “Lei Anticrime” referia-se ao conjunto de proposições deduzido pelo Governo Federal logo no início do mandato do presidente Bolsonaro, em fevereiro de 2019, com vistas a alterações pontuais na legislação de controle penal e da corrupção no Brasil (BRASIL, 2019b). As proposições, reunidas no PL nº 882, de 2019, apresentado à Câmara dos Deputados, versavam sinteticamente

sobre alterações nos Códigos Penal, Processual Penal, Eleitoral, além de leis esparsas: Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/1996), Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2006), Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), Lei dos Estabelecimentos Penais Federais (Lei nº 11.671/2008), Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/2009), Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e Lei do Disque-Denúncia (Lei nº 13.608/2018) (SUXBERGER; SOUZA; CUNHA, 2019).

De mais relevante, a Lei nº 13.964 aproveitou apenas a alcunha pela qual ficou popularmente conhecida nos meios de imprensa – “Lei Anticrime” – porque, em rigor, as proposições deduzidas no PL nº 882 ficaram quase desfiguradas em sua integralidade. Percebe-se que, sem incorporar as mais relevantes alterações pretendidas na proposição do Legislativo, a Lei nº 13.964 *capturou* a alcunha de “Lei Anticrime”.

As proposições legislativas reunidas na tramitação do PL nº 10.372 não faziam qualquer referência ao juiz das garantias. O instituto só aparece na tramitação do PL nº 10.372 em 4/12/2019. Vale dizer: entre a apresentação do robusto parecer elaborado pelo GTPenal e a discussão no Plenário da Câmara dos Deputados, a proposição não observou nenhuma movimentação ou produção de estudo técnico. Já em Plenário, em Sessão Extraordinária Deliberativa, iniciada às 17 h 57 min, em turno único e em apreciação extrapauta, a proposição recebeu proposta *substitutiva* de autoria do deputado Lafayette de Andrada, que leu o parecer no Plenário às 19 h 44 min. De modo surpreendente, o texto substitutivo traz a figura do juiz das garantias.

O parecer apresentado pelo deputado Lafayette de Andrada, que destaca ter participado da comissão de parlamentares intitulada GTPenal, impressiona por *não mencionar em momento algum* de seu voto que o substitutivo traria a figura do juiz das garantias. O documento traz 4 páginas de parecer e 42 com o texto proposto como substituto da proposta legislativa. O parecer proferido pelo parlamentar no Plenário conclui pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação da matéria na forma do substitutivo apresentado (BRASIL, 2019a, p. 4). Não há uma linha indicativa, vale ressaltar, de estudo técnico a lastrear a figura do juiz das garantias.

É importante destacar que o substituto apresentado foi objeto de discussão, por assim dizer, substanciada pela manifestação de cinco parlamentares na tribuna: os deputados Delegado Marcelo Freitas (PSL-MG), Glauber Braga (PSOL-RJ), Joaquim Passarinho (PSD-PA), Celso Maldaner (MDB-SC) e Marcel Van Hattem (NOVO-RS). Seis emendas

foram apresentadas em Plenário, mas todas foram rejeitadas. Encaminhada a votação pelos deputados Gláuber Braga (PSOL-RJ) e Bia Kicis (PLS-DF), o substitutivo do deputado Lafayette de Andrada foi aprovado na Câmara em votação que se iniciou às 21 h 32 min e se encerrou às 21 h 39 min. Com quórum de 405 parlamentares, a Câmara dos Deputados aprovou a proposição com a inserção não discutida do juiz das garantias com 256 votos favoráveis, 147 contrários, 1 abstenção e 1 ausência (regimental) do voto do presidente da sessão, deputado Marcos Pereira (REPUBLICANOS-SP) (BRASIL, 2018).

É relevante evidenciar esse percurso legislativo. A análise documental da tramitação legislativa demonstra de modo inequívoco que, a par de eventual debate *doutrinário* sobre a figura do juiz das garantias, não houve qualquer consideração de Legística para a inclusão da figura na legislação processual penal brasileira pela Câmara dos Deputados.

No Senado Federal, a ausência de qualquer consideração legística se repete. Formalizado como PL nº 6.341, de 10/12/2019, a proposição legislativa decorrente da aprovação do PL nº 10.372/2019 teve tramitação muitíssimo célere. Aliás, quando se observa a profundidade das discussões levadas a efeito, permite-se a assertiva de que a tramitação ocorreu de modo açodado. O Projeto ingressou no Senado Federal em 10/12/2019 e de lá saiu no dia 13 do mesmo mês. Foram menos de três dias para a tramitação de que resultou sua aprovação e sem qualquer manifestação técnica que especificamente tenha mencionado algo sobre a figura do juiz das garantias na proposição (BRASIL, 2019g).

No Senado Federal, a tramitação legislativa do PL nº 6.341 registrou uma única menção à figura do juiz das garantias. Isso ocorreu em manifestação do senador Humberto Costa (PT-PE), cujo conteúdo vale registrar literalmente (BRASIL, 2019h, p. 150):

Agora, um dos mais importantes avanços que esta proposta teve não veio do Ministro da Justiça, mas veio da Câmara dos Deputados: é a garantia da existência de um juiz de garantias. Tivesse o Brasil já há algum tempo a existência dessa figura, o festival de injustiças e de perseguições e a dobradinha de juiz com o Ministério Público, como aconteceu na Lava Jato pela atuação de Sergio Moro e de vários procuradores naquela operação, possivelmente não teriam acontecido no Brasil, porque nós teríamos um juiz que teria o papel de revisar todo aquele trabalho que foi feito anteriormente e de julgar sem a interferência de ter sido responsável pelo processo de instrução.

Certamente, o debate ainda não foi o suficiente. O que está sendo aprovado hoje ainda não incide diretamente na situação de crise permanente do sistema penitenciário e do sistema de Justiça criminal no Brasil, e ainda há medidas que nós questionamos, como algumas que afetam a progressão do regime de cumprimento de pena, as restrições à liberdade provisória, à saída temporária e aos contatos com os integrantes da família, além de regras mais rígidas no regime disciplinar, bem como a inexistência de um processo de combate maior ao encarceramento em massa e da oferta de vagas para o trabalho, mas certamente é bem melhor do que a proposta inicial que foi mandada a esta Casa.

Por essa razão, Sr. Presidente, Sras. Senadoras, Srs. Senadores, é que nós votaremos favoravelmente a este projeto, sabendo das suas imperfeições, mas sabendo também que, se nós não o aprovarmos agora, com as condições que ele tem, com o desenho que ele tem, estaremos sujeitos a retrocessos ainda maiores.

Como se vê, na *única* manifestação registrada no Senado Federal sobre o instituto do juiz das garantias, não houve sequer a consideração de que o instituto se dirigiria à totalidade do sistema de Justiça criminal em primeira instância. A referência, sustentada pelo parlamentar como justificativa, deu-se em relação a uma situação

que, conquanto relevante politicamente, nem de longe espelha a realidade dos casos que movimentam a Justiça criminal brasileira.

Em rigor, casos como a “Lava Jato” ou mesmo o “Mensalão” foram ou são responsáveis por tornar transparentes e de domínio público procedimentos rotineiros da Justiça criminal brasileira empregados por tribunais. Nesses casos, que causaram comoção pública, as diferenças residem em dois pontos. O primeiro refere-se à articulação integrada, com alto grau de efetividade, das atividades das diversas agências envolvidas: a Polícia, o Ministério Público e a Magistratura. O segundo ponto refere-se à peculiaridade de que decisões de política criminal tomadas por essas agências dirigiram suas ações para um público-alvo que comumente não é objeto de sua atenção qualificada: políticos em exercício no alto escalão governamental, empresários de renome responsáveis pelas maiores empreiteiras de obras públicas no Brasil e no exterior, banqueiros e altos funcionários públicos que foram acusados e condenados a penas significativas, que os levaram muitas vezes à prisão durante o processo e, no caso da operação Lava Jato, à adesão ao instituto da delação premiada (LIMA; MOUZINHO, 2016, p. 507).

A consideração de um caso peculiar – que o próprio parlamentar reconhece não se referir ao conjunto de mazelas do sistema de Justiça criminal – foi, pois, razão bastante para a aprovação – reafirme-se, açodada – de um instituto com substancial impacto nos arranjos institucionais do sistema de Justiça criminal brasileiro como o juiz das garantias.

Poder-se-ia afirmar que a discussão sobre o juiz das garantias foi conduzida no Congresso Nacional nos anos de 2009 e 2010, por ocasião dos debates travados a respeito do Projeto de Código de Processo Penal que tramitou inicialmente no Senado Federal sob o nº 156, de 2009, e, depois de aprovado, segue tramitando

na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045, de 2010 (BRASIL, 2010). No entanto, há uma diferença substancial entre a previsão veiculada nesse projeto e a opção legislativa veiculada na Lei nº 13.964 para o desenho da competência do juiz das garantias.

No Projeto de Código de Processo Penal, a modelagem da competência funcional outorgada ao juiz das garantias não abrangia o juízo de admissibilidade da ação penal. A previsão, em rigor, guarda todo sentido com o instituto. Afinal, a razão maior do juiz das garantias consiste justamente em preservar o poder judicante, a ser exercido no curso do processo, livre para questionar de forma radical se os pontos de partida, os fins e as formas da Justiça penal podem legitimar-se e em que medida (LANFREDI, 2017, p. 241-242).

Ao atribuir ao juiz das garantias a competência de realizar a admissibilidade da acusação penal – que se lastreará em investigação preliminar cujos atos de flexibilização de garantias fundamentais se deram justamente por autorizativo de sua lavra –, o juiz das garantias, tal como delineado na Lei nº 13.964, não parece desvencilhar-se dos mecanismos de seletividade operados pelo sistema penal na decisão de quem e o que submeter a controle penal.

Com a alteração promovida pela Lei nº 13.964, determina o art. 3º-B do CPP, XIV, que incumbe ao juiz das garantias “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. nº 399 deste Código” (BRASIL, [2019e]). A remissão equivocada ao art. 399 do CPP deriva de erro material, a demonstrar mais uma vez a falta de compromisso do legislador com preceitos mínimos de técnica legislativa, entre os quais o veiculado no art. 11 da Lei Complementar (LC) nº 95/1998, que assevera: “As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica” (BRASIL, [2001]).

A referência ao inciso XIV do art. 3º-B do CPP guarda, claramente, pertinência com o art. 395 do CPP (e não com o art. 399), pois se trata do enunciado que enumera as hipóteses de rejeição da ação penal.¹ Na previsão do Projeto de Código de Processo Penal, que foi aprovado pelo Senado e tramita na Câmara dos Deputados há quase uma década, consta do art. 15: “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal” (BRASIL, 2010).

O próximo tópico aborda a competência para a admissibilidade da ação penal, tema que, para a plena atenção ao instituto do juiz das garantias, não poderia ser daquele juiz que se incumbiria de salvaguardar os direitos do investigado no curso da investigação preliminar de cariz inquisitorial.

4 Um “sistema” de juiz das garantias?

A inserção do juiz das garantias na legislação brasileira, tal como promovida pela Lei nº 13.694, foi nominada pelo ministro Dias Toffoli um “microssistema” que determina que juízes diferentes atuem em cada uma das fases da persecução penal – uma fase pré-processual (ou investigativa) e uma fase processual propriamente dita do processo penal –, de modo que “o juiz que atua na fase investigativa tem o propósito específico de controlar a legalidade dos atos praticados e de garantir os direitos do investigado” (BRASIL, 2020a, p. 9).

¹ O enunciado do art. 399 do CPP guarda pertinência com a designação da audiência de instrução e julgamento, além de igualmente positivar, em seu § 2º, a determinação de observância da regra de identidade física do juiz, corolário da adoção da oralidade entre nós, de modo que o juiz que conduza a instrução criminal seja o mesmo a sentenciar o feito.

A linha divisória da competência funcionalmente estabelecida a juízes diferentes que podem estar vinculados a um mesmo juízo – como explicitaremos a seguir – encontra-se justamente na instauração do processo-crime em juízo com fundamento na admissibilidade da ação penal pelo juiz. Nos termos da conformação dada ao CPP pela Lei nº 13.964, o juízo de admissibilidade da ação penal materializa o último ato a ser praticado pelo juiz das garantias e fixa-se como marco divisor das fases da persecução penal para fins de definição da competência funcional do juiz de acordo com a fase procedimental/processual.

A previsão de competência funcional do juiz das garantias é acompanhada de uma hipótese de impedimento do juiz para funcionar no processo: o juiz que praticar qualquer dos atos do juiz das garantias estará automaticamente impedido de funcionar no processo que se instaurará a partir daquela investigação preliminar.²

Em si, a opção legiferante de estabelecer um sistema processual penal com a atuação de dois juízes – um ocupado da salvaguarda dos direitos e garantias do investigado; outro que se dedicará à presidência do processo-crime instaurado em juízo para acompanhar a produção probatória, as alegações das partes e, enfim, julgar a causa – não encontra óbices na moldura constitucionalmente assegurada ao processo penal.

A natureza do juiz das garantias deriva de um preceito que divisa uma competência funcional.

² É válido um esclarecimento a respeito dessa causa objetiva de impedimento do julgador. É que, também por obra da Lei nº 13.964, o § 5º do art. 157 do CPP passou a prever que o juiz que conhecer de conteúdo de prova decretada inadmissível não poderá figurar como julgador desse mesmo processo. Nesse caso, a razão objetiva de impedimento refere-se apenas ao juiz do processo, e não ao juiz das garantias, pela literalidade do dispositivo, que em si é igualmente problemático, mas não é tema do presente estudo. Assim, se o juiz das garantias eventualmente travar contato com elemento probatório que se repute inadmissível, não se tornará ele impedido para prosseguir nos atos que digam respeito à fase investigatória ou mesmo para a admissibilidade da ação penal.

A *ratio* subjacente a essa divisão da persecução penal em fases, de modo que o juiz das garantias exerça sua competência na fase investigatória unicamente, deriva da necessidade de se preservar o que Badaró (2011, p. 345-346) chama de *imparcialidade objetiva*, isto é, a regra de competência “deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo”.

Assentada, pois, a natureza jurídica do juiz das garantias como uma regra de competência funcional que visa ao resguardo da imparcialidade objetiva do julgador da causa, cumpre perquirir se a razão motivadora da instituição da norma guarda, de fato, lugar no Direito brasileiro.

5 Um remédio para uma doença que o Brasil nunca teve

Na Espanha, a figura assemelhada ao juiz das garantias decide sobre a admissibilidade da acusação (MAYA, 2018, p. 85). No entanto, convém registrar que naquele país há uma preponderância da oralidade na produção dos elementos informativos, e isso ocorre perante esse juiz das garantias. É, portanto, um ordenamento que assegura maior relevância à presença do juiz na fase investigatória, o que, verdadeiramente, vai na contramão do que seja a modelagem acusatória que entrega a gestão da prova às partes. No Brasil, é dado ao juiz o papel de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do investigado no curso da investigação preliminar, ao passo que, na Espanha, a presença do juiz na produção dos elementos de informação remanesce como uma lembrança do vetusto e indesejado arranjo institucional do juizado de instrução.

Entre nós, portanto, o contato direto com a prova é alimento da certeza de que o juiz melhor julgará a causa que lhe seja submetida. Contudo, essa assertiva só é verdadeira quando se cuida de prova, e não de elemento de informação. Afinal, é a prova que autorizará a construção da convicção judicial, isto é, a *certeza* espelhada no ato sentencial. Os elementos de informação, próprios da investigação preliminar, se prestarão apenas a evitar a instauração temerária, porque infundada, de processos criminais.

Quando se põe em destaque o Brasil em cotejo com os contextos latino-americanos que vêm sofrendo paulatinas reformas em suas sistematizações processuais penais, a criação do juiz das garantias não representa ou não materializa a mesma perspectiva das situações que tenham vivenciado uma atuação judicante no curso da atividade investigativa. Em rigor, as atribuições do juiz das garantias “são basicamente as mesmas hoje atribuídas aos magistrados no curso da fase pré-processual. A inovação se restringe, efetivamente, ao rompimento entre as fases

da persecução penal, o que, no entanto, já ocorre em alguns Estados da Federação” (MAYA, 2018, p. 86).

O problema da investigação preliminar centra-se mais numa estrutura burocrática e pautada pela escritura do que, efetivamente, no desenho das atribuições outorgadas ao juiz para aprimoramento do sistema processual penal. Ao contrário: a centralização de atribuições a cargo do juiz das garantias parece reforçar essa estrutura burocratizada e pautada pela escritura da investigação preliminar. Em rigor, é a oralidade que pode, sim, fazer a diferença no melhor desenho da modelagem acusatória no Direito Processual Penal brasileiro.

A figura do juiz das garantias, longe de enfatizar o papel de “garante” do juiz (afinal, todo juiz o é), dirige-se a ressaltar a reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase de investigação preliminar, bem como a tarefa de preservar a imparcialidade desse julgador (ARMENTA DEU, 2012, p. 72).

No entanto, é válido o questionamento deduzido, com precisão, por Andrade (2011), ao lembrar que o juiz brasileiro não se ocupa de investigar o fato noticiado como criminoso e, quando se restringe unicamente a receber o resultado da apuração ou os pedidos de flexibilização de direitos fundamentais, “não perde sua imparcialidade pelo simples fato de haver atuado na fase de apuração”³.

Faz sentido assegurar um juiz das garantias aos ordenamentos que por sua tradição processual previram figura assemelhada à de um juizado de instrução, isto é, a figura de uma investigação conduzida e presidida pela autoridade judicante. Essa figura, todavia, nunca vicejou no Direito brasileiro, muito menos depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2019d]).

É certo que a alteração promovida pelo juiz das garantias é relevante. Silveira (2009, p. 88) destaca que a mudança é “da água para o vinho”, dado que “a regra de competência vai no sentido contrário, isto é, o juiz que participou da investigação torna-se prevento nos termos dos arts. 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP”. Assim, ao se criar uma regra de impedimento ao juiz para funcionar no processo, tem-se mudança substancial no desenho da competência funcional.

A figura da prevenção do juízo, tal como estabelecida no CPP, é indicada por Lopes Júnior e Ritter (2016) como impeditivo da impar-

³ Em seu trabalho, depois de tecer dura crítica aos autores que afirmam extrair o juiz das garantias do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, Andrade (2011) ocupou-se de traduzir os principais casos da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) para bem demonstrar que, na Europa, se o juiz não conduziu a atividade investigatória preliminar, não há qualquer compreensão de que o prévio contato com diligências invasivas, porque por ele autorizadas, implicaria perda da imparcialidade. É de Andrade a melhor análise dos casos já decididos pela CEDH sobre o juiz das garantias.

cialidade do juiz criminal. Para eles, essa prevenção implica uma dissonância cognitiva do julgador, que o tornaria comprometido para exercer a atividade judicante em futuro processo (LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016). De qualquer modo, ainda que positivado o juiz das garantias no CPP, não há qualquer alteração nas regras de prevenção, dado que esse atributo se refere ao juízo (e não à pessoa do juiz). Em verdade, a figura do juiz das garantias tem por premissa que, se presente unicamente um juízo criminal, vários juízes funcionarão nesse juízo a depender da fase em que se encontra a persecução penal.

Há quem vislumbre no desenho de competências do juiz das garantias uma regra de aprimoramento da especialização e da otimização de recursos para a prestação jurisdicional. Novamente, Silveira (2009, p. 89) sublinha a vantagem da especialização, para indicar que a solução do juiz das garantias é uma aposta orientada aos resultados: “uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, *expertise*, eficiência e agilidade. Sem dúvida, foi isso o que moveu a criação de varas de inquéritos policiais em algumas capitais brasileiras, como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba”. O ministro Dias Toffoli, em 15/1/2020, na decisão de suspensão do prazo de vigência do juiz das garantias, trouxe a notícia de que sete tribunais de Justiça contam com uma conformação de organização judiciária que desloca a competência do juízo, na fase da investigação preliminar, para algo equivalente ao que seria uma “central de inquéritos” (BRASIL, 2020a, p. 24):

- Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (capital + 22 no interior);
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (São Luís e Imperatriz);
- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Pará (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (capital).

A menção a essas figuras na decisão do STF traduz confusão entre o que seja a organização judiciária e a definição de causa objetiva de impedimento do julgador. As opções noticiadas pelo ministro Dias Toffoli sobre centrais ou departamentos de inquérito, em verdade, traduzem a organização judiciária local de estabelecer um *juízo* competente para o acompanhamento da investigação preliminar. Isso difere da criação de uma causa objetiva de impedimento do juiz, independentemente do juízo para o qual se encontre designado, de atuar no processo depois de praticar quaisquer atos no curso da investigação preliminar.

A aposta em favor do juiz das garantias ampara-se na separação física entre juiz da investigação e juiz do processo como resultado de um percurso evolutivo que historicamente tem início na descentralização das funções de julgar e acusar. O juiz das garantias seria, portanto, o evolutivo em direção à dissociação do juiz do processo em face do juiz da investigação. No entanto, todo esse esforço cai por terra quando se percebe que a previsão da Lei nº 13.064 atribuiu ao juiz das garantias a admissibilidade da ação penal.

O juiz das garantias não é e nunca foi um juiz investigador ou de investigação. E nesse ponto reside o maior problema da inovação legislativa: a previsão do juiz das garantias melhor se dirige justamente à figura do juiz que supervisiona ou é acionado para dizer sobre medidas relativas a atos investigatórios. Se tal conformação foi vivenciada em países como Itália, Espanha e outros, não é esse – nunca foi – o caso brasileiro. A assunção da atividade investigatória pelo juízo sempre foi tomada como desvio, ainda que em diversas passagens o CPP, em sua conformação original e sem a necessária filtragem constitucional, trouxesse figuras como a do art. 5º, II (“Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado [...] mediante requisição da autoridade judiciária”), cuja razão de ser é melhor atendida pela previsão do art. 40 do mesmo Código (“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”) (BRASIL, [2019e]).

Na ausência de um sistema normativo de investigação preliminar conduzida pelo juiz, a figura do juiz das garantias situa-se melhor no espectro da organização judiciária, e não no âmbito da definição de competência funcional dos juízes encarregados da persecução penal. Aliás, no âmbito da organização judiciária, vê-se claramente que a criação do juiz das garantias vai na contramão de recomendação aprovada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) e reconhecida pelo Poder Judiciário, que indicou a necessidade de criação de juízos especializados para enfrentamento de práticas de corrupção (inclusive no campo penal) e improbidade administrativa. O ato aprovado ainda em 2010 pela Enccla (ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2010) justificou em grande medida a criação de varas especializadas pelo Conselho da Justiça Federal, sempre com a concordância do Conselho Nacional de Justiça:

Recomendação 2: Especializar câmaras e turmas nos tribunais e varas para julgar casos relacionados à prática de corrupção e improbidade administrativa.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Enccla recomenda ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, a especialização, tanto no âmbito cível como criminal, de câmaras e turmas dos tribunais, e de varas nas comarcas e subseções judiciárias que comportarem tal especialização, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar casos relacionados às práticas de corrupção e improbidade administrativa.

A Enccla é a principal rede de articulação para o arranjo e as discussões conjuntas de uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes. Seu sítio eletrônico, cumpre pontuar, é hospedado pela Câmara dos Deputados.⁴

A jurisdição é atribuição pessoal do juiz. Recebe-a quando investido na função após prévia aprovação em concurso de provas e títulos. A competência, por seu turno, é a medida do exercício da jurisdição e, por isso, é categoria que se relaciona ao juízo (e não ao juiz!). A medida da jurisdição do juiz encontra-se na medida da competência do juízo para o qual ele está designado, seja em titularidade, seja em figura de substituição ou auxílio.

A figura legal do juiz das garantias não é propriamente uma regra de competência do juízo em razão da fase em que o processo se encontra, mas uma causa objetiva de impedimento do juiz que atuar na fase investigatória para conduzir a instrução processual e sentenciar o feito.

Assim, a persecução penal, tanto no seu nascedouro como investigação preliminar quanto na fase de imputação de fato criminoso a alguém em juízo, tramitará e observará a competência de um juízo criminal, ainda que diversos sejam os juízes a atuarem nesse feito. Imagine-se, por exemplo, que se tenha um juiz A, responsável pela audiência de custódia, seguido de um juiz B, que operará como juiz das garantias, e então um juiz C, que se ocupará do processo e sentença do feito. Tudo isso perante um mesmo juízo.

Portanto, a preocupação de especialidade, divisada com precisão por Silveira (2009), melhor se resolveria por regras de *organização judiciária*, e não de impedimento objetivo do julgador. A definição de centrais de inquérito ou figuras assemelhadas dá-se no âmbito do exercício da competência estadual que versa sobre organização judiciária, e não no âmbito da competência normativa da União para dizer sobre Direito Processual Penal.

⁴ Ver Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro ([2020]).

Não foi por outra razão que a previsão do art. 3º-D, parágrafo único, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 13.964, foi suspensa pelo STF em juízo cautelar de ação direta de inconstitucionalidade: a previsão da lei federal invadiu a competência dos Estados para normatizar a organização judiciária (“Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”) (BRASIL, 2020a, 2020b).

Como se vê, a criação do juiz das garantias não se ocupou de considerar: o impacto que isso teria na conformação de juízos especializados no enfrentamento da corrupção e lavagem de dinheiro; a preocupação de imparcialidade objetiva do juiz que, se existente, tem mais relação com o estabelecimento de centrais de inquérito que com a designação de diversos juízes para atuarem num mesmo juízo; o fato de o juiz das garantias ser instituto jurídico que se antagoniza com a figura do juiz da investigação, figura efetivamente atentatória ao modelo acusatório jamais positivada ou reconhecida validamente no contexto jurídico brasileiro.

O resultado parece inevitável: em que pese a boa intenção lançada na quase inexistente justificativa para a inserção legislativa carente de deliberação válida no Congresso Nacional, a figura do juiz das garantias traz mais problemas que soluções aos impasses do sistema de Justiça criminal.

Os debates teóricos no Direito Penal e Processual Penal brasileiro há muito se dissociam dos verdadeiros problemas do sistema de Justiça criminal (SUXBERGER, 2016, p. 104-105). No entanto, assusta que essa distância se propague também na produção legiferante, com reflexos gravíssimos para a ordem jurídica que pavimenta (ou deve pavimentar) a atuação dos atores do sistema de Justiça.

6 Erro legístico e inconstitucionalidade

O erro legístico presente na criação dos juízes das garantias autoriza que se conclua pela sua carência de legitimidade ou validade constitucional?

A crise de legalidade vivenciada no Estado brasileiro tem despertado a atenção para trabalhos que problematizam os vícios de elaboração legislativa como vícios de legitimidade ou validade constitucional das leis resultantes de um processo legislativo capturado, frustrado ou carente de deliberação. A contribuição da Legística consiste exatamente em possibilitar a construção de uma elaboração legislativa “responsiva”, que reconhece as limitações da legislação – nem sempre legislar é a melhor escolha para satisfazer as demandas sociais e/ou incrementar a efetividade de direitos – e assume o compromisso com a justificação do impulso para legislar. O desafio da elaboração de atos normativos se dá

em ambiente no qual concorrem (e disputam) Parlamento e Executivo com suas assimetrias processuais, tensões quanto a transparência, circuito de informações, níveis de hierarquia (SOARES, F., 2019, p. 8).

O caso do juiz das garantias é exemplo disso. Se a preocupação é assegurar imparcialidade objetiva ao julgador, o tema guarda muito mais propriedade com a organização judiciária, com as definições de competência funcional de acordo com a fase da persecução penal, que propriamente com a criação de impedimento objetivo do juiz independente do juízo competente para o feito. Em verdade, a experiência das centrais de inquérito deveriam no mínimo prestar-se como material a ensinar uma avaliação legislativa *ex ante* do instituto do juiz das garantias (SALINAS, 2013, p. 243).

É precisa a advertência de Joaquim Falcão quando fala da importância de se proceder a uma avaliação legislativa em casos como o da criação do juiz das garantias. Deve haver algum consenso, ainda que mínimo, na elaboração de diretrizes legislativas. Caso contrário, “a nova lei não passará de um exercício formal de conflitantes utopias inalcançáveis. Entrará na história, sem ter passado pela vida” (FALCÃO, 2006, p. 139).

As escolhas do processo decisório implicam consequências para a sociedade, exigindo dos atores políticos uma atuação ativa e preventiva no exercício do controle da qualidade da intervenção estatal. Essa avaliação, de natureza *ex ante*, deve abranger desde a análise dos motivos que tornam necessária determinada intervenção, o planejamento das ações para o desenvolvimento da iniciativa, a definição dos agentes encarregados de implementá-la, o levantamento das normas disciplinadoras pela qual será regida, até a fundamental avaliação de seus possíveis impactos (MENEQUIN; SILVA, 2018). No campo penal – com impacto inclusive na

modelagem institucional que implique alterações no encarceramento de pessoas e medidas de efetividade da resposta penal, pois se cuida da exteriorização da própria política criminal do Estado –, a análise de impacto legislativo assume ainda mais importância (FERREIRA, 2017).

A questão consiste em saber se a inobservância da Legística conduz a um juízo de invalidade constitucional do instituto. O tema encontra-se em aberto no STF, como se observa pelas ADIs nºs 6.298, 6.299 e 6.300 em trâmite na Corte, sob a relatoria do ministro Luiz Fux (BRASIL, 2020b, 2020c, 2020d). A figura do juiz das garantias, em si, não parece atentar contra a moldura constitucional brasileira para o sistema de Justiça criminal. Cabe, porém, indagar se uma lei mal feita ensina o reconhecimento pelo Poder Judiciário de sua invalidade constitucional.

É de Waldron (2016) a distinção entre uma revisão judicial forte, que ocorre quando o Judiciário deixa de aplicar algum diploma legal específico, declarando-o inconstitucional ou modificando os seus efeitos, e uma revisão judicial fraca, na qual o Judiciário simplesmente se vale de um procedimento de provocação do Legislativo para melhor adequação do tema versado na legislação.

Com exceção do patente vício de inconstitucionalidade formal da regra de rodízio entre os juízes veiculada pela Lei nº 13.964, os vícios presentes na criação do juiz das garantias na alteração promovida em 2019 decorrem da necessidade de uma melhor adequação da figura pretendida (juiz das garantias) à realidade a que ela se dirige (sistema de Justiça criminal brasileiro de primeira instância).

Como saída às superações legislativas pelo Judiciário, Waldron (2016) propõe um processo decisório legítimo, com razões relevantes ao seu desenho (estrutura) e relativas à legitimidade (justeza; voz; participação etc.). De certa forma, os resultados são importantes, mas algumas

razões estarão relacionadas ao desenho procedimental como forma de resolver a discordância sobre direitos. Assim, as razões concernentes ao resultado são importantes, mas inconclusivas, já que se deve ter a certeza de um processo justo, transparente e público (SOARES, H., 2019, p. 109-110), ainda que não se concorde com as específicas tomadas de decisão.

A falta de coerência redacional e outros vícios na elaboração legislativa já foram indicados como razão para o reconhecimento de inconstitucionalidade, ao argumento de que implicariam afronta aos princípios da publicidade e da segurança jurídica, além de desconsiderar a boa-fé dos destinatários da norma, que simplesmente não tiveram notícia da tramitação ou da discussão antecedente à inovação normativa (LAURENTIIS; DIAS, 2015, p. 173). A inconstitucionalidade não deriva da contrariedade ao diploma legal que versa sobre a elaboração legislativa – LC nº 95/1998 –, pois não há hierarquia entre diplomas legais a autorizar tal conclusão.

Além da possível discussão sobre a eventual responsabilização do legislador pela elaboração de proposições normativas que não produzem os efeitos esperados (COSTA, 2016), a dualidade da revisão fraca ou forte incide na delimitação da função juspolítica exercida pelos tribunais, ajudando a estabelecer as atribuições dos Poderes constituídos e a determinar o papel do Judiciário e do Legislativo no enlace normativo que define os arranjos institucionais do Estado.

A relevância das etapas legísticas de tramitação legislativa já foi reconhecida pelo STF como parâmetro de aferição da constitucionalidade de normas. Isso ocorreu no julgamento da ADI nº 4.029, no qual o Tribunal se deparou com a ausência de manifestação de uma comissão mista necessária à apreciação de medida provisória que se pretenda converter em lei e, por isso, reputou inconstitucional a lei decorrente desse trâmite legislativo maculado (BRASIL, 2012).

Merece atenção o fato de que a relatoria da ADI nº 4.029 incumbia ao ministro Luiz Fux, que igualmente é o relator das ADIs aforadas contra a Lei nº 13.964. Conquanto guardem dispositivos constitucionais diversos como parâmetro de controle, os temas convergem na indicação da imprescindibilidade da Legística na produção legislativa.

A justificativa para se reconhecer a imprescindibilidade da manifestação técnica da comissão mista amparou-se na necessidade de “assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada” (BRASIL, 2012, p. 19). O parecer ostenta, pois, a importância da “garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo” (BRASIL, 2012, p. 19).

Resta saber se também o instituto do juiz das garantias, que tramitou de maneira inopinada e livre da necessária deliberação sobre seus relevantes impactos, será alcançado pela compreensão do STF a respeito da importância de uma reflexão detida sobre a alteração do CPP. A resposta afirmativa parece repousar não no cotejo com a moldura constitucional do modelo acusatório adotado pelo ordenamento interno, mas no fato de que o Congresso Nacional e o Poder Executivo brindaram o sistema de Justiça com uma alteração que desconsiderou a necessária reflexão político-criminal de seu impacto nos arranjos institucionais.

7 Conclusão

Como se deduz da tramitação legislativa, a inserção do juiz das garantias no CPP deu-se num movimento legiferante carente de qualquer avaliação legislativa ou mesmo do impacto dessa importante alteração no sistema de Justiça cri-

minal. A indicação de que o tema se encontrava nas discussões ocorridas por ocasião da apresentação do Projeto de Código de Processo Penal em 2009 não é útil, pois a Lei nº 13.964 trouxe conformação sensível ao juiz das garantias, porém substancialmente diversa da mencionada nas proposições de 2009 no Senado Federal e 2010 na Câmara dos Deputados.

Ao estabelecer a competência do juiz das garantias para o juízo de admissibilidade da ação penal, a Lei nº 13.964 afastou-se da própria justificativa de criação do instituto. Se a ideia era afastar o quadro cognitivo do julgador presente nas etapas investigatórias, como atribuir a ele igualmente a competência para decidir sobre a suficiência dos elementos informativos colhidos sob sua supervisão para a instauração do processo-crime?

A criação do juiz das garantias resulta de patente erro legístico. Sua inserção não observou qualquer deliberação, tampouco consideração sobre a necessária distinção entre a competência funcional relativa à organização judiciária do sistema de Justiça e a criação de uma causa de impedimento objetiva ao juiz que disser sobre atos invasivos no curso da investigação preliminar. Indiscriminada como foi, essa criação atenta igualmente contra o reclamo de especialização dos juízos, como ocorre nos casos de enfrentamento de corrupção e lavagem de dinheiro.

O STF tem diante de si a tarefa de julgar a validade constitucional do instituto. Trata-se de discussão que tem mais a ver com a *conveniência normativa* de inserção do instituto no ordenamento brasileiro – que nunca contou com o antagonista do juiz das garantias, qual seja, o juiz investigador ou de investigação – do que propriamente de uma afronta ao que estabelece a Constituição brasileira para a conformação processual penal.

Trata-se, portanto, muito mais de decidir sobre a validade de uma lei ruim, produzida de modo inadequado e contrário aos ditames de boa Legística, que efetivamente afastar uma lei impossível. A possibilidade de se criar o juiz das garantias existe, mas acertou o legislador ao eger essa alternativa para aperfeiçoar a legislação brasileira (para repetir o que consta da ementa da Lei nº 13.964)? Agiu corretamente quanto ao modo de fazê-lo? A resposta é negativa. A ver se tais pontos serão hábeis a autorizar um controle judicial (forte ou fraco) sobre o diploma legal.

Sobre o autor

Antonio Henrique Graciano Suxberger é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público

pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; professor titular do programa de mestrado e doutorado do UniCEUB e dos cursos de especialização da FESMPDFT, Brasília, DF, Brasil; promotor de Justiça no Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O juiz das garantias como caso de erro legístico. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 93-114, out./dez. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93

(APA)

Suxberger, A. H. G. (2020). O juiz das garantias como caso de erro legístico. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 93-114. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93

Referências

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 83-102. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/marta_tavares.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37329>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América: ¿un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-364. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer proferido em Plenário, em 4/12/19, às 19h44*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=PPP+1+PL10372+%3D>+PL+10372/2018. Acesso em: 14 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível

em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372, de 2018*. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Relatório [do] grupo de trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 – GTPENAL*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2019c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 6.341, de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Senado Federal, 2019g. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Senado Federal. [Projeto de Lei nº 6.341/2019 (nº 10.372/2018, na Câmara dos Deputados), que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Item extrapauta. Aprovado, após Requerimento nº 1.108/2019. À sanção. Plenário. 11 dez. 2019]. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, ano 74, n. 193, p. 147-159, 12 dez. 2019h. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/102744?sequencia=147>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade de classe de âmbito nacional [...]. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de março de 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2227089>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Decisão monocrática: Min. Dias Toffoli, 15 de janeiro de 2020a. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/ADI6298-MC%202.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Direito constitucional. Direito processual penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal [...]. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF*. Direito constitucional. Direito processual penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal [...]. Requerentes: Partido Trabalhista Nacional e outros. Interessados: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203609&text=.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.300/DF*. Direito constitucional. Direito processual penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal [...]. Requerente: Partido Social Liberal. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&text=.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos tribunais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 69-86, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v61i1.42223>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42223>. Acesso em: 12 maio 2020.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013. p. 181-200.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. Ações e recomendações Enclca – 2011. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/combate-a-corrupcao-enclca/acoas-e-recomendacoes/acoas-e-recomendacoes-enclca-2011>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *[Página inicial]*. [Brasília, DF]: ENCCCLA, [2020]. Disponível em: <http://enclca.camara.leg.br>. Acesso em: 14 maio 2020.

FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación de los roles del Poder Judicial en Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURENTIIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. Acesso em: 12 maio 2020.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, [Rio de Janeiro], v. 9, n. 3, p. 505-529, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7743>. Acesso em: 12 maio 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Duc In Altum: Cadernos de Direito*, [Recife], v. 8, n. 16, p. 55-91, set./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.22293/2179-507x.v8i16.397>. Disponível em: <https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>. Acesso em: 12 maio 2020.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Novos Estudos Jurídicos*, [Itajaí], v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em: 12 maio 2020.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e. Análise de impacto legislativo: balizas conceituais e desafios de implementação no Brasil. In: SACHSIDA, Adolfo (org.). *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*. Brasília, DF: Ipea, 2018. p. 437-464. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181009_politicas_publicas_no_brasil.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 229-249, jul./dez. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i2.2219>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219>. Acesso em: 12 maio 2020.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194933>. Acesso em: 12 maio 2020.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/14/fabiana.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Prefácio. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng (org.). *Estudos em legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 6-8.

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para uma revalorização do legislar. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng (org.). *Estudos em legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 93-120.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O direito nas políticas públicas: o déficit de efetividade dos direitos é um problema normativo ou institucional? In: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá (org.). *Direitos humanos e democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 111-127.

_____. Repensando os desafios da dogmática jurídico-penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 99-114, abr./jun. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). *Projeto de lei anticrime*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.