


**A DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA PELO MIN. LUIZ FUX NA ADI 6298/DF E SEU ENFRENTAMENTO À LUZ DOS PONTOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E O POSITIVISMO NORMATIVISTA GARANTISTA**

**THE MONOCRATIC DECISION HANDED DOWN BY MINISTER LUIZ FUX IN ADI 6298/DF AND ITS CONFRONTATION IN LIGHT OF THE POINTS OF CONVERGENCE BETWEEN THE HERMENEUTICAL CRITICISM OF LAW AND THE NORMATIVIST GUARANTEE POSITIVISM**

**LA DECISIÓN MONOCRÁTICA DICTADA POR EL MINISTRO LUIZ FUX EN LA ADI 6298/DF Y SU CONFRONTACIÓN A LA LUZ DE LOS PUNTOS DE CONVERGENCIA ENTRE LA CRÍTICA HERMENEÚTICA DEL DERECHO Y EL POSITIVISMO GARANTIZISTA NORMATIVISTA**

 <https://doi.org/10.56238/arev7n6-313>

Data de submissão: 27/05/2025

Data de publicação: 27/06/2025

**Edson Vieira da Silva Filho**

Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte

Mestrado pela Universidade Federal do Paraná

Doutorado pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro

Pós-Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Professor do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas

E-mail: [evsilvaf@globo.com](mailto:evsilvaf@globo.com)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2225289002355092>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3997-641X>

**Matheus Henrique Sasseron**

Mestrando em Constitucionalismo e Democracia na Faculdade de Direito do Sul de Minas

Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Poços de Caldas

Pós-graduação lato sensu em Direito Processual Penal pela Escola Paulista de Direito

Pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica

de Minas Gerais, em Poços de Caldas

E-mail: [matheus.sasseron@live.com](mailto:matheus.sasseron@live.com)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6575874176854597>

**RESUMO**

Como o alto grau de judicialização é um fenômeno próprio do Constitucionalismo Contemporâneo, a preocupação com os mecanismos de compreensão e controle do processo decisório se torna indissociável à compreensão do Direito e do discurso jurídico. E se o positivismo jurídico clássico já não é capaz de responder aos problemas de uma sociedade marcada pela multiplicidade de demandas, parece igualmente precipitada a aposta nas teorias argumentativas, pelas quais, mediante o emprego da técnica ponderativa, se tende a abrir caminho ao velho decisionismo. Em contrapartida, é possível identificar elementos relevantes para a busca de limites ao poder decisório tanto na matriz reformulada do positivismo normativo, epitetada de garantista e capitaneada pelo mestre florentino Luigi Ferrajoli, quanto na Crítica Hermenêutica do Direito exposta por Lenio Streck. Trata-se de teorias que, a despeito das diferenças, aproximam-se na contrariedade às apostas voluntaristas no contexto da decisão jurisdicional. A partir disso, propõe-se o presente artigo, em contestação à atuação provisória e

monocrática do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298 do Distrito Federal, por meio da qual restara sustada a instituição do Juiz das Garantias em nosso ordenamento processual penal. Tem-se como o objetivo o de analisar, sob o prisma crítico, a (in) sustentabilidade dos fundamentos utilizados na liminar concedida pelo Ministro Relator. Propõe-se, assim, balizar em que medida as preferências morais do decisor deram a tônica da decisão. E como referida decisão parece decorrer da sub-reptícia incidência das teorias argumentativas calcadas na ponderação, de predatória corrosão do Direito pela moral, enfraquecimento da força normativa da Constituição e em demonstração potencial do uso distorcido do potestad jurisdicional, cumpre-nos, em mote de constrangimento epistemológico, sugerir a presente abordagem, com ênfase na extração de balizas constantes do garantismo normativo e da CHD para o enfrentamento de decisionismos aos quais pode a jurisdição constitucional se sujeitar. Em termos de metodologia, a presente pesquisa, de cunho analítico e crítico, se valeu de revisão bibliográfica e documental, sendo que a atualidade do tema decorre não apenas do fato de a decisão prescrutada ainda não ter sido alvo de revisitação pelo colegiado da Corte, mas, sobretudo, pelo transbordamento dos problemas de incontrolabilidade decisional que assumem o protagonismo do debate jurídico atual.

**Palavras-chave:** Decisionismo. Controle de Constitucionalidade. Juiz das Garantias. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Crítica Hermenêutica do Direito.

#### **ABSTRACT**

Since the high degree of judicialization is a phenomenon typical of Contemporary Constitutionalism, the concern with the mechanisms for understanding and controlling the decision-making process becomes inseparable from the understanding of Law and legal discourse. And if classical legal positivism is no longer capable of responding to the problems of a society marked by a multiplicity of demands, it seems equally hasty to invest in argumentative theories, which, through the use of the ponderative technique, tend to pave the way for the old decisionism. On the other hand, it is possible to identify relevant elements for the search for limits to the decision-making power both in the reformulated shade of normative positivism, nicknamed guarantor and led by the Florentine master Luigi Ferrajoli, and in the Hermeneutic Critique of Law expounded by Lenio Streck. These are theories that, despite their differences, are close in their opposition to voluntarist bets in the context of jurisdictional decision-making. Based on this, this article is proposed to challenge the provisional and monocratic action of the Supreme Federal Court in Direct Action of Unconstitutionality No. 6,298 of the Federal District, through which the institution of the Judge of Guarantees in our criminal procedural system was suspended. The objective is to analyze, from a critical perspective, the (un)sustainability of the grounds used in the preliminary injunction granted by the Rapporteur Minister. Thus, it is proposed to determine to what extent the moral preferences of the decision-maker set the tone for the decision. And since the aforementioned decision seems to arise from the surreptitious incidence of argumentative theories based on weighing, of predatory corrosion of Law by morality, weakening of the normative force of the Constitution and in potential demonstration of the distorted use of jurisdictional power, we must, in the interest of epistemological constraint, suggest the present approach, with emphasis on extracting constant guidelines from normative guaranteeism and CHD to confront decisionisms to which constitutional jurisdiction may be subject. In terms of methodology, this research, of an analytical and critical nature, relied on a bibliographic and documentary review, and the topic's relevance derives not only from the fact that the decision under scrutiny has not yet been revisited by the Court's collegiate body, but, above all, from the overflow of problems of decisional uncontrollability that assume the leading role in the current legal debate.

**Keywords:** Decisionism. Constitutionality Control. Judge of Guarantees. Constitutional Jurisdiction. Federal Supreme Court. Hermeneutical Criticism of Law.

## RESUMEN

Dado que el alto grado de judicialización es un fenómeno típico del constitucionalismo contemporáneo, la preocupación por los mecanismos de comprensión y control del proceso de toma de decisiones se vuelve inseparable de la comprensión del derecho y del discurso jurídico. Y si el positivismo jurídico clásico ya no es capaz de responder a los problemas de una sociedad marcada por una multiplicidad de demandas, parece igualmente precipitado invertir en teorías argumentativas que, mediante el uso de la técnica ponderativa, tienden a allanar el camino para el antiguo decisionismo. Por otro lado, es posible identificar elementos relevantes para la búsqueda de límites al poder de decisión tanto en la reformulación del positivismo normativo, apodado garantista y liderado por el maestro florentino Luigi Ferrajoli, como en la crítica hermenéutica del derecho expuesta por Lenio Streck. Se trata de teorías que, a pesar de sus diferencias, se acercan en su oposición a las apuestas voluntaristas en el contexto de la toma de decisiones jurisdiccionales. Con base en lo anterior, este artículo se propone impugnar la actuación provisional y monocrática del Supremo Tribunal Federal en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 6.298 del Distrito Federal, mediante la cual se suspendió la figura del Juez de Garantías en nuestro sistema procesal penal. El objetivo es analizar, desde una perspectiva crítica, la (in)sostenibilidad de los fundamentos utilizados en la medida cautelar otorgada por el Ministro Relator. Así, se propone determinar en qué medida las preferencias morales del decisor determinaron el tono de la decisión. Y dado que dicha decisión parece surgir de la incidencia subrepticia de teorías argumentativas basadas en la ponderación, de la corrosión predatoria del Derecho por la moral, del debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución y de la posible demostración del uso distorsionado del poder jurisdiccional, debemos, en aras de la restricción epistemológica, sugerir el presente enfoque, con énfasis en extraer directrices constantes del garantismo normativo y la CHD para confrontar los decisionismos a los que puede estar sujeta la jurisdicción constitucional. En términos de metodología, esta investigación, de carácter analítico y crítico, se basó en una revisión bibliográfica y documental. La relevancia del tema se deriva no solo del hecho de que la decisión en cuestión aún no ha sido revisada por el órgano colegiado de la Corte, sino, sobre todo, de la multiplicidad de problemas de incontabilidad de las decisiones que ocupan un lugar destacado en el debate jurídico actual.

**Palabras clave:** Decisionismo. Control de Constitucionalidad. Juez de Garantías. Jurisdicción Constitucional. Tribunal Supremo Federal. Crítica Hermenéutica del Derecho.

## **1 PRÓLOGO - GARANTISMO NORMATIVISTA E PRINCIPIALISTA, PASSOS AINDA PERTINENTES – GARANTISMO E HERMENÊUTICA**

A jovem Constituição brasileira passa por momentos turbulentos em que sua efetividade, ou constitucionalidade, enquanto capacidade de constituir o novo, vem sendo posta a prova diuturnamente. Fala-se de ainda jovem vez que se trata de um projeto civilizatório que conta, de sua promulgação até os dias de hoje, com seus trinta e poucos anos, tempo insuficiente para alterar racionalidades sedimentadas a partir de um Estado marcado pelo autoritarismo, não só no regime de exceção pelo que passamos, mas desde seu início republicado, com a pretensão de um modelo social, plural e democrático, marcado pela tolerância e inclusão, e que tem no(s) garantismo(s) condição de possibilidade para o que se programa e das promessas nele contidas, lembrando-nos da ideia de ser uma carta programática e compromissória.<sup>1</sup> E nesse contexto, a jurisdição penal se situa em ambiente ainda mais crítico, de forte tensão na convivência entre as prerrogativas do processado e os cada vez mais aflorados desejos punitivos típicos de uma sociedade de riscos e do espetáculo.

Em atenção a isso, para a compreensão crítica do decidir judicial desenhado a partir de um modelo garantista<sup>2</sup>, conseqüentemente, do exercício do poder, busca-se, entre as teorias da argumentação de origem alexyana, o positivismo normativista kelseniano e o modelo principialista no qual se inserem grande parte das constituições ocidentais do segundo pós guerra, um caminho que consiga conter o decisionismo judicial, trazendo respostas adequadas à Constituição e que se afastem do solipsismo do sujeito decisor. Assim, busca-se um ponto de partida aceitável dentre posições antagônicas.

Detectou-se que entre o garantismo normativista de Ferrajoli e o garantismo principialista de Streck encontram-se várias divergências no que diz respeito à forma de efetivação de garantias, mas uma convergência na repulsa às premissas alexyanas, especialmente no tocante à ponderação de princípios. No primeiro tem-se uma carta de defesa ao legalismo estrito como caminho garantista, no segundo encontra-se a fidelidade ao texto como premissa válida, embora insuficiente, razão pela qual remetemo-nos ao segundo, que fala da insuficiência do positivismo normativista kelseniano e que nos lança para a compreensão dos novos papéis dos princípios, se opondo, ambas, cada qual a partir de

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luis. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da Jurisdição Constitucional: Uma abordagem à luz da hermenêutica constitucional filosófica. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. Bauru (SP): Edite Editora da ITE, Instituição Toledo de Ensino de Bauru, edição n. 39, janeiro a abril de 2004. Pg.88-93.

<sup>2</sup> ROCHA, Carina de Oliveira e ALVES, Daniel Limongi Alvarenga. O Garantismo Penal: uma reflexão crítica a partir de Luigi Ferrajoli. Presente na obra O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo. Organizado por Edson Vieira. 1 Ed. Curitiba, PR, 2012. Pgs. 64/67,

premissas próprias, à relativização do processo decisório, notadamente contra as teorias argumentativas de fundamentação alexyana.<sup>3</sup>

A partir de Streck e de Ferrajoli busca-se então instrumentários para uma melhor compreensão do “problema” jurídico decisional, em consideração, sobretudo, das correlações entre o Garantismo Jurídico e a Crítica Hermenêutica do Direito a partir de três frentes: (1) relação entre Direito e Moral ; (2) relação entre princípios e regras e; (3) ponderação /teoria da argumentação.

A respeito destes três tópicos existem divergências entre as construções teóricas do Garantismo Jurídico e da Crítica Hermenêutica do Direito, porém, sobressaem-se pontos em comum, como, especialmente, o rechaço ao modelo ponderativo de decidir, que aos olhos de Streck e de Ferrajoli, vale-se dos princípios como abertura interpretativa, tendenciando ao voluntarismo decisório.

Ao passo que Ferrajoli rejeita os princípios por serem brechas perniciosas para a abertura interpretativa, Streck concorda, mas vai além, vendo nos princípios algo novo, a servir de caminho para o fechamento, e não para a abertura interpretativa. Nesse ponto, Streck firma oposição veemente contra as leituras “neoconstitucionalistas” do Direito e dos Princípios, vez que direcionados para a ponderação e para o decisionismo:

“O busílis, pois, é que o neoconstitucionalismo, ao apostar na ponderação e no poder discricionário, não supera a outra forma de positivismo que se segue ao exegetico. Afinal, existem vários positivismos, pois não? Mas os neoconstitucionalistas acham que supera. Portanto, Ferrajoli tem razão quando critica a ponderação e sua ligação com o neoconstitucionalismo. Ele, inclusive, se declara um antineoconstitucionalista. Sim, sei que há vários neoconstitucionalismos, tanto é que o próprio livro que lança o termo possui um “s” atrás do nome. Mas há algo que é comum a todos os tipos, que é a aposta na ponderação (problemática que é abandonada por Ecio Oto, como já referi).<sup>4</sup>

Assim, Ferrajoli e Streck concordam que os princípios, na forma como apresentados por Alexy, causam um problema na teoria da decisão, pois ao abrirem as possibilidades da ponderação para a escolha entre princípios concorrentes<sup>5</sup>, permitem ao julgador resgatar do fundo do seu solipsismo uma resposta que atenda às suas convicções pessoais, o que desdobra em tantas decisões diferentes quanto os possíveis julgadores que analisem o problema.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luis. Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado Editora, 2012, organizado por Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. Posição 2338 (Kindle).

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum Eis Porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. Conjur, coluna, 2014. Disponível na internet em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em 28 de maio de 2022.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. Conjur, coluna, 2014. Disponível na internet em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em 28 de maio de 2022.

Desse modo, possível extrair, tanto do Garantismo Jurídico quanto da Crítica Hermenêutica do Direito: (1) um apelo pela não fragilização ou sustação do direito pela moral<sup>6</sup>; (2) um brado pela não negligenciação das regras em face de uma incompreensão dos princípios, e; (3) um alerta de ressalva quanto à teoria argumentativa e o instrumento da ponderação. Mesmo no tocante a relação entre Direito e Moral, cuja separação dá a tônica na doutrina de Ferrajoli em que o Direito se contenta com a legitimação interna, e que em Streck se orientam pela noção de cooriginalidade, podemos identificar o ponto comum de que, em ambas, pretende-se evitar a corrupção do Direito pela Moral.

Em Verdade e Consenso, aliás, Streck adverte claramente sobre os riscos das pretensões de “correção” do Direito pela Moral:

[...] enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral- principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os “impasses” interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy<sup>7</sup>.

No ponto da convivência entre regras e princípios, possível identificar que, seja em Ferrajoli, seja em Streck, se compreende que por detrás de cada regra subjaz um princípio de regência, cuja compreensão adequada poderá servir ao controle da decisão judicial<sup>8</sup>.

Ainda, condensando a preocupação compartilhada entre o Garantismo Normativista e a CHD<sup>9</sup> com os riscos da ponderação alexyana, Alfredo Copetti Neto sintetiza:

"a abertura interpretativa que a otimização paretiana projeta – atribuindo força normativa ex post aos princípios constitucionais, valendo-se, para isto, do grau de efetividade jurídica

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002. (pag 203, Direito e Razão).

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11-12.

<sup>8</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (pg 231-253)

<sup>9</sup> Por CHD, ou Crítica Hermenêutica do Direito, STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e Discricionariedade Judicial, pg 223/224. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016: “A CHD é uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico por nós formulada após décadas de pesquisas no/do direito, tendo como background filosófico e vetor de racionalidade (Stein) a filosofia hermenêutica (Heidegger/Gadamer) e, no plano da teoria jurídica, compartilhando/dialogando com elementos do empreendimento teórico de Dworkin. (...) a CHD, apesar de se aproximar da ideia do “direito como integridade”, não é uma teoria dworkiniana. Se assim fosse, teria que partilhar o todo da obra de Dworkin (2001, 2003, 2007)– o que não ocorre – e, ao fim e ao cabo, não seria outra teoria, mas apenas uma aplicação do jurista norte-americano à realidade brasileira. Resultando de (des)leituras antropofágicas, a CHD constitui uma matriz autônoma, mesmo não escondendo seus aportes basilares, seu(s) lugar(es) de fala”.



alcançada por cada direito – acaba por enfraquecer a força normativa da constituição e, sobretudo, a própria concepção de constituição em si, na medida em que admite sua desaplicação voluntária pelo poder público, especificamente o Poder Judiciário. O balanceamento de princípios como mecanismo inexorável à tutela de direitos, apesar da pretensão de assumir-se como meio jusconstitucional legítimo à produção da normatividade, privilegia o enfraquecimento da separação de poderes".<sup>10</sup>

Assim, nos parece que, para além das divergências, tanto o Garantismo Normativista quanto a Crítica Hermenêutica do Direito unem-se contra o modelo ponderativo-voluntarista de decidir, uma vez que tendem a conduzir para a corrosão do Direito pela moral.

## **2 CAPÍTULO 1 - O JUIZ DE GARANTIAS – O PRIMEIRO JUIZO, ONDE HÁ MAIS PRECARIEDADE DE CONTROLE INSTITUI-SE MAIOR CONTROLE – MAIS GARANTIAS ONDE HÁ MAIOR POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÕES**

Já em 1941, na exposição de motivos ao Código de Processo Penal, Francisco Campos reconhecia que:

(...) Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, **formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos**, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena (GRIFO NOSSO).

De se notar, assim, que a preocupação que norteou o legislador já na década de quarenta sobre a “trepidação moral causada pelo crime antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos”, é a mesma que norteia a concepção do Juiz de Garantias, afinal, é na gênese da resposta estatal ao delito que se exige maior atenção na defesa dos direitos e garantias, pois onde há mais precariedade de controle institui-se maior controle, já que onde há maior possibilidade de violações é que se precisa de mais garantias. Assim, o mesmo fundamento que, para Francisco Campos, tornava necessária a ação penal, faz clamar por um Juiz das Garantias, para que o calor do momento não turve as águas pelas quais caminhará o processo.

<sup>10</sup> COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Disso se extrai justamente que é desde o primeiro juízo, e até com mais veemência neste, que se faz necessário o desenvolvimento de um arcabouço principiológico e normativo de garantia e defesa ao indivíduo, e, assim, se faz insubstituível, já e sobremodo nesta fase, a presença, como garante, do Estado-Juiz.

Ocorre que, dessa ordem de fatores, emerge o dano colateral da contaminação da originalidade cognitiva do julgador, eis que todo o contato com o caso a ser julgado em seu estágio ainda bruto e precário, destacado pela precipitação informativa e pela unilateralidade narrativa, poderá comprometer seu julgamento futuro, eis que restará contaminado, de maior ou menor maneira, por juízos antecipados (pré-juízos). E é a partir do reconhecimento desta dinâmica que se faz necessário falar na figura do Juiz das Garantias, já como um ator distinto daquele Juiz responsável pela resposta jurisdicional definitiva quanto ao caso (o que não quer dizer que o Juiz do caso não deva ser, igualmente, um Juiz Garante).

Nesse sentido, oportuno estabelecer uma abordagem, ainda que sucinta, da proposta de um Juiz próprio da fase investigativa (Juiz das Garantias) em contraponto com o Juízo do processo e do mérito, sendo que, por este Juiz das Garantias devemos compreender, portanto, a posição, na estrutura processual persecutória, daquele Magistrado - invariavelmente integrante, pois, do Poder Judiciário<sup>11</sup>, que será dotado de competências próprias e exclusivas à fase preliminar da ação penal (devidas, muito fortemente, pelas cláusulas de reserva jurisdicional ínsitas a esta etapa) e destinadas à preservação das garantias do investigado, doravante imputado.

São precisas as lições, nesse ponto, de Lopes Jr. e Morais da Rosa:

Portanto, o juiz criminal — para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial — deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirma as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele juiz, tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia. A instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada. Esse tema também precisa ser pensado à luz da teoria da dissonância cognitiva.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Em necessária refutação daqueles que pretendem fazer do Delegado de Polícia o “Juiz” das Garantias (dentre estes, nomina-se o ex-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Renato Nalini. Interessante nesse ponto observar que todos atores da persecução penal devem desempenhar papel garantidores, o que não os torna, porém, “juízes” das garantias, vez que, sem qualquer demérito a função institucional de cada envolvido, é preciso bem destacar categorias e nomes, de modo que delegados garantistas, ainda assim, não são juízes de garantias.

<sup>12</sup> Sobre a originalidade cognitiva e a teoria da dissonância no processo penal: LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. CONJUR, 2016. Disponível na internet em <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.



Assim, o legislador ordinário, por meio da Lei 13.964/19, inseriu no Código de Processo Penal os artigos 3º- ‘A’ a ‘F’, instituindo e disciplinando as competências do Juiz das Garantias em contraposição às competências do Juiz da causa e do mérito. Em suma, a nova lei passou a desenhar a persecução penal com a atuação, sempre, de dois juízes distintos, o de garantias, responsável pela legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, e o Juiz do processo, cuja atuação se iniciará apenas depois do recebimento da denúncia pelo Juiz das Garantias.

E pelo presente trabalho não ter como objeto a figura, em si, do Juiz das Garantias, a summa tecida se mostra suficiente, de modo que cumpre, em sequência, registrar os fundamentos levantados e considerados como razões de suposta inconstitucionalidade da – enfim – instituição da figura no âmbito do processo penal brasileiro, e que merecerão as críticas propostas a partir da leitura dos possíveis consensos de havidos entre o Garantismo Normativista e a CHD.

### **3 CAPÍTULO 2 - A DECISÃO PROFERIDA MONOCRATICAMENTE NA ADI 6.298/DF E SEU VIÉS VOLUNTARISTA**

A partir dos pontos de convergência entre o Garantismo de Ferrajoli e a CHD de Streck, identificados e abordados no prólogo, buscaremos estabelecer a crítica da decisão proferida monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 do Distrito Federal, especificamente, no tocante à temática afeta ao intitulado Juiz das Garantias. Em síntese, o case decorre de provocação da Suprema Corte por parte da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e da ASSOCIACAO DOS JUIZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE, através de mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade), em face dos dispositivos trazidos pela Lei 13.964/2019 para a instituição do Juiz das Garantias (artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F).

A investida resultou na obtenção de medida cautelar, sendo que, para a formação de um juízo precário, primevo e monocrático de suposta “inconstitucionalidade”, preponderaram seis argumentos, sendo eles: (a) o de que a instituição do Juiz de Garantias significaria, ainda que indiretamente, norma de organização judiciária, e, assim, de iniciativa legislativa reservada ao Poder Judiciário<sup>13</sup>; (b) o de que a proposição redundaria em relevante impacto financeiro ao Poder Judiciário; (c) o de que se violaria a autonomia financeira do Poder Judiciário<sup>14</sup>, bem como a exigência de prévia dotação

<sup>13</sup> Art. 96. da Constituição Federal: Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

<sup>14</sup> Art. 99. da Constituição Federal: Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

orçamentária<sup>15</sup>; (d) o de que a proposta haveria de vir acompanhada de estimativa de impacto orçamentário e financeiro<sup>16</sup>; (e) o de que o fundamento imanente ao Juiz de Garantias, qual seja, o de preservação da imparcialidade mediante a separação de funções jurisdicionais relacionadas à fase investigativa e processual da persecução, não se sustentaria a partir da presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação; (f) o de que a complexidade da matéria exige melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal.

Propomos, no presente, submeter estes argumentos a um filtro crítico, a fim de reconhecê-los como constitucionalmente adequados ou como frutos de uma ponderação corrosiva do direito não compatível com as perspectivas do Garantismo Normativista ou da Crítica Hermenêutica do Direito.

O primeiro argumento constante da decisão do Ministro Fux diz respeito a suposta inconstitucionalidade formal da proposta, por vício de iniciativa legislativa, e que perpassaria pela consideração de que a implementação do Juiz das Garantias significaria, per si, remodelação da estrutura e organização do Poder Judiciário (o que, portanto, demandaria lei de iniciativa deste próprio Poder).

A tese, porém, parece inconsistente, já que a instituição projetada da figura do Juiz de Garantias se dá, basicamente, mediante a criação de uma nova hipótese de impedimento (ou incompatibilidade) de atuação do Magistrado (relacionada à cognição da narrativa pré-processual em relação ao imputado), ou, sob outra ótica, pela simples definição legal de pontuada causa de exclusão de competência, ambas alterações de índole processuais de impassível reserva, pois, à iniciativa legislativa do Poder Judiciário. Nas palavras de Pacelli:

“O objetivo da norma é tão claro o quanto se pode exigir. É ali que efetivamente se institui o juiz das garantias, estabelecendo-se a divisão de funções jurisdicionais em um mesmo processo. (...) nada tem de inconstitucional a previsão legislativa que cria causa específica de impedimento do magistrado, ao fundamento da existência de risco fundado de antecipação de juízo em fase anterior ao exercício da ampla defesa (...) a regra de impedimento, que constitui uma ampliação das garantias processuais individuais, ainda que sejam indemonstráveis os receios quanto à perda de imparcialidade, pode ser criticada unicamente quanto à sua

<sup>15</sup> Art. 169. da Constituição Federal: A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021) § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020) I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

<sup>16</sup> ADTC: Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

pertinência, mas jamais quanto à respectiva validade. É válida a opção legislativa. Pode-se não concordar com ela e até julgá-la contraproducente aos interesses da persecução, a despeito de que uma tal argumentação dependerá de uma série de circunstâncias estranhas à norma. Mas é norma válida e deve ser cumprida, ainda que com os ajustes hermenêuticos dogmáticamente possíveis e justificados. O juiz das garantias, do ponto de vista formal, dependerá de atos das autoridades competentes para a regulação do bom andamento das atividades jurisdicionais. Mas, do ponto de vista material, será a norma do impedimento do juiz que determinou medidas cautelares na fase de investigação a grande responsável pela consolidação da ideia do incremento de nova garantia processual individual na ordem brasileira. Com ou sem a formalização do juiz das garantias, todo aquele que atuar na fase de investigação e determinar o afastamento de liberdades públicas estará impedido de atuar como juiz do processo. A partir da vigência da lei, é claro<sup>17</sup>.

Com efeito, como a instituição do Juiz das Garantias se dá por meio da modificação da lei processual, a situação se enquadra no disposto no artigo 22, I, da CFRB: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Logo, não é de se considerar como mera norma de organização do Poder Judiciário a instituição da repartição de competência (funcional) entre o Magistrado da fase inicial da persecução e o da fase processual e de mérito. Neste caso, eventuais rearranjos na estrutura interna de cada tribunal serão de ordem meramente secundária, conseqüente e contingente, algo que se dá e pode se dar, apenas por via reflexa, em relação a norma processual.

A título de exemplo, a situação se assemelha ao que ocorreu (e vem ocorrendo) para a implementação das audiências de custódia (ato que sequer exigiria norma infralegal já que sua imperiosidade se deduz da própria norma convencional), ou mesmo no caso da Lei 9.099/95 que, igualmente, repaginou a dinâmica de competências e atuações da Magistratura do âmbito penal. Aliás, já decidiu o Supremo, em precedente de relatoria do próprio Ministro Fux, que situações como estas não representam meras normas de organização judiciária:

As normas de organização judiciária diferem ontologicamente daquelas de natureza processual, na medida em que “[a]s leis de organização judiciária cuidam da administração da justiça e as leis de processo da atuação da justiça. (...) As leis processuais, portanto, regulamentam a 'tutela jurisdicional', enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional.<sup>18</sup>

Todas essas alterações parecem se dar muito mais em mote de adequação do que de inovação na estrutura do Poder Judiciário, e, de toda forma, sempre como variação reflexa da mudança processual necessária para a concretização dos princípios constitucionais. Aliás, absurdo seria o

<sup>17</sup> PACHELLI, Eugênio. Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto. CONJUR, 2019. Disponível na internet em <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acesso em 21 de agosto de 2021

<sup>18</sup> ADI nº 3711, Relator: Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 05/08/2015, Publicação em 24/08/2015

inverso, ou seja, se a otimização da imparcialidade objetiva (no caso do Juiz das Garantias) ou mesmo a concretização do Pacto de São José que exige a apresentação do preso ao Juiz (audiência de custódia), dependessem de iniciativa legislativa do Poder Judiciário, que, via transversa, não tem competência para iniciativa de lei processual (se formaria um paradoxo de engessamento do devido processo legal).

Já pelos argumentos “b”, “c” e “d”, se considerou que a instituição da figura do Juiz de Garantias causaria considerável impacto financeiro ao Poder Judiciário, e, pela não precedência de estimativa de impacto orçamentário e prévia dotação, a medida se apresentaria como inconstitucional.

Sobre a questão pragmática da elevação de gastos, tampouco há um consenso, eis que a própria AGU rechaça o temor quanto ao aumento de despesas<sup>19</sup>. Mais que isso, não parece concebível que o exercício do controle de constitucionalidade seja fulcrado em exclusivas razões de consequencialismo financeiro e monetário, afinal, assim o fosse, passaria o Judiciário a exercer o múnus de guardião da chave do cofre público, o que, obviamente, desnatura sua função.

Ora, ainda que a implementação da instituição legislativa do Juiz das Garantias pressuponha gastos, poderia o Judiciário, simplesmente, refrear de plano sua validade? Qual seria, então, o limite para o controle de constitucionalidade das leis a partir das meras suposições de custos?

Parece que, ao irmos por este caminho, chegaremos, ainda mais, na aposta ao juízo decisionista do julgador, que terá a palavra final sobre até onde podem ir demais Poderes na consecução de seus misteres. Sem falar que, modo geral, considerações congêneres passam ao largo quando o intuito legislativo é o de propor, ao invés do resguardo de direitos e garantias, a exacerbação do poder punitivo, já que políticas de repressão e encarceramento também possuem custos e oneram.

Além do que, a concretização de direitos fundamentais, invariavelmente, pressupõe custos, e o locus deliberativo da escolha dos gastos é, a princípio, o da arena política, com atuação excepcional da jurisdição e em operação inversa, ou seja, na tutela do mínimo existencial em contraponto à reserva do possível, e a luz da premissa de que existem imposições constitucionais que significam muito mais que um apelo ao legislador, notadamente quando voltadas à efetivação dos direitos sociais e culturais que, na qualidade de fundamentais e originários, permearão as transformações sociais prometidas pelo projeto constitucional.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> “A instituição da figura do juiz das garantias não prevê novas competências nem demanda o aumento da estrutura do Poder Judiciário, exigindo apenas adaptação a uma nova sistemática processual, sem provocar aumento drástico de despesas, nem contrariar o novo regime fiscal instituído pela EC nº 95/2016” (PARECER JURÍDICO OFICIAL, DISPONÍVEL NA ÍNTEGRA EM <<https://static.poder360.com.br/2020/02/parecer-Agu.pdf>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.

<sup>20</sup> Acerca da convivência entre a efetivação dos direitos fundamentais, mínimo existencial e reserva do possível, precursora a obra de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 44.

Um outro argumento (“e”) perpassa pela a provocação lançada pelo Relator sobre a “questionabilidade” da necessidade da proposição legislativa como forma de preservação da imparcialidade.

Indica-se com isso, mais que qualquer coisa, um voluntarismo indisfarçado do Ministro, eis que a mera percepção pessoal do julgador sobre o acerto ou erro, necessidade ou desnecessidade, adequação ou inadequação de uma inovação legislativa para a consecução do objetivo declarado pelo legislador de reforma passa ao largo dos verdadeiros e legítimos parâmetros e limites ao controle de constitucionalidade, recaindo no tão perigoso decisionismo judicial, aos moldes do decido conforme minha consciência tão alertado por Streck.

Afinal, não parece próprio e adequado que um Magistrado, em sede de juízo monocrático no âmbito de em um órgão colegiado, coloque em xeque a prestabilidade de determinada inovação legislativa ao fim que se propõe. Se na arena do debate legislativo prevaleceu que a instituição do Juiz das Garantias significa reforço à imparcialidade do julgamento penal, a aposta deve prevalecer, e não ser simplesmente sustada pelo juízo singular e subjetivo de um componente do Poder Judiciário.

Por fim, sustenta a decisão que a complexidade da matéria exigiria melhores subsídios a indicar, acima de qualquer dúvida razoável, “reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal”.

Nesse ponto, vale refletir que, muito longe de atentar contra o devido processo, a repartição das competências entre Juiz da fase preliminar e Juiz da fase processual e de mérito vai justamente ao encontro das exigências do due process, até porque o grau de imparcialidade judicial refletirá no grau de satisfação das exigências de devido processo, seja na perspectiva formal, seja, ainda mais, numa perspectiva substancial. Com efeito, é de se ter que, através deste reforço da imparcialidade, haverá o aprimoramento da prestação jurisdicional, e, para tanto, não se precisa comprometer a eficiência da resposta penal, já que por eficiência não se deve compreender eficientismo punitivo, e, em processo penal, forma é garantia e tempo é medida de abrandamento das precipitações cognitivas, sendo que a duração razoável não pode indicar retardamento despropositado, mas também não pode apontar para o atropelo das regras do jogo por meio da aceleração do tempo natural da maturação compreensiva no julgamento penal (sendo que, em processo penal, a celeridade dos processualistas civis deve ser vista com ressalvas).

Aliás, por não haver elementos seguros de que a mudança proposta comprometerá o regular tramitar dos processos (eis que não parece este o fator de mora processual, mas sim os inúmeros gaps

de tempo morto de tramitação), não parece incidir a preocupação de Cappelletti, para quem “La duración excesiva es fuente de injusticia social”.<sup>21</sup>

De referido arremate decisório se dessume, ainda, inversão da ordem de presunção de constitucionalidade das leis, como se existisse, para o legislador, um ônus de demonstração de não violação a determinantes constitucionais para além daquele próprio já exercido em sede de devido processo legislativo, inclusive por meio das variadas comissões legislativas, com destaque para as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Impossível não atentar, nesse ponto, para a desnaturalização da autocontenção que deve reger o judicial review. Se é a lei que vocaliza, ao menos em termos de representação, a voz soberana do povo, uma vez submetida aos regulares tramites deliberativos de forma, e assim perfectibilizada, deve fazer-se prevalecer, salvo se atentar, indubitavelmente, contra normas superiores – constitucionais ou convencionais, razão pela qual, suscitada a inconstitucionalidade, o judiciário “só deve decretá-la quando manifesta, ou seja, clara e inequívoca”<sup>22</sup>.

O ônus argumentativo atribuído ao judiciário para o reconhecimento, para longe de qualquer dúvida razoável, da incompatibilidade constitucional de uma lei, é o que preserva o princípio democrático.

Parece haver, nisso, confissão de intento do julgador em se arvorar a censor legislativo para além dos parâmetros estritos de controle de constitucionalidade, inaceitável desiderato de detenção da palavra final acerca do mérito legislativo - conveniência e oportunidade de alterações do direito positivo, ainda que não conflitantes com os impositivos constitucionais.

O controle de constitucionalidade deve se dar quando os filtros de constitucionalidade ordinários falham, sendo que, para garantir a manutenção desta lógica, necessário haver, apenas, um estranhamento sistêmico, jamais desconfiança pura e simples de que uma proposta legislativa pode não dar certo. Assim, parametrizando os limites do controle de constitucionalidade e condicionantes de seu exercício sob os auspícios do princípio democrático, Arigony sintetiza que:

A presunção de constitucionalidade das leis acarreta várias consequências nos controles abstrato e concreto. A primeira está relacionada à distribuição do ônus de argumentação para aquele que impugna a constitucionalidade da norma. O interessado deve apresentar as razões pelas quais entende que determinada norma viola a Constituição Federal. Não basta simplesmente discordar da norma ou entender que uma outra norma seria mais desejável e mais benéfica ao ordenamento jurídico. É preciso especificar os motivos pelos quais o texto constitucional é afrontado pela norma questionada e, por conseguinte, deva a norma ser considerada inconstitucional. A segunda consequência está ligada à interpretação conforme:

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 133).

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 145.



havendo uma interpretação capaz de salvar uma norma da inconstitucionalidade, o intérprete constitucional deverá utilizá-la.<sup>23</sup>

Nessa ordem de ideias, parece presente um preocupante viés decisionista na decisão proferida pelo Ministro Fux, e que, para além das correspondências estabelecidas acima, se deixa transparecer em sutilezas visíveis no método fundamentativo empregado.

A título de exemplo, oportuno notar que o Ministro Fux sugere, ainda que implicitamente, que, no controle de constitucionalidade, deve o julgador realizar uma ponderação fática sobre as consequências da vigência da norma. Em dado momento, sustentou o Julgador que:

Nesse ponto, ressalto que a atividade interpretativa não pode estar apartada de dados empíricos que sublinhem a materialização dos efeitos da norma jurídica no mundo fenomênico. Igualmente, a jurisdição constitucional não pode ser concebida como uma mera abstração idealista, em que a interpretação dos textos normativos ocorra apartada da realidade fática.<sup>24</sup>

Sucedese que referida premissa tem a capacidade de redundar numa carta branca ao julgador, verdadeiro álibi retórico decisionista. Se a avaliação da constitucionalidade da norma não guardar atenção à presunção que milita em favor do ato impugnado, e se dispensar, para o juízo de compatibilidade, a estrita contrariedade à norma constitucional paradigma, os frutos da atividade parlamentar restarão submetidos ao juízo do decisor, que, sem muitos esforços, poderá inserir sua antipatia à norma analisada sob o mantra do cotejo, ou melhor, da ponderação das consequências “da realidade fática”. O princípio consequencialista, fruto próprio do pan-princípioalismo, serviria como novo vetor de abertura para as escolhas subjetivas do julgador.

Outro trecho constante da decisão e que indica o voluntarismo prevalente na fundamentação do Ministro Fux se refere a quando adverte das cautelas necessárias para a utilização do Direito Comparado como fonte de inspiração normativa.

Ao questionar a argumentação dos defensores do Juiz das Garantias de que se trata de uma tendência em ordenamentos estrangeiros, Fux, no ponto, ressalta que “a análise comparada não pode ser pontual e descontextualizada” e que “além de rigor metodológico, ela necessita de uma perspectiva sistêmica, levando em conta aspectos institucionais do país analisado”.

<sup>23</sup> Arigony, Alexandre Foch. A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Alexandre Foch Arigony. – 2019. Dissertação (mestrado)

- Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Disponível na internet em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28802>. Acesso em 19 de junho de 2022.

<sup>24</sup> Decisão na íntegra acessível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglefndmkaj/https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf)

Ocorre que, recentemente, o próprio Ministro Fux, para defender sua posição em favor da prisão em segunda instância, utilizou-se da menção comparativa do Direito alienígena, argumentando que “estamos adotando um precedente e temos de seguir essa regra. E estamos seguindo países como Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Portugal, Espanha e demais países do mundo.”<sup>25</sup>

Essa inconsistência de parâmetros demonstra que os fundamentos de reforço empregados na decisão que suspendeu a legislação instituidora do Juiz de Garantias emergiram de forma voluntarista pelo julgador – na forma do combatido método do decido conforme minha consciência, que merece ser conhecido, compreendido e enfrentado. Tratam-se, aliás, de jargões voláteis que poderiam sustentar tanto a um quanto a outro caminho decisório, ainda que antitéticos.

#### **4 CAPÍTULO 3 – UMA RESPOSTA POR MEIO DA C.H.D. – DECIDO CONFORME MINHA CONSCIENCIA - GARANTISMO E HERMENEUTICA (UMA FORTE CRÍTICA A PONDERAÇÃO VOLUNTARISTA)**

Ao dissecar a decisão analisada, identificamos sinais claros de um campo fértil ao solipsismo. Perceptível, assim e, com cores vivas, algumas complexidades próprias do dilema decisional no campo da jurisdição constitucional, sendo que o enfrentamento necessário irá, nessa ordem de ideias, perpassar pela Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por Streck, e sintetizada como “uma cadeira que se estabelece entre dois grandes paradigmas filosóficos: o objetivismo e o subjetivismo. Sua tarefa: estabelecer as condições para uma teoria da decisão”<sup>26</sup>.

Com efeito, a CHD se coloca a favor da controlabilidade do ato de decidir, logo, no lado oposto da aposta voluntarista, tendo como mote a busca e a necessidade de respostas corretas<sup>27</sup>, afinal, não se pode dizer qualquer coisa de qualquer coisa. Dentre outras premissas, parte a CHD da noção de que o texto, mais que mero enunciado linguístico, é evento, cuja interpretação lhe é condição de possibilidade de sentido, e a norma, como produto da interpretação, não é capa de sentido nem absolutamente independente do texto, de modo que não se possa atribuir qualquer norma a um texto. O Juiz, na CHD, não pratica ato de vontade, e, tão qual se sucede também no positivismo normativista de Ferrajoli, não cria direito<sup>28</sup>.

E, sob as lentes destas duas teorias e de suas preocupações comuns, a decisão monocrática em análise alarma, sobretudo, pelos indicativos de uma ponderação perigosamente utilizada e que deságua

<sup>25</sup> <https://exame.com/brasil/luiz-fux-diz-que-derrubar-prisao-apos-2a-instancia-seria-retrocesso/>

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 13-14.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.446.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. Loc. Cit.

na corrosão do Direito pela moral, e pela fragilização dos princípios constitucionais em detrimento dos juízos pessoais e subjetivos do julgador monocrático. Isso, porque, da própria análise da argumentação deduzida pelo Ministro julgador se faz possível concluir pelo mote moral da liminar, e sua insustentabilidade a luz do Direito ou da tradição íntegra e coerente do exercício da Jurisdição Constitucional.

Quando o decisor exara, na parte final de sua manifestação, suas ‘ressalvas’ pessoais quanto a figura do Juiz das Garantias, colocando, como se congressista fosse, em dúvida a própria ‘necessidade’ da reforma, e antecipando seu estranhamento a ideia de que juízes submetidos à fase inicial da investigação seriam, por isso, viesados e inclinados a favorecer a acusação<sup>29</sup>, revela toda uma carga decisionista – decido conforme minha consciência – e, conjuntamente, toda uma carga moral pessoal existente previamente no subjetivismo do julgador, e que já é no sentido de antipatia a figura legislativa criada, algo a controlar e direcionar o caminho decisório subsequente, fazendo do percurso decisório um modelo performático a ser todo assujeitado pelas preferências particulares e morais do julgador.

Noutras palavras, da leitura da decisão indica-se que a visão moral do julgador – sentimento pessoal de discordância com a propositura legislativa – sobrepôs-se ao rigorismo decisório que se imporia, e conduziu todo o percurso fundamentativo para redundar em conclusão confirmatória da percepção subjetiva primeva. O julgador, moralmente contrário ao Juiz das Garantias – repulsa metajurídica – após decidir internamente por sustar a regular atuação do Congresso Nacional – se lançou a buscar argumentos de pseudo-juridicidade que poderiam conferir roupagem de aparência técnica para a decisão. Eis a moral se sobrepondo ao Direito, principal risco desvelado e combatido numa compreensão conjunta do Garantismo Normativista e da Crítica Hermenêutica do Direito

Vejam o seguinte trecho da decisão:

In casu, sob uma leitura formalista, poder-se-ia afirmar que, ao instituírem a função do juiz de garantias, os artigos 3º-A ao 3º-F teriam apenas acrescentado ao microsistema processual penal mera regra de impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal. (...). Com a devida vênia aos que militam em favor desse raciocínio, entendo que essa visão desconsidera que a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição . (...) em um juízo perfunctório, entendo que os demais artigos que tratam do juiz de garantias também padecem da mesma violação constitucional direta. (...) a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos. (...) Não há solução simplista para a concretização desse

<sup>29</sup> Fux, na decisão, argumenta que: "A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação"

conjunto de normas, e isso deve ser analisado nas searas adequadas, inclusive judicial, quando do julgamento de mérito. No entanto, em sede de medida cautelar, entendo que o pronunciamento judicial deve se limitar ao juízo de suspensão da norma impugnada<sup>30</sup>.

Nele resta claro que o decisor, se valendo de percepções pessoais acerca do instituto do Juiz de Garantias e dos possíveis impactos que sua instituição no ordenamento causará na estrutura judiciária – suposição pragmática meramente presumida pelo Ministro – lança-se a construir argumentos voluntaristas para a finalidade de mascarar uma possível inconstitucionalidade da norma.

Não só. Em clara subversão do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos submetidos ao devido processo legislativo, sustenta o julgador, ante aos questionamentos suscitados, que a cautela indica que se deve suspender a norma impugnada.

Em que pese a relevância desse debate empírico, igualmente não me parece apropriado adentrá-lo nesta análise primária e cautelar da questão, em face da ausência de dados firmes que permitam uma conclusão definitiva sobre o tema. O aprofundamento desse tópico, com o devido rigor metodológico e empírico, somente será possível em sede meritória. Nela, poderei me debruçar, com maior vagar, nas contribuições teóricas e, sobretudo, nos dados empíricos disponíveis (com especial atenção à solidez, tecnicidade e consistência desses dados) sobre os impactos que o juiz de garantias ensejará aos diversos interesses constitucionalmente tutelados, sob pena de se recair em uma análise baseada em meras especulações que carecem de consistência empírica<sup>31</sup>.

Estatui-se, com isso, o seguinte cenário: Um só julgador, já se afastando da regra da colegialidade, por princípio de cautela pessoal, afasta a validade de uma norma submetida ao debate parlamentar e oriunda do devido processo legislativo. O faz segundo impulsos de ponderação das consequências fáticas da norma (princípio consequencialista), com meros esboços de delineamento de inconstitucionalidade, de modo intersubjetivamente incontrolável e, portanto, solipsista.

Com efeito, a incompreensão da dimensão dos princípios e sua inter-relação diante das regras, bem como o uso desregrado da técnica da ponderação, propiciam, num ambiente de argumentativismos incontroláveis, decisões como esta, afinal, todo um regramento normativo legítimo e cristalino a respeito dos limites do controle de constitucionalidade, e da própria atuação monocrática da Suprema Corte, se restaram, na oportunidade, sustados por pseudo-princípios, arguidos discricionariamente, como num menu a la carte, pelo julgador, em franca corrosão da primazia do Direito. Oportuna a dicção de Alexandre Morais da Rosa:

<sup>30</sup> Decisão na íntegra acessível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf)

<sup>31</sup> Decisão na íntegra acessível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf)

Dito de outra forma: por mais que a Constituição exista como documento, no campo da ponderação e da inexistência de Direitos Fundamentais absolutos – duas das ferramentas mais utilizadas pelos Neoconstitucionalistas de todas as vertentes –, sua capacidade operativa é rebaixada em nome de um antecedente: o custo-benefício do Direito no campo da Economia. Logo, a característica de que a Constituição é o documento fundante perde espaço porque o fundamento último não é mais fixo, mas volátil, flexível, conforme as movimentações do Mercado. Enfim, a Constituição e sua hermenêutica são relativizadas ex post: só valem se forem eficientes!<sup>32</sup>

Já no tocante à técnica da ponderação, adequado considerar que a experiência brasileira, marcada pela falta de criteriosidade e unidade, explicita usos perniciosos de justificação de todo e qualquer preferencialismo particular do julgador com roupagem de decisão calcada no “sopesamento” de princípios outros, algo que torna os juízos de ponderação a outra face, de uma mesma moeda, da própria discricionariedade.<sup>33</sup>

O abasileiramento da técnica da ponderação, enunciada como a escolha direta, a critério do julgador, de princípios, valores e interesses, aplicáveis ao caso, arrisca a própria jurisdição constitucional, que, sob os clamores “neoconstitucionalistas”, se aproxima de voluntarismos próprios de um ativismo judicial, no qual os fundamentos de decisão, não raro, são desprovidos de capacidade de universalização e não se sustentam sob o prisma da legalidade constitucional<sup>34</sup>.

Com efeito, a proliferação de decisões calcadas na ponderação desassociada a uma mínima criteriosidade fundamentativa, além de permitir decisionismos de toda ordem, pode corromper o próprio sistema de “judicial review”, eis que o Poder Judiciário não pode, ao bel prazer, negar a vigência e validade de uma lei que fora submetida ao regular processo legislativo de criação e que, substancialmente, não viola, mas sim consagra, princípios constitucionais (como o do devido processo legal e da imparcialidade).

Quanto a relação de permanente tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário – manifestada sobretudo no controle de constitucionalidade das leis, Streck, em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, consagra que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei em seis hipóteses, ou seja, quando (1) for inconstitucional, (2) a resolução se der pelos critérios de antinomia, (3) se tratar de interpretação conforme com adição de sentido, (4) de nulidade parcial sem redução de texto, (5) e com redução de texto, e, por fim, (6), quando um princípio – em sentido rígido – vertiginosamente confrontar uma regra.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Constitucionalismo Garantista: notas lógicas*. In *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz: *OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL* Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. Artigo disponível na internet em: < <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>>.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Loc. Cit.*

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Nada justificaria, portanto, a criação de um juízo artificial de inconstitucionalidade da intentada reforma legislativa. Há, na decisão, uma ausência de parâmetros concretos para a sustentação de inconstitucionalidade do Juiz das Garantias, notadamente porque sua instituição decorre da liberdade de conformação reservada ao legislativo, e a proposta, ao fim e ao cabo, vai justamente no sentido de cumprimento a imperativos constitucionais como da devido processo e imparcialidade<sup>36</sup>.

## 5 EPÍLOGO

Optamos, aqui, por epílogo ao invés de conclusão, já que, a rigor, nada se conclui em termos definitivos, mas apenas chega-se a dada compreensão do estado da arte. Do quanto (e como) se caminhou e aonde se chegou no momento, daqui para frente, bem, novos passos a serem dados, a partir de novas premissas que buscamos estruturar.

Com efeito, de se concluir pela atualidade e relevância das preocupações comuns do Garantismo normativista de Ferrajoli e da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, sintetizadas em (1) um apelo pela não fragilização ou sustação do direito pela moral, (2) um brado pela não negligenciação das regras em face de uma incompreensão dos princípios e (3) um alerta de ressalva quanto à teoria argumentativa e o instrumento da ponderação).

Se Ferrajoli pode ser visto como um importante passo, ainda não dado integralmente, visto o desrespeito habitual ao texto normativo, Streck vem a ser o passo que o segue, para além do legalismo estrito do primeiro, o principialismo próprio do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, trabalhado exaustivamente na Crítica Hermenêutica do Direito mostra-se como caminho adequado para a construção do sentido do Direito.

Não se trata de uma questão nova. Se a exegese buscou matar o intérprete fazendo dele um mero reproduzidor do texto, e por que não dizer, da vontade da lei, cremos que não é por outro motivo que Kelsen, Hart e Dworkin, cada qual dentro de seu arsenal teórico, buscam construir um freio para o decisionismo, reconhecido por todos como sendo um problema inerente ao julgador.

O Direito é o que o Supremo diz que é?

Afinal, presente na decisão enfocada uma cabal burla aos três postulados de consideração, sendo que: a carga moral<sup>37</sup> da decisão subverte sua justificabilidade jurídica (fundando-a); as regras de limitação à atuação jurisdicional são omitidas pelo uso deturpado de princípios; e tudo é construído

---

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. CONJUR, 2020. Disponível na internet em <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em 21 de agosto de 2021.



sob influxos de uma pernicioso teoria decisória da argumentação (a privilegiar juízos subjetivos e consequencialistas incontroláveis).

A consideração e compreensão dessa realidade, todavia, é o primeiro passo a permitir necessárias mudanças, prenunciadas pelo constrangimento epistemológico de que fala Streck. Partindo de dois pressupostos diferentes, voltados para o mesmo fim, tem o presente artigo como um de seus objetivos dizer que há algo para além do texto que clama por respostas a qualquer custo. Acontece que nem sempre se percebe que o custo para qualquer resposta é alto, compromete o direito, compromete a democracia, compromete, por fim, o projeto constitucional como um todo. Não se pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa.

## REFERÊNCIAS

ARIGONY, A. F. A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: moral requintada de um sentimento comum de antigarantismo e ode ao punitivismo penal. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28802>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, M. El proceso como fenómeno social de masa. In: CAPPELLETTI, M. Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 133.

CIRINO DOS SANTOS, J. Contribuição para a crítica da economia da punição. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

FERRAJOLI, L. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K.; MORAIS DA ROSA, A.; COPETTI NETO, A.; STRAPAZZON, C. L.; ADEODATO, J. M.; OLIVEIRA, R. T. de; CADEMARTORI, S. (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOPES JUNIOR, A.; MORAIS DA ROSA, A. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. *ConJur*, 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 21 ago. 2021.

MAYA, A. M. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS DA ROSA, A. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K.; MORAIS DA ROSA, A.; COPETTI NETO, A.; STRAPAZZON, C. L.; ADEODATO, J. M.; OLIVEIRA, R. T. de; CADEMARTORI, S. (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 1-10.

NEVES, M. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

PACELLI, E. Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto. *ConJur*, 28 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>. Acesso em: 21 ago. 2021.

ROCHA, C. de O.; ALVES, D. L. A. O garantismo penal: uma reflexão crítica a partir de Luigi Ferrajoli. In: VIEIRA, E. (org.). O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo. 1. ed. Curitiba: [s. n.], 2012. p. 1-10.

STRECK, L. L. A crítica hermenêutica do direito e discricionariedade judicial. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

STRECK, L. L. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica constitucional filosófica. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, Bauru, n. 39, p. 1-10, jan./abr. 2004.

STRECK, L. L. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, L. L. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. ConJur, 13 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 28 maio 2022.

STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. ConJur, 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 21 ago. 2021.

STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, L. L. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. ConJur, 26 abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 28 maio 2022.

STRECK, L. L. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.