

## Validade legisprudencial, erro legístico e o juiz de garantias

Os leitores que vêm acompanhando as [últimas participações](#) desta colunista nesta *Fábrica de Leis* já devem ter percebido que meu principal propósito tem sido o de — a partir da indicação de algumas posturas acadêmicas equivocadas — esclarecer o âmbito de aplicação e os limites dos estudos sobre o processo legislativo no Brasil. Isso porque acredito que um exame sobre as pesquisas que vêm sendo produzidas na área — que aponte, especialmente, as distorções e transplantes inadequados que se encontram por aí — pode resultar em um diagnóstico mais efetivo sobre as patologias tanto da academia brasileiras.



Roberta Simões Nascimento  
advogada e professora

Nesse sentido, por exemplo, na [coluna passada](#), alertei que um dos

autores que vêm sendo citados em estudos sobre a justificação da legislação — Rainer Forst, especialmente seu livro *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* — teve suas ideias "deformadas", pois seus escritos jamais pretenderam fundamentar uma obrigação "jurídica" (mas tão somente de cunho "moral") de que sejam dadas razões adequadas para as normas. Mas, com expliquei, não vem sendo esse o sentido da sua utilização como marco teórico nas obras que o citam por aqui.

A coluna de hoje acrescenta mais uma dessas más compreensões para a lista: a incorporação da [Legisprudence](#) — um campo de estudos que lida com a racionalidade e a justificação das leis desde uma perspectiva crítico-normativa — como se a satisfação de suas condições fosse necessária para a validade formal da norma. Por mais que o discurso legisprudencial seja uma peça-chave dentro dos estudos de teoria do direito, é preciso muito cuidado na hora de transplantar as condições que possibilitam um controle de racionalidade da justificação das leis (perspectiva da legisprudência) para um controle judicial de sua constitucionalidade.

Existe um problema metodológico de grande calado e ainda não superado na teoria. O raciocínio legisprudencial é um projeto teórico complexo e ainda está em desenvolvimento. Trata-se de uma teoria



normativa (não descritiva). A aspiração de uma legislação racional é o seu móvel e legítimo propósito. Mas as considerações desse campo se dirigem à atividade dos legisladores — de modo a auxiliá-los na tarefa de fundamentar as escolhas legislativas, ainda durante a sua criação —, não para subsidiar um controle judicial a ser exercido *ex post* por juízes.

É bem verdade que as próprias expressões usadas por um dos principais autores desse campo — [Luc J. Wintgens](#) se refere ao conceito de *validade legisprudencial* [1] — não ajudam nessa empreitada e podem causar alguma confusão para juristas mais desavisados. Diferentemente da validade jurídica — que funciona sob a lógica "tudo ou nada", pois ou uma norma é válida ou não o é à luz da Constituição —, sob a perspectiva legisprudencial, o conceito de validade assume outras tintas com degradês entre preto e branco, torna-se uma questão de grau.

Nesses moldes, a validade formal seria uma condição necessária, mas não suficiente para a *validade legisprudencial* e o processo de justificação legislativa seria uma das condições que permitem acessar tal validade. De acordo com a proposta de Luc J. Wintgens, a motivação de uma proposição legislativa deveria atender os *princípios legisprudenciais* da alternatividade, densidade normativa, coerência e temporariedade. Para isso, muito resumidamente, a justificação precisaria satisfazer ao seguinte:

- 1) Explicar o valor, objetivo ou finalidade da proposta legislativa em questão;
- 2) Assinalar que a interação social, no âmbito particular a que se refere a proposta legislativa em questão, fracassou na perspectiva desse valor, objetivo ou finalidade, esclarecendo exatamente em que consiste esse fracasso;
- 3) Apresentar a(s) razão(ões) pela(s) qual(is), no âmbito particular a que se refere a proposta legislativa em questão, a limitação da liberdade individual por meio da intervenção legislativa — isto é, na forma de uma norma imposta de forma soberana — é preferível, ou no mínimo menos lesiva, que a interação social deficitária;
- 4) Mostrar que o conteúdo dado à proposta legislativa em questão é necessário para proteger o valor, alcançar o objetivo ou finalidade da intervenção legislativa, ou seja, indicar que as alternativas menos restritivas à liberdade individual seriam suficientes;
- 5) Se a proposta legislativa em questão está associada a uma sanção, mostrar também que a sanção escolhida é necessária para realizar o valor ou alcançar o objetivo ou finalidade da intervenção legislativa, é dizer, apontar que as alternativas não sancionatórias ou uma sanção menor seriam insuficientes.

Luc J. Wintgens desenvolve ainda mais as condições de justificação necessárias para a *validade legisprudencial*, especialmente quanto à justificação adicional às normas que estabelecem sanções. Mas o que já se expôs até agora é suficiente para demonstrar o argumento aqui defendido: tais parâmetros definitivamente não oferecem segurança a um controle judicial e a *validade legisprudencial* não corresponde à validade jurídico-formal. A pretensão de condicionar a constitucionalidade da legislação à sua justificação ou submeter a argumentação legislativa a um escrutínio sobre a "qualidade" ou "acerto" dos argumentos são caminhos equivocados e implicam más compreensões sobre a legisprudência



---

enquanto campo voltado para as razões das leis.

O mesmo pode ser afirmado em relação à *Legística*. Embora esse último ramo também compartilhe algumas das preocupações legisprudenciais, não pretende uma explicação mais teórica sobre os atributos da racionalidade do processo de elaboração legislativa, nem pretende construir uma teoria geral das razões para a justificação das leis. Seu âmbito é mais "prático".

Sendo um dos domínios da teoria da legislação, o principal foco da *legística* está no desenvolvimento e compilação das regras gerais sobre a feitura das leis, as suas divisões, a sua sistemática e a sua linguagem (desde uma perspectiva formal), bem como da concepção de ferramentas analíticas capazes de auxiliar o passo a passo do processo de tomada de decisão legislativa e aperfeiçoar sua substância (*legística material*).

Bem entendido esse campo, mais uma vez, tem-se que a não observância das pautas *legísticas* não se presta a "macular de inconstitucionalidade" o produto final, isto é, a lei. A *legística* não faz parte da Constituição. Suas "regras" sequer jurídicas são (no máximo, são *soft law*). Consubstanciam "boas práticas". São recomendações aos legisladores. Têm caráter meramente auxiliar. Mesmo a "legalização" das diretrizes *legísticas* não resolve de todo o problema fundamental sobre a imperatividade.

Tanto é que a LC nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o artigo 59, parágrafo único, da Constituição, é clara ao instituir em seu artigo 18 que "*eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento*". É um indicativo claro que o direito positivo brasileiro não considera a qualidade *legística* como aspecto de validade formal das leis.

Além disso, como comentado acima, persiste uma considerável dificuldade metodológica (e uma verdadeira deturpação) na utilização da legisprudência e da *legística* para examinar a validade das normas, já que essas disciplinas não foram pensadas para servir de parâmetro de controle judicial.

Pois bem. Nada obstante toda essa explicação que se acaba de dar, o próprio STF, na semana passada, incorreu no tipo de distorção aqui denunciada. Por ocasião do julgamento das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que têm por objeto as regras que instituem o juiz de garantias, durante a leitura de seu voto, o ministro Luiz Fux afirmou que os dispositivos impugnados padecem do que chamou de "*erros legísticos*" para justificar seu entendimento de um vício de inconstitucionalidade formal. Para quem quiser conferir, o trecho está a partir do momento 1:16:04 do [vídeo](#) da sessão do último dia 22 de junho.

Após reclamar que a lei teria sido votada de *maneira muito açodada*, o ministro afirmou que o modelo de juiz de garantias adotado pela Lei nº 13.964/2019 teria desobedecido o devido processo legislativo constitucional substantivo. (Mais uma vez, precisamente como criticado [aqui](#), não foi apontado um artigo específico da Constituição que tivesse sido violado.)

O vício de inconstitucionalidade "formal" chamado pelo ministro de *erro legístico* decorreria de que a previsão atacada teria sido incluída de maneira súbita e sem prévia discussão, implementando alteração fundamental no projeto, discrepante de sua concepção originária. As modificações teriam sido inseridas "de surpresa" quando já estavam concluídos os debates sobre o Pacote Anticrime. (Mais um parêntese: o próprio ministro reconhece que a previsão foi incluída no substitutivo apresentado pelo relator em



plenário e devidamente votado pelos parlamentares.)

O ministro reclama que *não houve qualquer consideração de legística* e que os dispositivos impugnados padecem de graves e notórios *erros legísticos*, inobservando o "*dever de cuidado*" e definição legal da matéria, além de "*incoerências, incongruências, incompatibilidades e desproporcionalidades*" presentes na lei. Tais erros foram apontados como "*inadmissíveis e inescusáveis em matéria de tamanha importância*". Ao ler seu voto, o ministro usou as exatas palavras destacadas e ainda discordou da "importância" que os legisladores deram ao juiz de garantias, em detrimento de outras matérias.

Na ilustração de um dos *erros legísticos* em concreto, apontou o artigo 3º-C do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019. O ministro afirmou que o dispositivo teria violado o "*dever de clareza e rigor textual das leis*", instaurando dúvida relevante sobre o momento em que cessa a competência do novo juiz de garantias. Eis o teor do referido dispositivo: "*A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código*". Ocorre que a referência ao art. 399 seria equivocada, pois essa última norma trata do início da instrução processual, depois de já recebida a denúncia.

(Último parêntese: hipoteticamente, uma remissão mal feita pode, sim, ser responsável pela inconstitucionalidade de uma lei. Por exemplo, se implica a alteração de uma determinação normativa da Constituição sobre a matéria. Mas uma remissão com mero erro material, que pode ser contornado perfeitamente pelos métodos de interpretação, não deveria assumir a relevância de inconstitucionalidade.)

Na segunda parte da sessão, o ministro ainda trouxe argumentos como a violação do princípio da proporcionalidade, a consideração das reflexões oriundas da economia comportamental, entre outros que já não serão comentados com maior detalhe agora por razões de tempo e espaço. O que importa é chamar a atenção para mais esse vício na abordagem dos problemas do processo legislativo: a crença de que as regras legísticas são os únicos valores (ou os critérios mais importantes) na definição das escolhas legislativas.

Não se discorda que clareza, simplicidade, facilidade de compreensão pelos destinatários são elementos importantes para a legislação. Mas não se pode negar que outros fatores podem acabar influenciando o processo decisório dos legisladores, especialmente jogos políticos. Existe a [vagueza estratégica](#). Não se vai desenvolver o tema na coluna de hoje, mas não seria equivocada reconhecer um certo "analfabetismo legislativo" na insistência em considerar qualquer imperfeição na redação legislativa como desprezo, descaso e descuido da boa técnica legislativa e afronta à Constituição.

Esse equívoco, somado ao anterior já apontado (confusão entre validade jurídico-formal e *validade legisprudencial*), representam uma distorção dos campos teóricos da legisprudência e da legística. Esses entendimentos tendem a caminhar em paralelo à postura da "expertocracia" de alguns segmentos acadêmicos que desmerecem decisões legislativas que não foram pautadas em "critérios estritamente científicos", que ainda insistem na obsoleta diferença entre decisões "técnicas" e "políticas" e pretendem "agencificar" os parlamentos, convertendo-os em agências reguladoras.

Os atributos da legislação racional são complexos, devem levar conta diversos fatores legísticos e legisprudenciais, são graduais (não binários), e por vezes meramente tentativos, porque podem sofrer com as variações das circunstâncias de fato. Por isso, não faz sentido falar em "erro" ou "acerto" de



---

decisões legislativas dentro do espaço constitucionalmente permitido de conformidade do legislador. Em resumo, toda essa agenda de estudos é importante e interessantíssima, mas não deve ser usada para avaliar (ou confundida com) a constitucionalidade da legislação.

[1] WINTGENS, Luc J. *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Aldershot: Ashgate publishing, 2012, p. 305.

### **Meta Fields**