



INCONGRUÊNCIAS ENTRE O PACOTE ANTICRIME E A LEI MARIA DA PENHA: CONTRIBUTOS À LUZ DE DUGUIT, HECK E KANTOROWICZ

Solon Flores Bessony de Sousa

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (BA).

RESUMO

O presente artigo visa abordar o debate que surgiu com a edição da Lei nº 13.964/2019, o “Pacote Anticrime” sobre sua incompatibilidade com a Lei nº 11.340/2006, a “Lei Maria da Penha”, analisando o “Juiz de Garantias” à luz das teorias hermenêuticas de Duguit, Heck e Kantorowicz no contexto entre a violência doméstica ou familiar contra mulheres e a imparcialidade do órgão jurisdicional nos moldes de um processo penal acusatório. Com base no método hipotético-dedutivo, em que se faz o levantamento de hipóteses e sua submissão à técnica de falseamento, além de pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo, constata-se que, conforme referido arcabouço teórico do Sociologismo francês e alemão, especialmente quanto aos critérios interesses, da Massa de Espíritos e do Direito livre, deve-se melhor adequar a neutralidade do juiz de garantias a fim de compatibilizar a garantia de presunção de inocência do investigado junto com o combate à violência de gênero.

Palavras-chaves: Pacote Anticrime. Lei Maria da Penha. Léon Duguit. Philipp Heck. Hermann Kantorowicz.

*“The movies I watched when I was a kid
The hopes and the dreams
Don't give credit to the real things
I love the movies”
(Weyes Blood)*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a analisar as recentes alterações realizadas pela Lei 13.964/2019, o “Pacote Anticrime”, no processo penal brasileiro, em especial nos processos tutelados pela Lei nº 11.340/2006, a “Lei Maria da Penha”, uma vez que uma das inovações da referida lei foi a vedação das iniciativas do juiz na fase de investigação, conforme novo art. 3º-

A do Código de Processo Penal (CPP), o que impacta diretamente na decisão sobre as medidas cautelares nos processos judiciais.

Uma das maiores medidas de eficácia da tutela judicial nos processos que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha é a possibilidade de concessão de prisão preventiva disposta em seu art. 20 em qualquer fase da investigação ou da instrução processual, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, o que, por sua vez, contraria a nova disposição da atuação do órgão jurisdicional no projeto normativo-institucional do “juiz de garantias” de 2019.

O que, num primeiro momento, representa um mero conflito aparente de normas, facilmente resolvido pelas técnicas de especialidade, subsidiariedade, entre outras, poderia representar, em verdade, um retrocesso social no combate ao feminicídio e à violência de gênero no Brasil, não mais permitindo a tutela de uma proteção à mulher em condição de vítima de violência doméstica e familiar na fase pré-processual da investigação policial.

O contratempo se intensifica quando do episódio do dia 22 de janeiro de 2020, quando o Min. Luiz Fux, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, todas ajuizadas em face da Lei n. 13.964/19, suspendeu a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal). A figura do Juiz de Garantias, introduzido no Brasil pela Lei nº 13.964/2019 que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, que representaria uma mudança na jurisdição fiel ao sistema penal acusatório, resta agora sem aplicabilidade, devendo-se seguir, até que a Suprema Corte decida a questão, o modelo original do CPP/41.

Uma das propostas de política criminal da nova lei foi de aperfeiçoar a moldura acusatória do processo penal brasileiro, marcada pelas competências investigativas não pertencerem mais ao juiz, sendo transferidas ao Ministério Público, que passa a realizar a investigação criminal com a Polícia. Num modelo acusatório, como o do processo penal pátrio, ao juiz compete agora somente o julgamento, sem extrapolar os limites imparciais de suas atribuições, como decidindo algumas questões *ex officio* ou ainda interferindo na produção de provas que, destarte, ele mesmo aprecia e valora.

Dentro dessa seara, o juiz de garantias emergiu-se com a proposta de ser um agente jurisdicional dentro da fase de investigação, havendo, dessa forma, um juiz no procedimento administrativo no inquérito policial (e investigações correlatas) e outro no julgamento, momento processualizado de fato. A efetivação desse modelo demanda, por outro lado, a

instalação de mecanismos de conhecimento baseados em audiências, o que reforça a oralidade no processo, fazendo jus aos traços consensuais trazidos pela ideologia do Pacote Anticrime.

Ademais, ele recebe essa denominação - “de garantias” - porque desempenha a missão de preservar as garantias processuais fundamentais daqueles que têm contra a si uma investigação policial, sobretudo a presunção de inocência, além de representar uma postura investigativa do Estado que se desenvolve dentro dos limites da legalidade, sem que isso demonstre qualquer favorecimento à defesa ao acusado, evitando ferir o juiz natural e a imparcialidade, é claro.

Essa novidade necessita, contudo, não só de estudos para ser implantada, até mesmo porque esse segundo fator - da oralidade - ainda é muito precário e escasso, mas também de uma mudança de mentalidade sobre o fundamento acusatório do processo penal, não obstante as mudanças de infraestrutura no Judiciário brasileiro. Sem antecipar o julgamento, o juiz de garantias é a figura desenhada para decidir sobre questões que exijam um pronunciamento judicial na etapa de investigação, como a decretação de medidas cautelares, reais ou pessoais, por exemplo, sempre a pedido do órgão acusatório.

Nesse diapasão, muitos problemas passam a ser constatados em sua introdução no ordenamento brasileiro, além do prazo de *vacatio legis* apertado de apenas 30 dias, desrespeitando completamente a razoabilidade exigida pela Lei Complementar nº 95/1998, sendo perceptível um impasse de criação de despesa pública sem previsão orçamentária. Com a implementação desses novos mecanismos, é imprescindível que se estructure serventias judiciais para as varas de garantias, não obstante o incremento na remuneração por acumulação de funções que deve ser pago aos juízes.

Nesse sentido, não obstante os problemas em seu desenho institucional, pode-se apontar incongruências com o próprio ordenamento, colidindo com outras regras processuais e normas jurídicas, a exemplo do embate entre sua regulamentação e as medidas prescritas na Lei nº 11.340/06. É o que se objetiva analisar, sem desprezar, em momento oportuno, uma abordagem interdisciplinar entre a dogmática e o Sociologismo jurídico, avaliando melhores contornos para o Juiz de Garantias no processo penal cujo sujeito passivo é vítima de violência doméstica.

O presente artigo objetiva investigar o dogma da neutralidade do órgão jurisdicional frente às lides que envolvem violência de gênero doméstica e familiar, contexto o qual permite-se indagar se o juiz de garantias, figura criada com o propósito de garantir tal equistância das

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

partes, é hermeneuticamente viável ou não nesses casos, valendo-se para sua construção, assim, do método hipotético-dedutivo idealizado por Karl Popper, por meio do qual são identificados problemas nos conhecimentos prévios e, partindo deles, são construídas hipóteses a fim de que sejam testadas quanto a sua confirmação ou não.

Dessa forma, submeter-se-á a presunção de inocência a qual o juiz de garantias busca oferecer à técnica de falseamento com os aparatos teóricos que o Sociologismo francês e alemão possibilitam. Antes, todavia, requer-se uma melhor contextualização entre a atual sistemática do ordenamento processual penal brasileiro, especialmente no tocante à possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva.

2 O DEBATE EM TORNO DO INCISOS “V” E “VI” DO ART. 3º-B DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DO JUIZ DE GARANTIAS NA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 13.964/2019 acrescentou ao CPP/41 a figura do juiz das garantias, sendo ele 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” (BRASIL, 2019); prestigiando, dessa forma, a separação da iniciativa probante da atividade de valoração, como se vê:

A separação entre juízo das garantias e juízo processante (*juicio* oral) ainda impede a contaminação do órgão julgador do mérito por elementos investigativos dos quais não pode nem deve ter conhecimento. Esse incremento técnico não decorre da desconfiança em relação à pessoa do juiz, mas do esclarecimento jurídico-científico segundo o qual a imparcialidade não é um atributo subjetivo ou personalíssimo do julgador, mas uma equidistância argumentativo-contraditorial que o terceiro desinteressado, por isso legítimo decisor, precisa manter em relação aos interessados (partes) no caso (BARROS *et al*, 2020, p. 3).

O CPP/41 prevê então, a partir de 2019, acertadamente, um órgão jurisdicional capaz de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado na primeira fase da persecução penal, aplicando a norma penal violada da forma mais equidistante possível. O próprio dispositivo que o inaugura, inclusive, irá listar matérias próprias de sua competência, como, por exemplo, o disposto nos artigos 3º-A e 3º-B da Lei nº 13.964/2019:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é 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, competindo-lhe especialmente:

(...)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (...)

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo (BRASIL, 2019).

Dentre as competências do juiz de garantias elencadas no rol do novo art. 3º-B - não exaustivo, diga-se de passagem -, destaca-se o pronunciamento judicial sobre o requerimento de prisão provisória, podendo o juiz de garantias decidi-lo, substituí-lo ou prorrogá-lo, surgindo, por conseguinte, choque entre a disposição do CPP vedando a prisão cautelar de ofício pelo juiz de garantias e a disposição da Lei nº 11.340/06, a “Lei Maria da Penha”, que a permite, em benefício à condição da mulher vítima de violência doméstica.

Na atual sistemática do ordenamento processual penal brasileiro, após as Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08 e a discussão acerca das prisões provisórias resultantes de pronúncia e sentença condenatória de 1º grau, tem-se que há duas espécies desse instituto cautelar: a prisão temporária e a prisão preventiva, sendo ao juiz vedado decretar qualquer uma delas *ex officio*, segundo a Lei nº 12.403/11. Ocorre que, por outro lado, a Lei Maria da Penha, em seu art. 20, dispõe que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial” (BRASIL, 2006), contrapondo-se diretamente àquela impossibilidade.

Com a edição do Pacote Anticrime e diante de tal conflito, a doutrina e os operadores do Direito começaram a debater se, segundo o critério da especialidade, a norma mais específica prevaleceria sobre a norma mais genérica, o que tornaria possível afirmar que, nos casos tutelados pela Lei Maria da Penha, ainda estaria vigente a norma que permite a decretação *ex officio* da prisão provisória. Há apoiadores nesse sentido, mas, por outro lado, há também doutrina, em especial a de Rogério Sanches Cunha, que defende não haver antinomia no presente contexto, prevalecendo o novo imperativo da vedação de prisão cautelar *ex officio*, no seguinte sentido:

Ocorre que o art. 20 da Lei Maria da Penha não contém, em absoluto, nada de especial em relação ao Código de Processo Penal. Trata-se, antes, de mera transcrição, quase que completa, da redação original do art. 311 do CPP. (...). Já que é assim, alterada a redação do art. 311 do CPP, tem-se, por consequência lógica, que essa mudança deva incidir também sobre a Lei Maria da Penha, para se concluir que, não mais é dada ao juiz a possibilidade de decretação, de ofício, da prisão preventiva do agressor (CUNHA, 2020, p.83).

Ocorre que o modo de resolver esse conflito pela mera dedução lógica entre normas, ignorando a própria razão de ser da Lei Maria da Penha, não deve prosperar, sob pena de representar um retrocesso na luta contra a violência doméstica e familiar contra a mulher e, em última análise, na própria luta política do movimento feminista. Isso tudo é invocado porque, de fato, preliminarmente poderia se entender tratar de um conflito aparente entre normas, porém, aparente como é, isso tudo mascararia a ideologia do próprio Judiciário brasileiro que, com a edição da Lei nº 13.964/2019, permite agora o enfraquecimento de medidas cautelares à satisfação da integridade das mulheres, como o próprio levantamento feito pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ilustra:

Em 2017, segundo dados desse Conselho Nacional de Justiça, divulgados no relatório “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria Da Penha”, 452.988 casos envolvendo violência doméstica contra a mulher chegaram aos Tribunais de Justiça do Brasil. Segundo o “Anuário de Segurança Pública de 2019”, foi registrado um caso de violência doméstica a cada dois minutos no País no ano de 2018, tendo havido, nesse período, 263.067 casos de lesão corporal dolosa contra vítimas de violência doméstica.

Segundo o serviço de utilidade pública oferecido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), o Ligue 180 (Central de Atendimento à Mulher), foram recebidas 92.663 denúncias de violações contra mulheres em 2018. Já nos primeiros seis meses de 2019, o canal recebeu 46.510 denúncias (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2020, p. 7).

Para se aprofundar na controvérsia, requer, ainda, ressaltar a natureza sistêmica da violência contra a mulher arraigada na sociedade brasileira, o que põe como necessária a adoção de políticas públicas efetivas como aparato do Estado para combater tais práticas, contrapondo-se veementemente contra quaisquer medidas que apresentar-se-ão como empecilho para a erradicação destas condutas.

No intento de contribuir com uma solução que melhor resolva o caso, o que demanda tocar necessariamente no ponto da violência estrutural, convém buscar propostas no Sociologismo jurídico para assertivamente empreender uma hermenêutica judicial em prol da dignidade da pessoa humana e imparcialidade do juiz, princípios que podem ilustrar os valores de cada lado desse embate. É o que se passa a demonstrar.

3 PROPOSTAS (E SOLUÇÕES) HERMENÊUTICAS DO SOCIOLOGISMO DE DUGUIT, HECK E KANTOROWICZ

Antes de se debruçar sobre cada uma das propostas doutrinárias elencadas no título, convém contextualizar a Escola do pensamento jurídico do Sociologismo. O Sociologismo comporta vários autores, não havendo um consenso sobre quais seriam os sociologistas ou não. Para não entrar nessa polêmica, tratar-se-á aqui daqueles que compartilham de um critério de juridicidade que deve guiar tanto o legislador quanto, principalmente, o juiz, pautado na relevância dada à dimensão empírica, confrontando um modelo de pensamento mais idealista, como o pensamento da Jurisprudência dos Conceitos, forte expoente do Juspositivismo alemão.

Com o marxismo e a Revolução Industrial, há todo um cenário favorável para se fazer uma crítica à validade meramente formal do Direito, já que antes o conteúdo era inquestionável, como, por exemplo, na Exegese francesa. Esses autores, em alguma medida, se preocupam com uma justiça social e em combater o discurso de um direito puramente formal, um direito que não se incomoda com o conteúdo das normas.

Os sociologistas são pensadores que atuam como reação aos efeitos de Escolas conceitualistas anteriores, como a Escola de Exegese, o Pandectismo de Georg Puchta e Windscheid, seus excessos de idealismos e o formalismo normativo. A preocupação com os efeitos nocivos da vertente conceitualista fez com que o Direito se voltasse mais para o social, havendo uma aproximação ao plano do “ser” em reação às teorias anteriores, muito focadas no “dever-ser”, que gerou um desajuste entre o direito positivo e os fatos sociais.

As principais vertentes sociológicas são as dos teóricos Jhering, Heck e Kantorowicz na Alemanha; Duguit e Gény na França; Holmes e Pound nos Estados- Unidos. Destaca-se também no mesmo país os trabalhos de Gray e Llewellyn, realistas ligados a um projeto de que o cientista do Direito deve se basear no que ele encontra de empírico e factível na atividade jurisprudencial de dado juiz, sendo as outras fontes uma mera expectativa de direito, já que este somente se encontrava de forma concreta e individualizada após a atividade hermenêutica do juiz.

Para este trabalho, contudo, faz-se um recorte nas visões do Sociologismo francês de Léon Duguit e no alemão de Philipp Heck e Hermann Kantorowicz, analisando o tópico do juiz

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

de garantias na tutela da Lei nº 11.340/06, pontuando a relação entre as normas do Pacote Anticrime e da Lei Maria da Penha.

Iniciando o percurso pelo Sociologismo francês, Duguit (*apud* COSTA, 2008, p. 259) constrói sua teoria partindo da postura empírica do positivismo sociológico de Comte e Durkheim para tratar sobre o Direito, dando bastante importância aos fatos. Junto a isso, ele se aproxima a uma linha de pensamento coletivista, destinando importância aos interesses da coletividade em detrimento dos interesses individuais.

A questão sobre a titularidade de cada direito foi baseada em sua teoria na inadmissibilidade do livre exercício daquele direito, fazendo jus à uma visão coletivista deste, que só é garantido para o sujeito porque contribui para uma finalidade que é coletivamente interessante. Nessa linha, o direito tem que servir para algo socialmente. Assim, é o aspecto da contribuição social do exercício daquele direito que deve ser destacado, não o de direito subjetivo, porque o sujeito possui um dever em relação à coletividade de exercer o seu direito de maneira compatível com uma função social eleita pelo Direito. Se não for assim, não se reconhece aquele direito.

Esse é um traço funcionalista de seu pensamento que compreende o Direito como um instrumento e mecanismo de direcionamento social para conseguir dada finalidade, um modelo mais prospectivo que abarca posturas teleológicas e instrumentalistas tanto para o legislador quanto para o juiz. Duguit compreende que o legislador somente edita leis, mas não cria o direito. Dessa forma, essas leis somente declaram normas que já existem antes mesmo da sua edição. As normas surgem espontaneamente do hábito e da vida social, sendo que o legislador somente identificaria essas normas e as formularia em um dispositivo de lei. Ele entende que as normas surgem espontaneamente e o legislador somente identifica essas normas que já existem e as enuncia por meio da lei.

Não há mais um traço convencionalista no seu pensamento, uma autorização para o legislador para que ele crie a lei que quiser, de acordo com o conteúdo que quiser. Ele não está livre para fazer opções políticas (DUGUIT, 1901, p. 3-5). O problema desse tópico é sobre o que constitui a normatividade do Direito, o que faz um hábito social se tornar norma. O legislador vai aferir se dado comportamento é compatível com a norma jurídica quando as pessoas, ao verem alguém transgredir aquele comportamento, se inconformarem com tal ato. Assim, o nível de indignação com a transgressão é o que revela se a norma infringida é norma jurídica ou algum outro tipo de norma, moral, de etiqueta, dentre outras.

É a partir daqui que Duguit formula seu conceito de “Massa dos Espíritos”, uma “norma social qualquer se torna norma jurídica no momento em que a massa dos espíritos tem o sentimento de que o respeito dessa regra é essencial à solidariedade social e que ela reclama a sanção organizada da autoridade, do Estado” (AZAMBUJA, 1949, p. 116).

Seu conceito de “Massa dos Espíritos” significa, então, diferentemente do *Volkgeist* (o “Espírito do Povo”) savignyano, a contribuição da massa popular propriamente dita, não da elite intelectual. Logo, a massa dos espíritos é a percepção do senso comum sobre o que é importante para o Direito; é o critério utilizado para se definir o que é jurídico e o que não é. Nesse sentido, o comportamento habitual e a indignação diante do comportamento incomum – a Massa dos Espíritos – é o que permite observar e compreender como a população vê determinado assunto.

A título de curiosidade, uma possível crítica que se faz a Duguit, ao defender seu funcionalismo, é o de acusá-lo de cometer a chamada falácia naturalista, um raciocínio que vai ter a aparência de sustentável, mas que, em vias de fato, não é logicamente sustentável, como, por exemplo, a atividade filosófica dos sofistas. A falácia naturalista é a falácia por meio da qual se pretende derivar um dever-ser a partir de um ser. Duguit, na tentativa de derivar normas a partir de fatos (seguindo uma lógica de: comportamento habitual + indignação = Massa dos Espíritos), falha ao postular que somente é norma o que é hábito, sendo que pode haver um hábito que não tenha normatividade, no sentido de perpetuidade de exercício pelas pessoas (“as pessoas não devem continuar fazendo”).

No fundo, o autor quer tratar o hábito como uma fonte que irá revelar a juridicidade, mas que esse reconhecimento ainda cabe a uma autoridade competente: o legislador. Esse, por meio de um ato de vontade, reconhece no plano do ser hábitos que são desejáveis, sendo tutelados pelo Direito, e indesejáveis, sendo vedados pelo Direito. Por isso a crítica do pensamento de Duguit ser ainda conservador. É por esse motivo que Duguit vai dizer que o juiz, se identificar que o Legislador não está devidamente percebendo a normatividade em determinada situação, pode afastar o texto do legislador. Esse seria uma espécie de “controle de habitualidade” que, em nome da justiça e da função social, afasta a lei, se ela não estiver compatível com o que é observado na habitualidade social. Daí a fama do sociologismo dar muita importância para a jurisprudência, pois, ao se afastar da fonte do legislador, ele se inclina para a fonte do juiz, correndo sempre esse risco de desequilíbrio.

Entretanto, após essa breve contextualização, torna-se relevante para este trabalho adequá-la à seguinte indagação: o senso retributivo atribuído à violência doméstica é suficiente para enquadrá-lo como “Massa dos Espíritos” no Brasil? O que já é possível verificar, de antemão, é a relação entre um senso de impunidade e o binômio necessidade/efetividade das medidas cautelares de ofício.

Duguit oferece um grande contributo para afirmar que o Pacote Anticrime representaria um retrocesso ao combate ao feminicídio, por conta da indignação comum da coletividade acerca da necessidade de combate à violência doméstica contra a mulher. Não obstante os perigos de se considerar a opinião pública num processo penal, o que o sociologismo duguitniano oferta é a necessidade da política criminal se adequar às condições empíricas e reais, em detrimento de um valor abstrato e inalcançável de neutralidade do magistrado. Outrossim, Kantorowicz é assertivo nesse último ponto, como se verá.

Tal raciocínio, destarte, poderia ser feito também com o “Espírito do Povo” de Karl Von Savigny, porém, além da finalidade de congruência com os demais autores adotados neste trabalho, preferiu-se focar na abordagem sociologista em detrimento da historicista. Ademais, há de se convencionar também que:

É preciso estar atento para o fato de que o povo de cuja vontade Savigny fala não é a população real dos reinos germânicos, pois o *Volksgeist* não é apreendido por meio de uma análise sociológica dos anseios da nação. (...) o povo não é, para Savigny, de modo algum a realidade política e social de uma nação histórica, mas um conceito cultural ideal – a comunidade espiritual ligada por uma cultura comum (COSTA, 2008, p. 207).

Caminhando para as vertentes sociológicas alemãs, avalia-se agora a Escola da Jurisprudência dos Interesses de Heck e a Escola do Movimento do Direito Livre de Kantorowicz. O termo “Jurisprudência dos Interesses” é, na verdade, uma terminologia para se contrapor à Jurisprudência dos Conceitos, que acabou se tornando um termo pejorativo (HECK *apud* PESSÔA, 2002, p. 27). O pensamento de Heck é uma continuidade do pensamento da Jurisprudência pragmática de Jhering, dando prosseguimento à ideia do Direito num cenário de embates de vários interesses.

O interesse aparece no pensamento de Heck como: causa de surgimento da lei (I); objeto de regulação da lei (II); e como critério de interpretação da lei (III). Heck tem uma visão causalista dos fatos, o que alguns acham que se assemelha ao positivismo sociológico de Durkheim, por exemplo, vendo a criação da norma como um fator causal. A luta pelos interesses

seria, então, a causa do surgimento das normas, e a partir do momento em que ela for criada, ela objetiva tutelar os interesses que ganharam essa disputa no plano político. Por isso, numa atividade hermenêutica, o intérprete deve levar em conta os interesses que serviram como base para a criação daquela norma, razão pela qual é um objeto de regulação daquela lei (HECK, 2018, p. 59-60).

Apesar de uma visão prospectiva da interpretação, ele retorna seus trabalhos à busca da “vontade do legislador”, ainda que um pouco mascarada, tratando o legislador como um elemento mecânico, despersonalizando-o, sem crer na criação da norma como um ato de convenção.

Aproveitando a passagem, torna-se oportuno distinguir a “vontade do legislador” da “vontade da lei”. Nesse tópico, Karl Larenz (1997, p. 445), analisando o histórico da Jurisprudência como uma Ciência normativa, vê na literatura jusfilosófica e metodológica do século XIX duas vertentes teóricas possíveis para a interpretação jurídica: a primeira, a *volunta legislatoris* ou “vontade do legislador”, uma teoria subjetivista consistente na indagação da vontade histórico-psicológica do legislador; e a segunda, a *volunta legis* ou “vontade da lei”, de cunho objetivista que explora a norma no sentido que é inerente à própria lei.

Apesar de ser possível detectar expoentes para cada uma das correntes, convém explicar que o sentido não é homogêneo entre os autores, apresentando cada um uma forma personalizada de abordagem hermenêutica. Exemplificadamente, para os exegetas franceses, a *volunta legislatoris* era vista, de maneira mediata, como afirmação de uma pretensão universalista da razão daquele que é competente para falar em nome do povo (ou da “nação”, na linguagem de Siéyes), enquanto que, para o historicismo alemão savignyniano (pelo menos na fase denominada doutrinariamente de “Savigny I”), a mesma vontade do legislador era vista como um parâmetro histórico-material e consolidado para definir os institutos e instituições jurídicas.

Ademais, esses dois conceitos não são delimitados em sua suficiência de forma a exaurir outros artefatos hermenêuticos, muito menos são excludentes, podendo coexistir no pensamento de alguns autores. No tocante às fases de pensamento de Savigny, por exemplo, vontade real do legislador histórico, foi-se substituindo a figura de um legislador concreto para a vontade racional de um legislador fictício, num processo intelectualivo artificial, “pois chamar de legislador uma figura idealizada a esse ponto não passava de uma forma argumentativamente

palatável de retirar do centro do pensamento hermenêutico as referências à vontade do legislador” (COSTA, 2008, p. 226).

Essas interseções entre os dois conceitos, como afirma Alexandre Araújo Costa (2008, p. 227), “não instaura uma mudança de perspectiva, pois a intenção da lei é uma expressão evidentemente metafórica: a *voluntas legis* passa a ser uma metáfora para falar do sentido correto da lei”. No entanto, é uma distinção que não mais importa no seu sentido original, pois a função hermenêutica de reconstrução dos sentidos de subjetividade real ou ideal (o legislador histórico ou o legislador racional, respectivamente), encontra-se, em verdade, com a determinação de um sentido objetivo para as palavras e termos presentes na norma positiva.

Assim, Heck (2018, p. 73-74) irá se referir à vontade do legislador com a chamada “designação englobante dos interesses causais”, porque o legislador não escolhe criar a norma, ele é somente o intermediário entre a causa, o interesse provocando o espaço político, e a consequência, a criação da norma pelo sistema político. Nesse sentido, a criação da lei é um ato político, mas o resultado dessa deliberação é um ato a ser inserido no mundo jurídico: a lei. O legislador é somente o elo entre essas duas dimensões, como ocorre, por exemplo, no momento de elaboração de uma Assembleia Constituinte, episódio no qual há a interdimensionalidade do político e jurídico.

Assim, quando se gera uma perturbação no sistema para que ele pratique certo tipo de ato, há de se falar num sistema político irritado. Logo, pode-se dizer que, para Heck, os interesses irritam o sistema político e, quando essa irritação é forte demais, o sistema político responde criando uma lei que vai ser embutida no sistema jurídico, servindo de parâmetro para o juiz julgar. A crítica que Torpoco (*apud* HECK, 2018, p. 32-33) faz aqui é o descuido de Heck ao negligenciar certos fatores no sistema político, já que ele despersonaliza o legislador.

O hermeneuta, na verdade, não se refere à vontade do legislador, mas sim a uma questão de legitimação, buscando o que gerou a criação na norma pelo legislador – os interesses –, cuja leitura, conseqüentemente, leva o intérprete à realidade social. Isso que permite a atividade hermenêutica atualizadora de certos dispositivos como o conceito de “mulher honesta”, a ideia de “bons costumes”, a permissão do aborto do feto anencéfalo, dentre outros.

Ainda, Heck faz uma distinção entre o sistema interno e externo do Direito para demonstrar que a Jurisprudência dos Conceitos era insuficiente ao construir somente um sistema externo (algo similar à pirâmide dos conceitos de Georg Puchta). Heck, com base nisso, enuncia que a construção de um ponto referencial conceitual e metodológico pode até ajudar a

organizar a atividade do intérprete, mas não o permite fazer uma interpretação adequada, sendo, portanto, insuficiente.

Dessa forma, o Direito não se esgota na autorreferência, pois ao lado desse sistema externo (conceitos do sistema que ajudam a compor o ordenamento), o cientista deve observar também o sistema interno, a conexão entre os interesses tutelados pelo ordenamento, conexão esta feita pelas normas. Dessa forma, a lógica do ordenamento deve ser teleológica/finalística, e somente estaria concluída se estivesse voltada para o social. Nesse diapasão, um aspecto relevante para o caso em comento neste trabalho que foi seguido pela Jurisprudência dos interesses foi a deslocação do “eixo do problema da pessoa do legislador, da sua decisão livre, para a sociedade, como verdadeiro ator, corresponde a exigência de pesquisar os interesses causais que presidem a esta última” (LARENZ, 1997, p. 61).

Ora, não é o outro o interesse da lei Maria da Penha senão o do combate à violência doméstica contra a mulher, cabendo ao juiz (de garantias ou de instrução e julgamento) sempre se lembrar do interesse que perpassa a lide. Sendo as normas jurídicas uma solução aos conflitos de interesses na sociedade, a relação entre interesses e normas, além de ser dúplice, se fazendo presente tanto na compreensão das normas como produtos dos interesses sociais, quanto, por outro lado, no objetivo de regular os choques existentes entre os vários interesses conflitantes, elas impõem que seja levado em conta a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações.

Pela Jurisprudência dos Interesses de Heck, esses desejos e aspirações nunca podem perder-se de vista, funcionando com o verdadeiro fim (interesse, no caso) que norteia a elaboração dos conceitos e das normas jurídicas, em especial o art. 20 da Lei nº 11.340/06, que diz que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial” (BRASIL, 2006).

Desenvolvendo a linha argumentativa a Kantorowicz, seu pensamento vai de embate aos Conceitualistas (Jurisprudência dos Conceitos) ao dizer que a vontade do juiz precede qualquer tipo de método. Para tanto, ele faz a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. No campo da epistemologia, o contexto de descoberta é a maneira como o indivíduo constrói a sua teoria, enquanto o contexto de justificação diz respeito ao modo como esse mesmo sujeito pretende justificar racionalmente essa teoria.

A justificação racional da teoria se dá com base nos testes e experimentos que ele realizou. A distinção entre esses dois momentos, agora no campo do Direito, depende do papel do juiz. O contexto de descoberta é o momento no qual o juiz tem o impulso de decisão para a escolha do justo (em outras palavras, “o justo é isso aqui”), ao passo que o contexto de justificação é a maneira como ele vai explicitar sua decisão e construir a sentença – fundamentar racionalmente a decisão.

Kantorowicz (*apud* WARAT, 1997, p. 80) estabelece que o que determina a decisão do juiz é o impulso que o julgador tem no momento em que se quer decidir, a intuição de justiça do juiz. Ele nega, então, o paradigma de se pensar com base num método ao adotar um pensamento em que primeiro se julga para depois buscar uma espécie de fundamento racional. Daí que a vontade vem antes do racional, conforme dito anteriormente. Não há, portanto, como se comprovar a qualidade daquela justificação, pois, para ele, o juiz não deve se preocupar com isso. Sua decisão seria irracional, apesar da roupagem do contexto de justificação, independentemente de qualquer método.

Seguindo essa linha de ideias, o hermenauta alemão (*apud* FERRERA, 1987, p. 166) estaria antecipando a conclusão dos pensadores do final do séc. XX de que o método não controla a decisão, ele vem sempre retrospectivamente. A diferença dele para esses outros pensadores é que ele se limitava ao problema do formalismo conceitual dos Conceitualistas, por isso que ele considera um espaço tão abrangente para atividade hermenêutica do juiz, para evitar tanta rigidez para o legislador e a lei.

O chamado “direito livre” em sua teoria é o direito produzido pela esfera não-estatal, produzido espontaneamente pelo povo (se assemelha com a massa de espíritos de Duguit). Assim, se o que o povo pensa que for mais justo do que o legislador diz, escolhe-se a decisão do povo. Destarte, Kantorowicz objetivou buscar “a existência de um direito livre anterior, vivo e espontâneo, contraposto ao direito ditado pelo Estado, criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela atividade dos tribunais e pela ciência do Direito” (COSTA, 2008, p. 279). Daí sua caracterização como pluralista, ao admitir uma fonte social produtora de direito, uma normatividade alternativa.

Tudo isso poderia ser utilizado para se afirmar uma correlação entre Kantorowicz e o juiz de garantias porque, ao reconhecer que o juiz necessariamente decidiria em primeiro lugar para depois justificar sua escolha, o que o Pacote Anticrime tentou realizar foi conter essa arbitrariedade, garantindo à atividade judicial maior segurança, coerência e previsibilidade. No

entanto, trata-se de uma falácia. Não obstante o apontamento feito por Acioli, Sorrilha e Iizuka (2020, p. 279) de que “para conceder uma medida cautelar pela Lei Maria da Penha não tem que ter investigação, então não é necessário haver juiz de garantias”, não é suficiente vedar atividades *ex officio* do magistrado como manobra a conter a arbitrariedade do “primeiro decido, depois justifico” para cumprir com a proposta do sociologismo alemão. É imperioso observar o “direito livre”.

Tal movimento, partindo da impossibilidade de se construir uma metodologia que garantisse a justiça da decisão, defende a incumbência do juiz de buscar livremente a decisão equitativa, dentro da mencionada categoria. Ora, como comenta Carmem Heim de Campos (2011, p. 5-7), o que o movimento social, enquanto espaço fértil para surgimento do “direito livre”, impõe ao direito é a nova compreensão do sujeito de direito “mulher”, de forma conceitualmente (re)construtiva e moralmente aberta. Aliás, a possibilidade de deslocamentos discursivos “permite pensar que o direito não é monolítico, abre-se a fissuras, reposicionamentos e reconstrução de gênero. Por isso, pode-se pensar na disputa política pela reconstrução do sujeito dentro do sistema jurídico e fora dele” (CAMPOS, 2011, p. 6), lembrando diretamente das perspectivas sociológicas alemãs, principalmente a de Heck.

Imperativo a se observar, sobretudo pela influência do sociologismo de Philip Heck, é, então, a questão muito sensível da violência contra a mulher, que merece ser tratada com prioridade e respeito, indo desde:

O oficial de justiça que deve estar preparado para não expor um agressor durante uma intimação (pois isso pode ter repercussões irreversíveis em relação à vítima e ao próprio agressor) até o juiz de uma vara da infância que deve compreender que mais eficiente do que se valer do ECA para retirar uma menina vítima de violência de sua casa e abriga-la em uma instituição é se valer da Lei Maria da Penha para retirar o agressor do lar (CASONI, PERUZZO, 2020).

Ante o exposto, com base no recorte metodológico e epistemológico nas visões do Sociologismo francês de Léon Duguit e do alemão de Philip Heck e Hermann Kantorowicz, espera-se ter demonstrado que a recepção do juiz de garantias pelo Direito Penal, especialmente no tocante à tutela da Lei Maria da Penha, carece de melhores contornos, até mesmo para não se tornar uma “inconsistência científica”, como afirma Abel Fernandes Gomes (2010, p. 104), de modo a ser possível compatibilizar os valores da presunção de inocência e modelo acusatório de persecução penal sem sacrificar a proteção da integridade da mulher que é vítima de

violência doméstica, principal beneficiada pelas medidas cautelares com a possibilidade de serem aplicadas *ex officio* da Lei Maria da Penha.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela apressada edição e curto prazo de vacância para adaptação, o juiz de garantias carece de uma série de normatizações para sua inserção no Poder Judiciário. A lei somente cuidou de regular suas novas competências dentro da investigação do processo penal, mas sequer se atentou ao seu desenho institucional, não respondendo como deve se dar a criação desse cargo, o possível rodízio apontado, a reorganização dos magistrados, bem como prever suas consequências também no plano social e não somente no plano normativo.

Razão pela qual a própria AMB já sinalizou que a implantação do juiz de garantias não se mostra adequada nos processos envolvendo o Tribunal do Júri e a Lei Maria da Penha, principalmente, quanto a esta última, pelo empobrecimento que se dará na persecução dos infratores envolvidos em violência de gênero.

Outrossim, é reconhecível o prestígio, e até mesmo necessidade, da criação de um mecanismo que assegure a imparcialidade e a garantia de presunção de inocência do investigado, direito fundamental constitucionalmente previsto. Todavia, jamais deve-se priorizar inadequada e desnecessariamente um direito sacrificando o outro, raciocínio de um dos grandes méritos do juízo de proporcionalidade alexyano, julgando os princípios como mandamentos de otimização, em face da ponderação e do juízo de qualidade dworkiniano.

Complementando essas posturas, e até mesmo dada a especificidade proposta neste trabalho, a partir do pós-positivismo de Alexy, o valor da neutralidade do juiz já deve ser reformulado, dada a imposição do Sociologismo francês e alemão. Deve-se, na verdade, buscar a compatibilização dessa nova figura com a lógica do sistema jurídico pré-estabelecido, se atentando a essas correções necessárias, de modo que, num processo tão especializado como o que ocorre nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, faça valer o imperativo constitucional da dignidade da pessoa humana e de uma justiça equitativa.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Ingrid Pinheiro; SORRILHA, Lorena Ferrer; IIZUKA, Sarah Alexandre. A Implantação do Juiz de Garantias no Ordenamento Jurídico Brasileiro e seus efeitos sobre a lei Maria da Penha. **ETIC-Encontro de Iniciação Científica**, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8636>. Acesso em: 15/01/2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Ao Grupo de Trabalho, do Conselho Nacional de Justiça, Destinado a analisar os Impactos da Lei nº 13.964/2019**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-integra-manifestacao-amb.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

AZAMBUJA, Darcy. Ligeiros reparos à teoria de Duguit. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 1, 1949, p. 114-120.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de *et al.* NOTA TÉCNICA. **Sobre a implantação do juízo das garantias e do juízo colegiado de primeiro grau no sistema jurisdicional penal brasileiro, conforme as Leis Federais 13.964/2019 e 12.694/2012**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/F2F112C6DDCC15_dpujuizgarantias.pdf. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 20/09/2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 1-12.

CASONI, Laura Freitas; PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Juízes da garantia e a Lei Maria da Penha**. 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/01/20/juizes-da-garantia-e-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei nº 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

DUGUIT, Léon. **L'Etat, le droit objectif et la loi positive**. Fontemoing, 1901. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=WeBDAQAAMAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=duguit&ots=mkbuguISTK&sig=QbSYd0HUdFie3cOAL1121DdH8cY#v=onepage&q=duguit&f=false>. Acesso em: 14 mai. 2021.

FERRERA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das Garantias”: inconsistência científica; mera ideologia— como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. 1ª ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito**. (Interpretação da lei: temas para uma reformulação). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. I.

INCONGRUENCES BETWEEN THE BRAZILIAN ANTICRIME LAW AND THE BRAZILIAN “MARIA DA PENHA” LAW: CONTRIBUTIONS OF DUGUIT, HECK AND KANTOROWICZ

ABSTRACT

This article aims to address the debate that emerged with the publication of the Law nº. 13.964/2019, the Brazilian “Anti-Crime Law” on its incompatibility with the Brazilian Law nº. 11.340/2006, the “Maria da Penha Law”, analyzing the “Guarantee Judge” in the light of the hermeneutical theories of Duguit, Heck and Kantorowicz in the context of the dilemma between domestic or family violence against women and the maximum impartiality of the judicial state structure along the lines of a criminal accusatory model of process. Based on the hypothetical-deductive method, in which hypotheses are surveyed and submitted to the falsification technique, in addition to a qualitative bibliographic research, it appears that, as referred to the theories of

French and German Sociologism, especially with the standard of interests, of the Mass of Spirits and of Free Law, the neutrality of the Guarantee Judge in order to compatible the guarantee of the presumed innocence of the investigated along with the fight against gender violence.

Keywords: Brazilian Anticrime Law. Brazilian “Maria da Penha” Law. Léon Duguit. Philipp Heck. Hermann Kantorowicz.