

OS RETROCESSOS DE UMA INOVAÇÃO IRREFLETIDA: A LEI Nº. 14.321/2022 COMO FENÔMENO DO POPULISMO PENAL LEGISLATIVO

*THE REGRESSIONS OF A THOUGHTLESS INNOVATION: LAW
Nº. 14.321/2022 AS A PHENOMENON OF LEGISLATIVE PENAL
POPULISM*

Matheus de Quadros

UEPG

Ângela de Quadros Mongruel

UEPG

Resumo

Este artigo objetiva analisar se a Lei nº. 14.321/2022 pode ser explicada pelo chamado fenômeno do populismo penal e se, caso positivo, quais foram as consequências disso para fins de qualidade de produção de política pública criminal. A lei ora mencionada foi resultado do clamor popular causado pelo processo criminal popularmente conhecido como “Caso Mariana Ferrer”, criando o tipo penal de violência institucional. Utilizou-se no presente caso do método dedutivo, pois partirá da análise do conceito populismo penal e também das melhores práticas de vitimologia, para então verificar se o caso em estudo, correspondente à criação da Lei nº. 14.321/2022, encaixa-se em alguma das perspectivas analisadas. Para a consecução dos fins do trabalho foi realizada pesquisa de cunho qualitativo e descritivo, tendo sido usados majoritariamente meios de pesquisa bibliográficos indiretos. Conclui-se que a Lei nº. 14.321/2022 pode ser considerada como influenciada pelo populismo penal, o que afetou da qualidade da lei confeccionada, vez que se trata de retrocesso em relação às leis anteriormente positivadas sobre o mesmo tema e em relação à produção científica do tema.

Palavras-Chave

Violência institucional. Populismo penal. Lei nº. 14.321/2022

Abstract

This article aims to analyze if the Law nº. 14,321/2022 was an object of the criminal populism and, if so, what were the consequences of this for the quality of

production of criminal policy. The law mentioned above was the result of the popular outcry caused by the criminal process popularly known as the “Mariana Ferrer Case”, creating the criminal type of institutional violence. In the present case, the deductive method was used, as it will start from the analysis of the phenomenon of penal populism and also from the best practices of victimology, to then verify if the case under study, corresponding to Law n.º. 14.321/2022, fits into one of the analyzed perspectives. In order to achieve the purposes of the work, a qualitative and descriptive research was carried out, having been used mostly indirect bibliographic research means. It is concluded that Law n.º. 14.321/2022 was the object of the phenomenon of penal populism and that this affected the quality of the law made, since it is a setback in relation to the laws previously made about the same topic and in relation to the scientific production about this theme.

Keywords

Institutional violence. Penal populism: Law n.º. 14,321/2022.

INTRODUÇÃO

Em 01/04/2022 foi sancionada pela Presidência da República a Lei n.º. 14.321/2022, a qual trouxe o tipo penal de violência institucional, correspondente à sanção de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa para o ato de submeter vítima de infração penal ou testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade situação de violência doméstica ou outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização.

A lei acima mencionada foi resultado do clamor popular causado por um incidente num processo que investigava a suposta prática de crime de estupro de vulnerável contra a pessoa de Mariana Ferrer. A postura agressiva do advogado de defesa em relação à vítima, e uma certa complacência por parte dos demais atores processuais (Juiz e Promotor de Justiça), explicitados no vídeo da audiência,

amplamente veiculado na imprensa, causou indignação generalizada e fora do ambiente forense.

Durante a instrução processual, o caso recebeu ampla cobertura midiática em virtude do suposto comportamento dos atores processuais responsáveis pelo caso.

Entendeu-se à época que a instrução processual foi um processo de humilhação à vítima do caso. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, declarou que as cenas da audiência eram estarrecedoras, que o sistema de Justiça jamais poderia compactuar com a “tortura” e humilhação de vítimas e testemunhas e que os agentes envolvidos deveriam ser responsabilizados, inclusive por se omitirem (CASTRO, 2020).

Em virtude da repercussão gerada por este caso, criou-se o Projeto de Lei nº 5091, de 2020, o qual explicita na sua justificativa a audiência de instrução ocorrida no Caso Mariana Ferrer (BRASIL, 2020, p. 2).

Em que pese o Projeto de Lei tenha permanecido parado por quase um ano, entre a data de 21/12/2020 e 27/10/2021, quando foi encaminhado pelo Plenário do Senado Federal à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), deu-se acelerado trâmite ao processo legislativo do projeto após a designação do relator responsável na CCJ em 07/03/2022, sendo realizadas todas as votações necessárias em ambas as casas do Congresso e sancionada a lei pela Presidência da República em menos de um mês, tornando-se então a Lei nº. 14.321/2022, objeto deste artigo (SENADO FEDERAL, 2022).

Contudo, questiona-se se esse trâmite apressado para a promulgação da lei foi a melhor escolha para fins de política pública e de política criminal.

Este artigo objetiva verificar se o conceito sociojurídico do populismo penal pode explicar a criação do recente tipo penal de violência institucional e quais as consequências disso.

Além disso, objetiva também o presente artigo verificar se a escolha feita pelo Legislativo (e sancionada pelo Executivo) foi uma escolha de política criminal alinhada com o consenso científico atual sobre o tema de revitimização ou se a lei ora discutida foi fruto da pressão midiática, da pressão legislativa e da tentativa de agradar o público votante, eventualmente provocando até certo retrocesso legislativo em relação aos encaminhamentos que as normativas vinham dando à questão da inquirição de vítimas e testemunhas de crimes.

Para a consecução dos fins acima descritos, a presente pesquisa se configura de acordo com a classificação de Marconi e Lakatos (2003), como qualitativa e exploratória por visar obter uma visão mais ampla acerca de determinado fato, que neste caso corresponde aos possíveis efeitos do fenômeno do populismo penal na construção da Lei nº. 14.321/2022 e de que forma isso afetou o objeto final da legislação ora discutida.

Ademais, a presente pesquisa faz uso do método dedutivo, pois partirá da análise do conceito do populismo penal e também das melhores práticas de vitimologia, para então verificar se o caso em estudo, correspondente à Lei nº. 14.321/2022, encaixa-se em alguma das perspectivas analisadas, de modo a permitir as seguintes conclusões: se o populismo penal influenciou na Lei nº. 14.321/2022 e também se a Lei nº. 14.321/2022 está em consonância com as melhores práticas sob a ótica da vitimologia, trazendo efeitos positivos ou mesmo negativos.

Para a construção do referencial teórico que fundamenta as reflexões deste artigo foi utilizado, o procedimento metodológico de

pesquisa bibliográfica, de modo a confrontar o caso em tela com as melhores reflexões e conclusões propostas pela doutrina especializada.

1. O POPULISMO PENAL LEGISLATIVO NO BRASIL E A LEI Nº. 14.321/2022

A utilização de um caso concreto como inspiração de projeto de lei de matéria penal ou processual penal repressivo não é algo inédito no Brasil. Diversos são os exemplos de legislações que foram explicitamente inspiradas em casos com repercussão midiática. Como exemplos desse fenômeno, é possível citar as seguintes leis: Lei nº. 8.930/1994 (inspirada no chamado Caso Daniella Perez); Lei nº. 12.650/2012 (inspirada no chamado Caso Joanna Maranhão); Lei nº. 12.737/2012 (inspirada no chamado Caso Carolina Dieckmann); Lei nº. 13.772/2018 (inspirada no chamado Caso Rose Leonel), dentre tantos outros exemplos.

Nesse sentido, relevante a conclusão trazida pela pesquisadora Laura Frade em sua tese de doutoramento ao concluir que a mídia é a principal fonte de informação dos legisladores sobre assuntos de criminalidade e que essa conduz a ação do Congresso Nacional na criação de matéria penal (2007, p. 171-178).

Contudo, questiona-se se é, do ponto de vista sociojurídico, uma produção legislativa pautada pela pressão midiática, em torno de casos específicos de grande repercussão.

Mais que isso, questiona-se se esse uso reiterado, quase que automático, do Direito Penal como panaceia de todos os problemas trazidos pela sociedade e pela mídia é algo eficaz.

Ao conceito desse fenômeno da criação legislativa penal lastreada no clamor popular alimentado pela mídia, dá-se o nome de populismo penal ou de populismo punitivo.

Nos termos da doutrina de Alejandro Nava Tovar, populismo punitivo é:

o discurso político que pretende acabar com a criminalidade e a percepção de impunidade mediante o aumento das penas e dos tipos penais encarceradores, valendo-se para isso das notícias dos meios de comunicação e do rancor de certos grupos sociais ou da cidadania em geral contra a delinquência, com o objetivo de obter dividendos eleitorais em época de eleições ou legitimidade em situações de crise social, ainda que as ditas medidas não sejam efetivas para combater a criminalidade (2021, p. 42, tradução nossa)¹.

Em outras palavras, pretende o estudo do populismo punitivo analisar uma espécie de discurso político que objetiva resolver os problemas da criminalidade e da impunidade com a ampliação e o recrudescimento do Direito Penal.

Ainda, nos termos das lições de John Pratt, o populismo penal se alimenta da raiva das pessoas contra o suposto *establishment* da Justiça Penal (2007, p. 12).

¹ Trecho original: “*el discurso político que pretende acabar con la criminalidad y la percepción de impunidad hacia los criminales mediante el aumento de las penas y los delitos que ameriten penas privativas de libertad, valiéndose de las noticias de los medios de comunicación amarillistas y el rencor de ciertos grupos sociales o de la ciudadanía en general hacia la delincuencia, con el objetivo de obtener dividendos electorales en tiempos electorales o legitimidad en situaciones de crisis social, aun cuando dichas medidas no sean efectivas para combatir la criminalidad*”.

Portanto, trata-se a figura do *establishment* da Justiça Penal como termo propositalmente abstrato, o qual abrange todos aqueles que compõem a justiça criminal e agem de modo contrário aos interesses dos representantes dos ideários populistas, supostos representantes do povo contra a elite antagônica (TOVAR, 2021, p. 36-37).

Tais características descritas se consubstanciam em um “passo-a-passo” da ampliação do Direito Penal por meio do populismo penal, descrito em quatro momentos político-punitivos do populismo penal por Alejandro Nava Tovar (2021, p. 42-43):

- 1) Divulgação de ideias populistas punitivistas mediante os meios de comunicação, visando à instauração de um clima de medo;
- 2) Irradiação de discursos na sociedade que provoquem uma sensação de rancor contra as supostas ameaças à segurança e à paz social;
- 3) Captação pelos políticos, da ideia de insegurança e insatisfação com a criação de legislações penais irracionais;
- 4) Expectativa de que, sob pressão da mídia, os juízes aplicarão maiores penas privativas de liberdade.

De modo semelhante aos momentos político-punitivos descrito por Tovar, descrevem Luiz Flávio Gomes e Luís Wanderley Gazoto como provas do populismo penal legislativo brasileiro alguns fatores empíricos notados em diversos projetos de lei analisados pelos autores (GOMES; GAZOTO, 2020, p. 20):

(a) as exposições de motivos dos projetos de lei quase sempre sem a prévia apresentação de dados empíricos que sustentem as posições;

(b) o apelo exagerado do valor ético-moral da proteção estatal ao interesse em questão, sem fazer referência a critérios de proporcionalidade;

(c) a explicitação de que suas preocupações decorrem de leituras de jornais e de influência da mídia;

(d) a utilização de aumento de penas e a incidência de aplicação de tipos penais para temas que envolvem proteção de menores, mulheres, idosos e outras minorias;

(e) a focalização em temas que tiveram forte presença na mídia nos últimos anos e

(f) a influência do rigor penal em um mesmo grau de intensidade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, bem como em todos os principais partidos políticos.

Nota-se das ideias de autores como Tovar, Pratt e Gomes e Gazotto um padrão comum desse fenômeno, em que pese cada um dos autores analise o fenômeno do populismo pena a partir de país(es) diferente(s).

Assim, cabe verificar se o processo legislativo que gerou a Lei nº. 14.321/2022 se encaixa nos mesmos padrões comuns descritos pelos autores como identificadores do fenômeno do populismo penal.

Inicialmente, importante mencionar o fato de a lei objeto deste trabalho ser atrelada à proteção de um grupo politicamente minoritário, correspondente às mulheres.

Em que pese o fato do fenômeno do populismo punitivo ser geralmente atrelado ao Movimento Lei e Ordem, profundamente relacionado ao movimento neoconservador de direita americana, tem-se que o populismo punitivo não é uma tendência de apenas um espectro ideológico.

Como aponta John Pratt, o populismo penal pode se apresentar como reacionário ou progressista, ou seja, por setores ideológicos da esquerda ou da direita (PRATT, 2007, p. 20-23).

Nesse sentido, relevante o estudo sociológico construído por Jesus-Maria Silva Sánchez sobre o que esse chama de Expansão do Direito Penal. Nos termos da análise do doutrinador espanhol, o movimento de expansão do Direito Penal não se deu exclusivamente pelos neoconservadores do Movimento Lei e Ordem, mas também por diversos outros fatores, a exemplo do que esse chama de gestores atípicos da moral (SÁNCHEZ, 2013, p. 33 et. seq).

Nesse sentido, classifica o autor como gestores atípicos da moral:

as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra a propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo), ou em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação dos direitos humanos em outras partes (SÁNCHEZ, 2013, p. 82),

os quais encabeçam a tendência de ampliação do Direito Penal para tutelar seus interesses por meio do que o autor chama de governos de esquerda política (SÁNCHEZ, 2013, p. 82-86).

Assim, não é surpreendente que um dos temas que está ganhando mais atenção na expansão do Direito Penal no Brasil seja justamente a proteção das minorias sociais, correspondente ao grupo que Sánchez chamou de gestores atípicos da moral.

Nessa senda, de acordo com levantamento quantitativo realizado pelos professores Luiz Flávio Gomes e Luís Wanderley Gazoto, a temática mais recorrente entre leis penais no período de 1940 até 2019 foi a proteção dos grupos minoritários vulneráveis, como grupos étnicos, mulheres, crianças e idosos, sendo esse o maior objeto da expansão penal nos últimos anos (GOMES; GAZOTO, 2020, p. 170-171 e 251-252).

Logo, a criação de (mais uma) legislação de recrudescimento penal em favor das minorias políticas é indicativo inicial do fenômeno do populismo penal.

Além disso, da análise dos estudos realizados pela doutrina especializada, mister também mencionar o papel da mídia como vetor do presente caso e o visível impacto que essa teve na pressão social exercida pelas massas.

Os fatos que motivaram a criação da lei objeto deste artigo foram repercutidos não apenas nos maiores portais de notícias e jornais do país (Folha de São Paulo, Estadão, O Globo, dentre outros), mas também tiveram espaço nos programas jornalísticos mais vistos do país, a exemplo do Jornal Nacional (GLOBOPLAY, 2020).

A ampla difusão do caso pela mídia, divulgando cenas da audiência de instrução do caso, preencheu o primeiro momento político-punitivo descrito por Tovar (2021, p. 42-43).

Após, a grande repercussão do caso foi também acompanhada de grande onda de indignação, com fortes declarações sobre a necessidade de punição do advogado que representou a defesa do réu, o que preencheu o segundo momento político-punitivo descrito por Tovar (2021, p. 43).

Nessa senda, destaca-se de forma amostral que, após a divulgação da sentença nos veículos de mídia, o caso ganhou as mídias sociais, com a *hashtag* #justicapormariferer ocupando a seção de

assuntos mais comentados (*trending topics*) da rede social Twitter (ALVES, 2020).

Apenas uma semana depois de os fatos ganharem a supramencionada repercussão midiática, redigiu-se o Projeto de Lei nº. 5091, de 2020, visando à criminalização da chamada violência institucional, o que demonstra uma rápida resposta apresentada por atores políticos e também se coaduna com o terceiro momento político-punitivo descritos na classificação elaborada nos estudos de Alejandro Nava Tovar.

Salta aos olhos a exposição de motivos do Projeto de Lei nº. 5091, de 2020 ser lastreada exclusivamente na menção explícita do Caso Mariana Ferrer. Essa limitação do conteúdo do Projeto de Lei não apenas demonstra o “emergencialismo” do projeto de lei, como também aparenta demonstrar ser fruto de irreflexão empírica ao não se filiar em sua exposição a estatísticas e estudos científicos.

Limita-se o Projeto de Lei a mencionar que “é inconcebível que os agentes públicos, operadores do direito, não tenham em momento algum utilizado de suas posições para coibir a atitude inaceitável da defesa” (BRASIL, 2020, p. 2) e que “é importante que este parlamento dê uma resposta que ajude a coibir a prática da violência institucional” (BRASIL, 2020, p. 3), sem perpassar por noções de proporcionalidade e do uso do Direito Penal como *ultima ratio*.

Conforme já mencionado alhures, nota-se dessa forma o preenchimento também do terceiro momento político-punitivo descrito por Tovar, correspondente ao fato dos políticos tentarem captar essa ideia de insegurança e insatisfação com a criação de legislações penais (2021, p. 43).

Assim, da análise do caminho perpassado para a construção do populismo penal para os autores, nota-se que o processo de criação da Lei nº. 14.321/2022 se enquadra de maneira perfeita aos três primeiros

atos do populismo penal descritos por Alejandro Nava Tovar. Quanto ao quarto passo, referente à aplicação de penas mais severas pelo judiciário, esse escapa do escopo do presente trabalho, pois perpassaria por uma análise da jurisprudência ainda a ser construída sobre essa lei.

Além disso, nota-se também que a trajetória de criação da Lei nº. 14.321/2022 também se coaduna com os fatores mencionados por Luiz Flávio Gomes e Luís Wanderley Gazoto correspondentes a supostas provas do populismo penal legislativo brasileiro, a exemplo da ausência de dados empíricos, do grande apego ao conteúdo midiático e ao objeto de proteção desse novo tipo penal (2020, p. 20).

Contudo, nota-se que, nos termos na doutrina de John Pratt, há mais uma característica visível na ideia de populismo penal, correspondente à ideia de anti-intelectualidade, ante ao fato de o debate populista sobre crime e punição envolver mais a emoção do que a racionalidade. (2007, p. 17).

Em outras palavras, é típico do populismo penal a utilização do sistema penal como resposta, sem refletir as análises propostas pelo que Pratt chama de *establishment* da Justiça Penal (PRATT, 2007, p. 12-20), correspondente aos membros dos órgãos da Justiça Penal e aos estudiosos do Direito Penal.

Essa mesma noção de simplificação dos discursos e das soluções pode ser encontrada como característica geral do populismo, eis que é uma tendência do populismo difuso a simplificação da realidade e de seus complexos desafios (ROSANVALLON, 2020, p. 65).

Assim, resta questionar se além de todas as características acima mencionadas, referentes ao populismo penal na visão de Alejandro Nava Tovar e de Luiz Flávio Gomes e Luís Wanderley Gazoto, há também no caso da Lei nº. 14.321/2022 o traço de anti-intelectualismo, descrito por John Pratt.

Para isso, deve-se verificar se a solução adotada pelo legislador encontra respaldo no consenso científico concernente ao objeto da lei.

2. AS ALTERNATIVAS PARA A REDUÇÃO DE RISCOS DE VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E A LEI Nº. 14.321/2022.

A coleta de depoimentos é regida por princípios implícitos que buscam mitigar o caráter ótencial danoso da prova testemunhal (especialmente diante de vítimas e testemunhas vulneráveis), tão importante para o ordenamento pátrio, como os princípios da clareza, da celeridade, da objetividade e da cortesia (KLEIN FILHO; PEREIRA JÚNIOR, 2021, p. 4).

Dessa forma, é de grande interesse salvaguardar o princípio da cortesia para evitar perguntas vexatórias ou ofensivas, de forma a resguardar a dignidade das testemunhas em meio à necessidade de relato e reconstrução processual dos fatos em exame.

Assim, não se nega a importância de confecção de medidas que garantam a proteção de vítimas e testemunhas em seus depoimentos.

Além disso, com exceção do nicho da doutrina que se enquadra dentro da corrente do abolicionismo penal, não se nega a imprescindibilidade da existência do Direito Penal na sociedade atual, eis que nem sempre os outros ramos do Direito poderão dar uma resposta eficiente às lesões aos bens jurídicos considerados mais relevantes.

Contudo, apesar das tendências atuais de expansão do Direito Penal, ainda preserva-se a noção iluminista do Direito Penal como *ultima ratio*.

Em outras palavras, apesar da imprescindibilidade do Direito Penal, dever-se-ia recorrer a esse ramo apenas em casos de comprovada ineficácia de todo e qualquer outro meio alternativo, de

modo que o Direito Penal fosse demonstrado como uma resposta adequada à ineficácia de outras instâncias.

Como forma de aferir esse parâmetro, recorreu a presente pesquisa à revisão bibliográfica de estudos sobre os temas referentes à violência institucional, principalmente nos crimes com vítima de crimes sexuais e contra crianças e adolescentes, as quais gozam de uma condição especial de vulnerabilidade.

Dessa forma, seria possível verificar se a criação do tipo penal de violência institucional foi uma medida coerente ao princípio basilar da intervenção mínima do Direito Penal.

Nesse sentido, necessária a menção de estudos realizados internacionalmente, os quais apresentam sólidos resultados sobre o melhor caminho a ser trilhado e sobre quais caminhos não se mostraram eficientes no que diz respeito à proteção das testemunhas e das vítimas em casos de violência institucional.

Inicialmente, menciona-se que é forte a ideia de que restrições aos questionamentos realizados pelos defensores não são hábeis a resolver o problema do sistema do *cross-examination*, pois esse sistema por si pressupõe uma natureza combativa, no qual o defensor é colocado no papel de fazer tudo ao seu alcance para a defesa do seu cliente (ZYDERVELT et al., 2016, p. 566).

Durante pesquisa realizada com levantamento de casos de estupro entre os anos de 1950 a 2011 na Austrália e Nova Zelândia, concluíram os pesquisadores que, em que pesem as diversas e profundas reformas legislativas, pouco houve de alteração na essência da abordagem dos advogados na defesa dos acusados (ZYDERVELT et al., 2016, p. 565).

Mais que isso, há estudos que desaprovam o uso do método de inquirição do *cross-examination* como um todo, ante a existência de evidências que o método de confronto tende a fazer que as

testemunhas modifiquem seus depoimentos de forma significativa após serem confrontadas com questionamentos com características típicas do *cross-examination*, tais como perguntas que questionam a credibilidade da testemunha ou que adotam teor sugestivo (ZAJAC et al., 2012, p. 197).

Assim, em oposição à mera limitação do modelo tradicional de coleta de depoimento, algumas sugestões são abordadas pela literatura especializada como forma eficiente do Estado salvaguardar as testemunhas vulneráveis.

Sobre, recorrentes são as sugestões sobre: utilizar um terceiro para intermediar as questões oriundas do *cross-examination*; a coleta do depoimento da vítima ou testemunha mediante sistema remoto de vídeo; a preparação psicológica das vítimas e testemunhas para os depoimentos e a modificação da estética da sala de depoimentos para que se torne um ambiente mais acolhedor, dentre outras medidas (CRAIG, 2016, p. 232-243) (LEE et al., 2019, p. 19-22) (ZAJAC et al., 2012, p. 194-197).

Nesse sentido, importante a menção à Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, a qual estabelece diretrizes acerca dos direitos e da proteção das vítimas de crimes.

Dentro do art. 23 da mencionada Diretiva são destacadas algumas medidas para a proteção das vítimas com “necessidades específicas de proteção”, as quais se encontram em linha com os estudos acima mencionados, quais sejam (JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 15-16):

- a) As inquirições à vítima devem ser realizadas em instalações concebidas ou adaptadas para o efeito;
- b) As inquirições à vítima devem ser realizadas por profissionais qualificados para o feito ou com a sua

- assistência;
- c) Devem ser tomadas medidas para evitar o contato visual entre as vítimas e os autores do crime, nomeadamente durante os depoimentos, mediante o recurso a meios adequados, como tecnologias de comunicação;
 - d) Devem ser tomadas medidas para permitir que a vítima seja ouvida na sala de audiências sem nela estar presente, nomeadamente através do recurso a tecnologias de comunicação adequadas, dentre outras.

Assim, nota-se a existência de uma plethora de medidas possíveis que seriam mais recomendáveis que a mera limitação da produção de prova dentro da sistemática do *cross-examination*.

Em consonância com a ideia de leis que melhor se adequam aos estudos mencionados neste tópico, pode-se citar a Lei nº. 13.431/2017, a qual instituiu os procedimentos de escuta especializada e depoimento especial.

Inspirado no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, essa lei visa proteger crianças e adolescentes, os quais tenham sido vítimas ou testemunhas de violência de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor dos fatos ou mesmo com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento (LIMA, 2020, p. 772).

Em ambos os institutos criados pela Lei nº. 13.431/2017, disciplinados entre os arts. 7º a 12 dessa, recomenda-se realizar a colheita do depoimento da criança ou adolescente por meio de profissional especializado, em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência (arts. 9º. e 10 da Lei nº. 13.431/2017).

Mais especificamente tratando do depoimento especial, tem-se que esse será o procedimento padrão perante autoridade policial ou judiciária de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência (art. 8º. da Lei nº. 13.431/2017).

O depoimento especial, ao substituir o formato do depoimento regular disciplinado no Código de Processo Penal para a criança ou o adolescente vítima ou testemunha de violência, traz diversas garantias que bem se adequam às inovações supramencionadas.

Nesse sentido, garante a lei que o depoimento especial será feito a partir da livre narrativa sobre a situação de violência pelo adolescente ou pela criança, com intervenções a serem realizadas exclusivamente pelo profissional especializado quando necessário para permitir a elucidação dos fatos (art. 12, incisos I e II da Lei nº. 13.431/2017).

Ainda, como forma de evitar o cometimento de violências contra a vítima ou a testemunha (nos termos descritos pela Lei nº. 14.321/2022), garantiu a lei que, após a realização da livre narrativa pela criança ou adolescente, eventuais questionamentos complementares feitos pelo Ministério Público, pela defesa, por assistente de acusação ou por assistentes técnicos passariam pelo crivo de pertinência do Juízo (art. 12, incisos IV da Lei nº. 13.431/2017).

Após ter o Juízo considerado quaisquer perguntas relevantes, esse as remeteria para o profissional especializado, o qual poderá adaptá-las para uma linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente (art. 12, incisos V da Lei nº. 13.431/2017).

A vítima ou testemunha, nos termos do art. 10 da Lei nº. 13.431/2017 e do art. 12, inciso III da mesma lei, encontrar-se-á em espaço próprio, o qual garantirá sua privacidade. Dessa forma, apenas as perguntas deferidas pelo Juízo chegarão ao conhecimento da criança ou adolescente, já em uma linguagem adaptada pelo profissional especializado.

Assim, ao contrário da Lei nº. 14.321/2022 que apenas punirá os transgressores após a violência ter sido realizada, tem-se nesse caso uma metodologia preventiva, que sequer permitirá à vítima ou à testemunha sofrer qualquer violência institucional, pois a ela não chegarão questionamentos invasivos, desnecessários e desrespeitosos.

Por fim, relevante a menção da utilização da tecnologia, de modo que prevê o art. 12, inciso III da Lei nº. 13.431/2017 que o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência.

Essa medida se mostra de grande valia, pois zela pelo bem estar da vítima ou testemunha ao mesmo tempo em que garante o direito ao contraditório do acusado, tratando-se de adequado sopesamento de valores.

No mesmo caminho da Lei nº. 13.431/2017, cita-se também a Lei nº. 13.505/2017, a qual também trouxe forma especial de depoimento na Lei nº. 11.340/2006.

Nos termos da Lei nº. 13.505/2017, é direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado e ininterrupto, prestado por servidores preferencialmente do sexo que tenham sido previamente capacitados.

Ademais, essa lei trouxe outros direitos à mulher vítima de violência doméstica, dentre os quais: salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente; garantia de que a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas não terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições e a realização da inquirição em recinto projetado com equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida (arts. 1º. e 2º. da Lei nº. 13.505/2017).

As leis acima mencionadas estão em consonância com instrumentos que foram sugeridos por pesquisadores, criando circunstâncias que, ao menos em tese, dificultam a violação ao princípio da cortesia em sede da produção dos depoimentos e a violação do direito fundamental à dignidade das testemunhas e da vítima.

Ainda, nota-se que o legislador brasileiro rumava em um caminho alinhado às produções científicas na área ao criar modalidades de depoimento com instrumentos alternativos de obtenção da prova oral apenas cinco anos antes da criação da Lei nº. 14.321/2022.

Dessa forma, em vez de limitar as possibilidades de realização dos depoimentos produzidos pelo modelo do *cross examination*, optou o legislador nas legislações positivadas em 2017 em adotar outro modelo, de cunho interventivo, semelhante ao presidencialista, o qual permite adaptar as perguntas e o rumo do depoimento a uma maneira que não seja traumática à testemunha ou à vítima.

Não se vislumbra razão para a ausência de expansão das medidas adotadas em sede das Leis nº. 13.431/2017 e 13.505/2017 para outros casos em que a vítima fosse considerada pessoa vulnerável, como foi o próprio caso Mariana Ferrer.

Assim, poder-se-iam expandir as boas práticas positivadas pelas leis acima mencionadas para outros casos que não apenas aqueles que se enquadrassem como vítimas e testemunhas crianças ou adolescentes ou mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar.

Contudo, diante da pressão midiática e pública exercida, entendeu o legislador por não continuar no caminho previamente trilhado com diplomas legais como a Lei nº. 13.431/2017 e a Lei nº. 13.505/2017, utilizando dessa vez o Direito Penal como política pública para satisfazer as massas.

Assim, constata-se a concretização de fenômeno que Jesus-Maria Silva Sánchez nomeou como descrédito de outras instâncias de proteção, o qual corresponde à noção de que outras esferas como o Direito Civil e o Direito Administrativo perderam sua noção de viabilidade para a sociedade em geral, restando apenas o Direito Penal como “único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização” (SÁNCHEZ, 2013, p. 75-79).

Logo, como resposta ao questionamento trazido no fim da primeira parte deste trabalho, observa-se que a Lei nº. 14.321/2022 de fato traz também o traço de anti-intelectualidade, nos termos mencionado por John Pratt, na medida em que caminha em sentido contrário ao das políticas públicas propostas pelo meio acadêmico e também de legislações já positivadas pelo legislador em oportunidades anteriores. Mais que isso, nota-se na presente pesquisa que a Lei nº. 14.321/2022 não apenas caminha em desacordo com a existência de outros mecanismos mais eficientes e da noção de Direito Penal como *ultima ratio*, mas também caminha com uma técnica jurídica que é considerada problemática para a ciência do Direito Penal, conforme se constata a seguir.

3. A LEI Nº. 14.321/2022 E POSSÍVEIS RETROCESSOS ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIAS.

A Lei nº. 14.321/2022 adentra em áreas consideradas sensíveis às garantias inerentes ao Direito Processual Penal, ao Direito Penal e mesmo ao Direito Constitucional.

Na medida em que a lei tenta proteger amplas situações do que chama de violência institucional, tem-se que essa acaba por adentrar no que a doutrina chama de tipos penais demasiadamente abertos, os

quais são vistos de maneira problemática pelos autores com visão mais crítica.

Conceituam-se os tipos penais abertos como casos em que o legislador não individualiza totalmente a conduta proibida, cabendo ao juiz completar a individualização do tipo penal a partir de normas legais ou éticas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 390). É o caso da lei objeto do presente trabalho.

Reza o novo tipo penal de violência institucional que será vedado submeter a vítima de infração penal (ou seja, qualquer crime ou contravenção penal) ou as testemunhas de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos. Contudo, não há especificação legal do que seria um procedimento desnecessário, repetitivo ou invasivo, ficando essa valoração ao talante da discricionariedade do Ministério Público e do Juízo em caso de eventual instauração de inquérito policial e/ou ação penal.

De igual modo, abre o tipo penal exceção à vedação a submeter as vítimas e testemunhas a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, permitindo que esses sejam realizados quando estritamente necessários.

Inicialmente, salta aos olhos a redação contraditória da lei ao trazer que são permitidos procedimentos desnecessários quando esses forem estritamente necessários.

Porém, mais que isso, novamente o legislador deixa ao talante dos órgãos acusatório e julgador entenderem o que é um procedimento estritamente necessário.

Entretanto, questiona-se: é estritamente necessário para qual fim e para quem? Para a defesa do réu? Para a hipotética busca da verdade real? Para a satisfação do direito ao confronto? Todas as alternativas?

Prevê a Constituição da República o direito à **ampla** defesa aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5º., inciso LV, da Constituição da República) e o direito à **plena** defesa no rito do Tribunal do Júri (art. 5º., inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição da República).

Assim, nos processos criminais e principalmente naqueles regidos pelo rito do Tribunal do Júri, caso entenda o defensor ser necessária ao exercício da defesa a exposição de vítimas ou testemunhas a procedimentos repetitivos ou invasivos, seria a conduta atípica?

Parece ser essa a melhor interpretação teleológica do novo tipo penal, mas que ao mesmo tempo o esvaziaria.

Ainda, de forma cumulativa aos termos acima mencionados, o novo tipo penal veda a submissão das vítimas de infração penal e das testemunhas de crimes violentos a situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização.

Mais uma vez, fica de forma totalmente discricionária ao Ministério Público e ao Juízo compreender o que é uma situação que potencialmente poderia gerar sofrimento ou estigmatização.

Saliente-se que o tipo penal dispõe ainda sobre expor a vítima ou testemunhas a situações **potencialmente** geradoras de sofrimento ou estigmatização. Ou seja, trata-se de crime formal, sobre o qual sequer é necessária a constatação de resultado de efetiva provocação de sofrimento ou estigmatização.

Nota-se que esse novo tipo penal apenas auxilia na construção da insegurança jurídica, pois há no tipo penal criado pelo legislador ao menos três pontos de ampla subjetividade, os quais permitem aos órgãos acusador e julgador imputarem como criminosa a atuação defensiva que entenderem irregular a partir dos critérios adotados pelo

novo tipo penal, os quais serão totalmente mutáveis conforme a mera casuística.

Dessa forma, embora a doutrina mais crítica varie entre a crítica da modalidade dos tipos penais abertos em si e apenas a crítica dos tipos penais que sejam demasiadamente amplos, parece não haver dúvida de que o novo tipo penal de violência institucional se mostra como demasiadamente aberto e por isso mesmo inconstitucional.

Justamente por essa razão, encontra-se atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 7201, movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Em sede deste processo, entende a entidade que o texto instituído pela Lei nº. 14.321/2022 é demasiadamente abstrato, vulnerando os princípios da separação dos poderes, da independência do Ministério Público, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da taxatividade penal e da intervenção mínima (CARNEIRO, 2022). Contudo, ainda pendente de julgamento de mérito a mencionada ação.

Ainda, como forma de garantir a eficácia do novo tipo penal de violência institucional, o legislador criou ainda tipo penal de omissão própria, contido dentro do próprio art. 15-A da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº. 13.869/2019), o qual também foi adicionado pela Lei nº. 14.321/2022.

Dispõe o § 1º do mencionado tipo penal que “se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços)”. A figura de omissão adicionada visa evitar posturas como do Juiz e do Promotor de Justiça presentes na oitiva de Mariana Ferrer, as quais também foram objeto de críticas contundentes.

Contudo, na prática, é alto o risco dos agentes públicos, por receio de incidir no tipo penal contido no art. 15-A, §1º., da Lei nº. 13.869/2019, impedirem as manifestações de defensores que sequer se enquadram no tipo penal aberto do art. 15-A, *caput*, da Lei nº. 13.869/2019 para não serem enquadrados como omissos. Em outras palavras, incentiva-se que, por via das dúvidas, punam-se os procedimentos que possam ser potencialmente “desnecessários, repetitivos ou invasivos”.

Em suma, mostram-se as inovações trazidas pela Lei um amontoado de inseguranças jurídicas que não apenas não se mostram a melhor ferramenta para o problema da violência institucional, como também consubstanciam obstáculos para a concretização dos direitos da ampla e da plena defesa.

Compreende-se que o direito da defesa necessita por vezes de justificadas restrições, como é o caso das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne à tese da legítima defesa da honra. Mais que isso, compreende-se o constante necessário sopesamento entre a proibição de proteção deficiente (dos direitos da vítima) e a vedação ao excesso (da flexibilização dos direitos do réu).

Todavia, não é aceitável que flexibilizações de garantias fundamentais sejam realizadas quando há outras alternativas que se mostrem menos danosas na limitação de direitos e mais efetivas em preservar a dignidade das vítimas, como é o caso da lei objeto desta pesquisa.

Assim, a legislação penal objeto deste artigo pode ser considerada um retrocesso às garantias processuais penais que não trouxe nenhuma contrapartida benéfica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, é possível concluir que a Lei nº. 14.321/2022 foi, de fato, resultado de um processo de populismo punitivo, vez que restou claro a grande influência da pressão da mídia e da população na elaboração de resposta penal dada pelo legislador de maneira evidentemente apressada e desproporcional.

Ainda, verificou-se que a Lei nº. 14.321/2022 não se tratou de uma exceção na trajetória do Poder Legislativo brasileiro, pelo contrário. A partir da presente pesquisa foi possível constatar que a lei objeto deste trabalho é apenas o mais recente exemplo de uma série de leis penais baseadas em casos midiáticos. Tem-se que esta lei é também apenas mais um capítulo da expansão do Direito Penal brasileiro focado na proteção de grupos minoritários.

Não se nega que os grupos minoritários necessitam de uma maior atenção por parte do Estado, em busca da igualdade material entre os diversos grupos que compõem a nossa sociedade. Todavia, não há indícios de que o uso indiscriminado do Direito Penal será o melhor caminho para isso.

Ademais, notou-se que a resposta dada pelo legislador ao problema da violência institucional não se mostra adequada, eis que não se coaduna com as melhores práticas internacionais referentes à temática.

Nesse sentido, observou-se que o Poder Legislativo já deu melhores respostas ao problema da violência institucional em oportunidades anteriores, a exemplo da Lei nº. 13.431/2017.

Contudo, ante a pressão popular e midiática, aliado à tendência expansionista do Direito Penal, adotou-se neste caso a via do Direito Penal com a Lei nº. 14.321/2022.

Conforme foi vislumbrado no presente artigo, essa resposta não se mostra eficiente mesmo como um novo tipo penal, eis que se trata

de tipo penal demasiadamente aberto, apto a gerar indesejada segurança jurídica.

Ademais, concluiu-se também que a literatura é forte em demonstrar que a experiência histórica não se mostrou bem sucedida na mera limitação dos depoimentos realizados pelo método de produção testemunhal do *cross-examination*.

Desse modo, conclui-se com a presente pesquisa que a Lei nº. 14.321/2022 se trata de uma inovação irrefletida, a qual foi indevidamente insuflada pela pressão midiática e popular como uma resposta imediata a um problema estrutural, o da violência institucional.

Ademais, conclui-se também que a presente análise se trata de um exemplo forte de como o populismo penal é prejudicial para a formulação de políticas públicas, eis que a Lei nº. 14.321/2022, apesar de focada em um problema importante, trouxe externalidades negativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Shirley. **Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem**. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº. 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº. 13.505, de 8 de novembro de 2017. Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº. 14.321, de 31 de março de 2022. Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência

institucional. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1 abr. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14321.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.091, de 2020**. Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01i7g293pnlixz1n94bsll6gzmn261807.node0?codteor=1940496&filename=Tramitacao-PL+5091/2020. Acesso em: 30 abr. 2023.

CARNEIRO, Luiz Orlando. **Conamp aciona STF contra lei que tipifica crime de 'violência institucional'**. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/conamp-aciona-stf-contra-lei-que-tipifica-crime-de-violencia-institucional-08072022>. Acesso em: 30 abr. 2023.

CASTRO, Rodrigo. **Gilmar Mendes diz que influencer Mariana Ferrer foi vítima de 'tortura e humilhação' em audiência sobre estupro**. 2020. Disponível em: <https://globo.globo.com/epoca/brasil/gilmar-mendes-diz-que-influencer-mariana-ferrer-foi-vitima-de-tortura-humilhacao-em-audiencia-sobre-estupro-24726523>. Acesso em: 30 abr. 2023.

CRAIG, Elaine. “*The inhospitable court*”. *University of Toronto Law Journal*, v. 66, n. 2, primavera de 2016, p. 197-243.

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 2007, 271p. Tese (Doutorado em Sociologia) –

Departamento de Sociologia do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GLOBOPLAY. **Caso Mariana Ferrer**: ataques durante julgamento sobre estupro provocam indignação. 2020. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8993907/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador, Editora Juspodivm, 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>. Acesso em: 30 abr. 2023.

LEE, Eunro et al. “*Special measures in child sexual abuse trials: criminal justice practitioners’ experiences and views*”. *QUT Law Review*, v. 18, n. 2, jan. 2019, p. 1-27.

KLEIN FILHO, Antonio Carlos Pinheiro; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. “Teoria da audiência: estudo, ensino e prática da instrução penal”. *Revista dos Tribunais*, v. 1024, fev. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único, 8. ed., rev., ampl. e atual, Salvador, Editora Juspodivm, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**, 5. ed., São Paulo, Atlas, 2003.

PRATT, John. *Penal populism*, Nova Iorque (Estados Unidos), Routledge, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. *El siglo del populismo: historia, teoría, crítica*, Barcelona (Espanha), Galaxia Gutenberg, 2020, *e-book*.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades industriais**. 2. ed. rev. e atual, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 5091, de 2020**. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146094>. Acesso em: 30 abr. 2023.

TOVAR, Alejandro Nava. *Populismo punitivo: crítica del discurso penal moderno*, 1. ed., Lima (Peru), ZELA Grupo Editorial, 2021, *e-book*.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - parte geral**, 9. ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAJAC, Rachel et al. “*Disorder in the courtroom? Child witnesses under cross-examination*”. *Developmental Review*, v. 32, n. 3, set. 2012, p. 181-204.

ZYDERVELT, Sarah et al. “*Lawyers’ strategies for cross-examining rape complainants: have we moved beyond the 1950s?*”. *The British Journal of Criminology*, v. 57, n. 3, maio 2017, p. 551-569.

