

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
– DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Código
Philippino
1763

nº 81 jul./set. 2021

Sucinta análise sobre o novo crime de perseguição do art. 147-A do Código Penal – *stalking*

Sauvei Lai*

Sumário

I. Intróito. II. Elementares do tipo penal. II.1. Perseguir alguém. II.2. Reiteradamente. II.3. Ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica. II.4. Restringindo-lhe a capacidade de locomoção. II.5. De qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. III. Meios de execução. IV. Dolo. V. Tentativa. VI. Causas especiais de aumento de pena e sujeitos do crime. VI.1. Contra criança, adolescente ou idoso. VI.2. Contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código. VI.3. Mediante concurso de 2 ou mais pessoas ou com o emprego de arma. VII. *Cyberstalking*. VIII. Concurso de crimes. IX. Da pena. X. Representação do ofendido. XI. Princípio da continuidade normativa típica. XII. Nota final.

I. Intróito

Esse ensaio pretende traçar um estudo inicial e provisório da Lei nº 14.132/2021, promulgada em 31 de março de 2021, que concebeu o novo crime de perseguição no art. 147-A do CP (pena de reclusão de *6 meses a 2 anos*), na esteira das legislações estrangeiras que punem a conduta de *stalking* ou *harassment*. Cabe mencionar que semelhante comportamento era antes tipificado como mera contravenção de perturbação de tranquilidade do art. 65 do Decreto Lei nº 3.688/41 (prisão simples de *15 dias a 2 meses*), salvo se identificada infração mais grave, a exemplo de injúria, constrangimento ilegal, ameaça, sequestro etc.

Com efeito, o *Black's Law Dictionary* (dicionário jurídico americano) explica que o *stalking* se caracteriza quando existe “ato de seguir alguém, furtivamente ou não, ou de se demorar perto de alguém com o propósito de importunar ou assediar a pessoa, ou de cometer outro crime associado, como lesão corporal ou psicológica, devendo a vítima se sentir justificadamente ameaçada, alarmada ou angustiada acerca de sua segurança pessoal ou de terceiros pessoas com quem tenha relação (nossa tradução livre)”¹.

O projeto de lei nº 1.369/2019 do Senado Federal, que deu origem à Lei nº 14.132/2021, objetivou sancionar a pessoa que persegue a vítima e provoca, direta

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-professor de Direito Processual Penal da EMERJ e da AMPERJ entre 2004 e 2021. Palestrante.

¹ Disponível em: <https://www.llrx.com/2003/12/features-cyberage-stalking/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

ou indiretamente, medo ou inquietação nela, prevenindo a perpetração de crimes mais graves (lesão corporal, estupro, homicídio, entre outros), conforme sua ementa e relatório dos congressistas².

Note-se que o recém-criado tipo penal se insere na Seção dos Crimes contra a Liberdade Individual e Pessoal, ambicionando proteger particularmente a dignidade humana (art. 1º, III da CR/88) e uma série de direitos fundamentais e da personalidade da vítima, insculpidos no art. 5º da nossa Carta Magna, a exemplo do direito de ir e vir, à privacidade, à opinião, entre outros, como veremos melhor adiante.

II. Elementares do tipo penal

II.1. Perseguir alguém

O núcleo principal do tipo penal é perseguir (reiteradamente), que a rigor significa caçar, em outras palavras, ir ao enalço de uma presa.

Juridicamente, caracteriza-se pela ação de incomodar, importunar, molestar, atormentar, assediar, atemorizar, aterrorizar ou constranger o sujeito passivo (homem ou mulher, conhecido ou desconhecido).

II.2. reiteradamente

É de se observar que a simples perseguição não configura o *stalking*, mas sim uma perseguição reiterada, isto é, insistente, constante, persistente ou obsessiva que importa em atos repetitivos contra a vítima. Trata-se, portanto, de crime habitual que pune uma pluralidade de episódios, que, isoladamente, são atípicos.

Nessa perspectiva, surge a questão: quantos atos seriam suficientes para sua tipificação? A nosso juízo, no mínimo, três, desenhando uma insistência, e não uma simples repetição (duas vezes). Curiosamente, a legislação do Reino Unido (*Protection from Harassment Act 1997*)³ demanda apenas duas condutas após manifestação de descontentamento da vítima.

II.3. Ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica

De início, registre-se que a perseguição reiterada será, forçosamente, interpretada e acompanhada: 1) da ameaça à integridade física ou psicológica; 2) da restrição da capacidade de locomoção ou 3) de qualquer forma, da invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade da vítima.

É cediço que a ameaça consiste na promessa de mal injusto e grave de ordem física ou psicológica, tal como previsto no art. 147 do CP. Todavia, exige-se, para a

² Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135596>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³ Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>. Acesso em: 01 abr. 2021.

tipificação do crime do novo art. 147-A do CP, que ocorra de modo repetitivo, sendo certo que a ameaça singular perfaz tão somente o tipo do art. 147 do CP.

Ponto que merece maior meditação é a ameaça à integridade psicológica da vítima com promessa de xingamentos, ofensas, menosprezos, humilhações ou hostilidades, que busca perturbar sua paz e causar-lhe danos emocionais, gerando nela sentimentos que dificultarão ou impedirão o exercício normal de suas atividades cotidianas.

II.4. Restringindo-lhe a capacidade de locomoção

Ainda que ausente qualquer espécie de ameaça, o crime também é configurado quando se restringe a capacidade de ir e vir da vítima. Neste ponto, é fundamental salientar que restringir não equivale à privação da liberdade (elementares do crime de sequestro ou cárcere privado do art. 148 do CP). Em termos mais precisos, restringir é dificultar, ao passo que privar é impossibilitar absoluta e fisicamente a locomoção do sujeito passivo.

Exemplificando, traduz-se em perseguição a conduta do *stalker* que, em todos os finais de semana, vai ao clube da vítima, para entregar-lhe cartas de amor e chorar, uma vez que esse comportamento, certamente, dificulta a sua frequência ou permanência no local de lazer.

II.5. De qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade

Invadir significa adentrar, penetrar ou conquistar ilegitimamente. Perturbar é provocar agitação, desequilíbrio, desordem ou alteração no círculo da liberdade ou da privacidade da vítima.

Essa esfera de liberdade (da seção final do artigo), seguramente, não se refere à de locomoção, tratada na parte anterior do dispositivo, mas às demais liberdades constitucionais e civis. Mencione-se, a título de ilustração, a livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV), da consciência, da crença religiosa (art. 5º, VI), da convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), além da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX). Em síntese, qualquer conduta de perseguição reiterada que obrigue alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, como reza o art. 5º, II da CR/88.

Para a adequada compreensão do tipo penal em comento, é imprescindível distinguir os conceitos de privacidade e intimidade. Na conhecida teoria europeia das Três Esferas de Privacidade, aquela consiste em uma pretensão de evitar intromissões alheias e a não circulação de informações pessoais do titular, que possam prejudicá-lo, caso elas caiam em domínio público, impedindo eventual discriminação (sobre sua origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, religiosa, filosófica ou política) e, assim, permitindo o desenvolvimento integral da sua personalidade. Participam deste núcleo familiares, amigos e pessoas com os quais o sujeito mantém

certo nível de confiança. Noutra giro, a intimidade impõe que as informações sejam conservadas em sigilo e somente pessoas bem íntimas do titular as compartilhem, como memórias pessoais e sensíveis, confissões amorosas, aspectos da vida conjugal e das relações familiares, quando normalmente se pede segredo.

A propósito, a própria Lei nº 13.709/2018 (LGPD) faz essa distinção no art. 2º e no art. 17: “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei” (grifo nosso).

Deste modo, vê-se que a parte final do art. 147-A do CP criminaliza a invasão ou a perturbação da esfera da privacidade do sujeito passivo, não se referindo, expressamente, à intimidade. Entretanto, acredita-se estar configurado o *stalking* na hipótese de penetração ou desordem da *intimidade*, bastando invocar a cláusula *genérica* (que pode suscitar críticas quanto ao princípio da legalidade estrita do Direito Penal do art. 5º, XXXIX da CR/88 c/c LC n. 95/98) “de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua (da vítima) esfera de liberdade” (grifo nosso e explanado no preâmbulo deste item). Nesse sentido, parece evidente que a conduta do hacker que forja conversas (de aplicativo de mensagens) de suposta traição amorosa e as envia ao marido da vítima, adentra e desequilibra o seu casamento, obrigando-a, no mínimo, a contratar um técnico de informática e a suportar custos financeiros (art. 5º, II da CR/88).

Afigura-se oportuno consignar que frequentemente o limite que separa um ato lícito (e até adúltero) do *stalking* é de difícil percepção. Dessa maneira, incumbe ao aplicador do direito examinar a presença de outros dados, como a manifestação negativa e de descontentamento da vítima e a persistência na reprodução da conduta pelo criminoso, “restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”. Repita-se: não se exige que a ação do perseguidor seja necessariamente agressiva ou ofensiva para que o crime se apresente, bastando ligações telefônicas, envio de presentes, elogios ou mensagens amorosas à vítima (comuns no *stalking*), quando ela exterioriza a antipatia por esses comportamentos e o agente prossegue insistentemente.

A esta altura, pode-se afirmar que não é qualquer aborrecimento que acarreta o *stalking*. Ao revés, deve ser uma ação que normalmente origine angústia e sofrimento à vítima, capazes de evoluir, às vezes, para uma doença psicossomática. É interessante notar que, nos EUA, *The Violence Against Women Act of 2005*⁴ emprega o termo *distúrbio gerado pelo stalking* como sendo a “conduta direcionada a uma pessoa específica que serve a um propósito ilegítimo e que cause a uma *pessoa média* sob tais circunstâncias medo para sua segurança ou de outros, ou substancial sofrimento emocional” (nosso grifo e nossa tradução livre). Substancial sofrimento emocional compreende estresse mental, angústia, depressão, vergonha, humilhação, choque, constrangimento, ansiedade ou medo.

⁴ Disponível em: <https://www.congress.gov/109/plaws/publ162/PLAW-109publ162.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

Na Itália (*Decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11*)⁵, o art. 612 foi além da normatização americana e acrescentou ainda como *stalking* a conduta que “força a vítima a *mudar seu cotidiano*” (nosso grifo e nossa tradução livre).

III. Meios de execução

O dispositivo sob exame prevê a perseguição “por qualquer meio”, abrangendo inclusive o silêncio daquele que telefona insistentemente e permanece mudo ou desliga em seguida. A vida é pródiga de exemplos de atos obsessivos (verbal, escrito, mímico e gestual) por parte do *stalker*: todos os tipos de contato (físico, comunicacional e virtual) com a vítima de forma elogiosa e, em diversas ocasiões, até agressiva; envio de presentes; seguir a vítima à distância; comparecer aos lugares frequentados pelo sujeito passivo ou pessoas próximas a ele etc.

Sabe-se que o contato, às vezes, é indireto, ou seja, através de conhecidos, amigos, familiares e colegas acadêmicos ou do trabalho, intrometendo-se o *stalker* progressivamente e de modo ilícito na vida privada ou íntima da vítima, conhecendo-a ou não (veja os casos dos perseguidores de “famosos”).

Por fim, é possível uma conjunção de atitudes socialmente toleráveis (envio de flores) com outras criminosas (invasão domiciliar) para a caracterização do *stalking*.

IV. Dolo

Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime, o *stalker* deve saber que está constrangendo a vítima ou assumir o risco de atormentá-la por meio dos seus comportamentos repetitivos, molestadores e importunadores. Por conseguinte, o crime só é punido a título de dolo direto ou eventual (art. 18, I do CP), não havendo previsão da sua modalidade culposa (art. 18, *in fine* do CP).

V. Tentativa

Um assunto tormentoso na dogmática penal é admitir⁶ e enquadrar uma hipótese de tentativa de crime habitual, cuja tipificação reclama reiteração de atos, em outras palavras, uma conduta isolada constitui fato *atípico*.

Sem ambicionar simplificar o tema e estabelecer preceitos absolutos, o perseguidor obsessivo não atua de forma esporádica. Ao contrário, monta uma estratégia e uma estrutura (ainda que amadoras) que podem, ocasionalmente, revelar sua intenção de importunar a vítima reiteradamente, iniciando atos executórios que são abortados por motivos alheios à sua vontade. Por esse motivo, não enxergamos óbice na tentativa quando o *stalker*, *verba gratia*, comparece uma única vez ao local de trabalho da vítima para lhe entregar flores e cartão amoroso (incomodando-a) e,

⁵ Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/decreti/09011d.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁶ Nesse sentido: MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 161.

em seguida, escreve diversas mensagens ofensivas e as envia pelas redes sociais dela, porém a vítima o bloqueia antes de recebê-las.

VI. Causas especiais de aumento de pena e sujeitos do crime

O § 1º aumenta a pena da metade se o crime for cometido em três situações.

VI.1. Contra criança, adolescente ou idoso

O inciso I se apresenta como uma norma penal em branco quando o preceito está incompleto, genérico ou indeterminado, dependendo da complementação de outras normas. No caso, o conceito de crianças (até doze anos) e adolescentes (até dezoito anos) se encontra no art. 2º da Lei nº 8.069/90 (ECA) e o de idoso (igual ou superior a 60 anos) no art. 1º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). É indiscutível que a majoração exige que o perseguidor conheça essas circunstâncias. Do contrário, exclui-se o dolo da conduta por erro de tipo (art. 20 do CP c/c art. 395, II e art. 397, III do CPP).

VI.2. Contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código

O inciso II constitui, outrossim, norma penal em branco, demandando a complementação do § 2º-A do art. 121 do CP no que se refere à definição de “razões da condição de sexo feminino”, que se singulariza quando há: 1) violência doméstica e familiar ou 2) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A situação de violência doméstica e familiar contra mulher está classificada no art. 5º, I a III da Lei nº 11.340/06 (LMP). Sintetizando, crime na unidade doméstica, no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto. Além disso, o art. 7º, II profetizou os inúmeros resultados lesivos da mulher perseguida, ao estabelecer as formas de violência doméstica e familiar como “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”.

A majorante se aplica também no caso de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (mesmo fora das situações de violência doméstica e familiar), a exemplo do colega de trabalho da vítima que a persegue obsessivamente por ter sido promovida, imerecidamente, pois, na concepção desse *stalker*, as mulheres não seriam qualificadas para tal função.

Em decorrência da análise dessas causas de aumento de pena, pode-se concluir que se trata de crime comum, quer dizer, homem ou mulher podem figurar como sujeito ativo ou passivo do crime de perseguição.

Por fim, cremos que outras pessoas vulneráveis poderiam, mas não obtiveram a proteção legal integral, como os enfermos e as pessoas com deficiência, como se verifica no art. 313, III do CPP.

VI.3. Mediante concurso de 2 ou mais pessoas ou com o emprego de arma

O inciso III aumenta a sanção na hipótese de concurso de agentes (alcançando o recente fenômeno do *mobbing*), que potencializa a perseguição obsessiva e, por conseguinte, inflige maior risco ao bem jurídico tutelado, devendo se computar os cúmplices não identificados ou menores de idade, conforme doutrina majoritária pátria.

A arma da parte final do referido inciso foi mencionada de forma genérica, diversamente do art. 157, § 2º-A, I do CP que cita especificamente *arma de fogo*. Destarte, para a majoração da perseguição, basta o uso de qualquer instrumento hábil para ferir a integridade corporal da vítima, seja uma arma propriamente dita (concebida para atacar e defender, como revólver e faca), seja imprópria (objetos não destinados ao ataque e à defesa, mas que podem funcionar como tal, a exemplo de martelo, garfo ou caco de vidro).

VII. Cyberstalking

Desafortunadamente, pode-se constatar a omissão legislativa acerca de uma majorante para os casos de *cyberstalking*, isto é, a utilização de ferramentas digitais com o objetivo de perseguir ou assediar uma pessoa. Sabe-se que essa modalidade de perseguição pode causar danos exponenciais à vítima devido à facilidade de se comunicar (de modo inapropriado e) à distância com ela ou com uma vastidão de pessoas (para divulgar uma *fake news*, por ex.), além do anonimato do agente e da vulnerabilidade da proteção de dados (e imagens) pessoais dela, expostos na internet (ocasionalmente, pela própria vítima) e que o auxiliam para traçar um plano de perseguição mais eficaz.

Frequentemente, assistimos no noticiário pessoas que criam perfis falsos nas redes sociais em nome da vítima, em que ela pretensamente se apresenta como prostituta, divulgando para familiares, amigos, colegas de trabalho e público em geral. O dano (inimaginável e incalculável) a atinge com absoluto vigor (no ambiente do trabalho, acadêmico, social e familiar) e, em última instância, viola todos os primados da dignidade humana e da vedação de tratamento degradante aos indivíduos.

VIII. Concurso de crimes

O § 2º estipula que as penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. Logo, se forem perpetradas lesões corporais ou até

homicídio, inexistirá, a nosso ver, absorção da infração menos grave, mas concurso material de crimes (art. 69 do CP) com o somatório das sanções. Nesse sentido, se uma jovem envia incontáveis mensagens amorosas e, diante da resistência do rapaz (alvo do seu desejo), comparece ao local onde ele estuda e o mata, sucederá concurso material de crime de perseguição e de homicídio qualificado (art. 147-A e art. 121, § 2º, II n/f do art. 69 do CP), adotando-se as regras de conexão e continência (arts. 76 e 77 do CPP) no Juízo prevalente competente (art. 78 do CPP).

IV. Da pena

Como já mencionado, a conduta de perseguição, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.132/21, encontrava adequação típica na contravenção penal de vias de fato. Comparando-se as sanções infligidas, verifica-se que a reprimenda foi bem agravada. O novo art. 147-A, *caput* do CP comina pena de reclusão de *6 meses a 2 anos* com uma série de causas de aumento de pena (sem prejuízo da correspondente à violência, conforme visto nos itens anteriores), ao passo que a contravenção de perturbação de tranquilidade do art. 65 do Decreto Lei nº 3.688/41 previa modicamente prisão simples de *15 dias a 2 meses*.

Para efeito de comparação, o crime de ameaça do art. 147 do CP estabelece pena de detenção de *um a seis meses*.

Não obstante a exasperação de pena para a conduta de perseguição, a modalidade simples do tipo permanece sendo uma infração de menor potencial ofensivo da competência do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei nº 9.099/95) com os benefícios da impossibilidade de lavratura de auto de prisão em flagrante (art. 69, parágrafo único), da composição de danos civis (art. 74), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89), sem contabilizar as demais benesses da legislação comum, a exemplo da substituição da pena (art. 44 do CP), *sursis* (art. 77 do CP) e do recente acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), *desde* que não haja uso de violência física ou grave ameaça à pessoa.

Contraditoriamente, a (natureza da) pena estipulada pelo legislador é de reclusão, ao invés de detenção com todas as consequências severas, como o cumprimento em regime inicialmente fechado (art. 33 do CP), na hipótese de o réu ser condenado em concurso material com algum crime mais grave (art. 147-A, § 2º do CP), e a possibilidade de interceptação telefônica (art. 2º, III da Lei nº 9.296/96).

X. Representação do ofendido

Nesse passo, é interessante atentar que o § 3º exige a representação do ofendido (art. 24 do CPP) a ser exercido no prazo decadencial do art. 38 do CPP c/c art. 107, IV do CP.

Convém lembrar que a retratação da representação é permitida até o oferecimento da denúncia (art. 25 do CPP), salvo nos casos de violência doméstica

e familiar, quando será até o *recebimento* judicial da mesma, ratificando-se o arrendimento em audiência especial (art. 16 da Lei nº 11340/06).

Por último, a retratação da retratação, em outras palavras, a insistência de representar novamente é admissível, contanto que dentro do prazo original de seis meses (STJ, Resp 1.131.357/DF).

XI. Princípio da continuidade normativa típica

Apesar de o art. 3º da Lei nº 14.132/2021 revogar expressamente a contravenção penal de perturbação de tranquilidade (art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41), não se aplica a *abolitio criminis* e a retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, LX da CR/88) em homenagem ao princípio da continuidade normativo-típica, que se manifesta na permanência do caráter proibido e ilícito de uma conduta, porém com alteração topográfica do enquadramento típico, assim como se observou com o advento da Lei nº 12.015/09, que suprimiu o tipo do art. 214 do CP (atentado violento ao pudor), porém continuou punindo os atos libidinosos diversos da conjunção carnal no novo crime de estupro do art. 213.

Assim, percebe-se que “molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável” (art. 65 da LCP) sempre se amoldará no recente crime de perseguição do art. 147-A do CP.

XII. Nota final

Essas linhas foram rascunhadas no dia seguinte à promulgação da Lei nº 14.132/2021, de modo que não se aspira exaurir os estudos, tampouco estabelecer verdades inatacáveis. Objetivam, sim, contribuir para a edificação do conhecimento deste tema palpitante e das suas repercussões jurídicas na sociedade brasileira.

Outono de 2021.