

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Uma análise sobre a constitucionalidade do crime de *stalking*

THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY:

An analysis on the constitutionality of the crime of *stalking*

Lorrane Chamone de Souza Corrêa¹

Geraldo Magela de Carvalho Lima²

Resumo: De origem anglo-saxônica, o termo *stalking* corresponde à perseguição que se dá através de um conjunto de condutas, iguais ou não, mas praticadas com frequência, que adentram na esfera privada da vida da vítima, sem que essa assim o deseje. Tal perseguição tem por finalidade e capacidade, afetar a vítima psicológica e/ou fisicamente, causando transtornos tanto internos quanto externos, como o medo e até a mudança de seus hábitos do dia-a-dia. Incluído recentemente no Código Penal Brasileiro pela Lei 14.132/2021, o tipo penal que criminaliza a perseguição utiliza em seu texto as expressões genéricas “qualquer meio” e “qualquer forma”, o que, em tese, fere o princípio constitucional da legalidade penal e acarreta inconstitucionalidade do dispositivo. O problema da presente pesquisa é a constitucionalidade do texto normativo frente o artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88). Com o objetivo de verificar a constitucionalidade do tipo penal em questão, foi abordado o conceito de legalidade estrita, do jurista italiano Luigi Ferrajoli, contida na sua obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica, foi feita uma revisão de literatura de doutrinas, artigos científicos e da legislação em vigor, com o intuito de conhecer e compreender os conceitos de *stalking*, os princípios da legalidade e taxatividade e a tipificação da conduta de perseguição no Brasil. Conclui-se, por fim, que a hipótese inicial foi refutada, sendo o artigo 147-A reconhecido neste trabalho como constitucional.

Palavras-chave: *Stalking*; perseguição insistente; princípios; constitucionalidade; tipificação; código penal.

Abstract: The term *stalking*, of Anglo-Saxon origin, corresponds to persecution that occurs through a set of behaviors, similar or not, but practiced frequently, that enter the private sphere of the victim's life, without the victim's wish. Such persecution has the purpose and ability to affect her psychologically and/or physically, causing internal and external disorders, such as fear and even changes in her daily habits. Recently included in the Brazilian Penal Code by Law 14.132/2021, the penal type that criminalizes *stalking* uses in its text the generic expressions “any means” and “any form”, which in thesis violates the constitutional principle of penal legality and leads to

¹ Acadêmica de Direito na Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. E-mail: lorranechamone@hotmail.com.

² Professor especialista em Direito Penal. Professor de Direito Penal e Processo Penal.

the unconstitutionality of the device. The problem of the present research is the constitutionality of the normative text in relation to article 5, XXXIX, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CR/88). In order to verify the constitutionality of the penal type in question, the concept of strict legality, by the Italian jurist Luigi Ferrajoli, contained in his work "Law and Reason – Theory of Penal Guarantees", was addressed. Using bibliographical research, a literature review was made of doctrines, scientific articles and current legislation, with the aim of knowing and understanding the concepts of stalking, of the principles of legality and taxability, and of the typification of the conduct of stalking in Brazil. Finally, it is concluded that the initial hypothesis was refuted, with article 147-A being recognized as constitutional.

Keywords: Stalking; stalking; principles; constitutionality; typification; penal code.

Sumário: Introdução; 1. Noções gerais sobre a conduta delituosa de *stalking*; 1.1. Conceito; 1.2. O *stalking* no âmbito jurídico-penal internacional; 1.3. O cyberstalking e o uso inadequado do termo; 2. O Direito Penal Constitucional; 2.1. Aspectos gerais do princípio penal da legalidade; 2.2. A legalidade estrita e o princípio da taxatividade; 2.2.1. A vedação à analogia *in malam partem* na aplicação da lei penal; 3. A tipificação da conduta de perseguição no Código Penal Brasileiro; 3.1. Considerações sobre a Lei 14.132/21 e o artigo 147- A; 3.2. A (in) constitucionalidade do uso das expressões “qualquer meio” e “qualquer forma”; Considerações Finais; Referências.

Introdução

A presente pesquisa tem por tema a análise da constitucionalidade do crime de *stalking* sob a luz do princípio constitucional da legalidade penal. Diante de uma sociedade complexa, com constantes evoluções e mudanças de comportamentos e paradigmas, tal qual a que se vive hoje, é necessário que as normas penais, das quais se espera a efetiva proteção dos variados bens jurídicos, se expandam de forma a acompanhar essas inúmeras mudanças.

O crime de *stalking*, denominado “crime de perseguição”, foi acrescentado ao Código Penal Brasileiro (CPB) com a intenção de suprir a lacuna que existia no ordenamento jurídico nacional no que tangia a invasão ou restrição da liberdade e intimidade pessoal da vítima através de condutas de perseguição obsessiva por parte do agente. Até então, a única norma punitiva que se aproximava de tal conduta era prevista como contravenção penal pelo artigo 65, do Decreto-Lei 3688/1941.

No entanto, ao tipificar o *stalking*, os legisladores brasileiros fizeram o uso de expressões genéricas, contrariando, em tese, o princípio jurídico-penal da legalidade. Por este motivo, o problema a ser enfrentado neste trabalho é: o artigo 147-A, que

criminaliza a perseguição, da forma como está inserido no Código Penal Brasileiro, é constitucional?

Inicialmente, tem-se que a hipótese formulada ao problema apresentado é que, com atenção ao artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), o artigo 147-A é inconstitucional. Isso porque, ao usar expressões genéricas para descrever a conduta tipificada, deixa o sujeito à margem da subjetividade do aplicador, que pode, inclusive, ir além do real alcance do dispositivo, contrariando totalmente a segurança jurídica do indivíduo.

Para alcançar os resultados pretendidos, firmou-se como objetivo geral desta pesquisa averiguar a constitucionalidade do texto normativo do artigo 147-A do Código Penal Brasileiro, de acordo com o princípio constitucional da estrita legalidade penal.

Em relação aos objetivos específicos, são apontados os seguintes: (a) compreender os aspectos gerais da conduta de *stalking*, como conceito e origem; (b) esclarecer os princípios da legalidade e da taxatividade e suas aplicações; (c) contextualizar o processo de tipificação do ato de perseguição no Brasil; (d) estudar os elementos subjetivos e objetivos do tipo penal em análise; (e) investigar a concepção doutrinária e jurisprudencial acerca desta inovação legislativa.

O tema da presente pesquisa se mostra relevante, pois após a criminalização do *stalking*, o número de queixas registradas por vítimas do delito está crescendo em ritmo acelerado³, o que acarreta aumento, também, da aplicação e interpretação do dispositivo normativo em pauta, pelos aplicadores da lei.

Também é possível justificar a presente pesquisa em razão do caráter recente das discussões que envolvem o assunto. Em que pese ser norma consolidada em grande parte da legislação estrangeira, a criação de uma norma que penalizasse quem cometesse atos de perseguição só passou a ser cogitada no Brasil no ano de 2019, ano em que foi criado o primeiro Projeto de Lei a respeito do tema. Por este motivo, ainda não existem entendimentos robustos sobre esse assunto.

Acerca da metodologia utilizada, optou-se pela pesquisa do tipo bibliográfica, por meio de revisão de literatura de doutrinas, artigos científicos publicados na área, decisões jurisprudenciais e legislação em vigor, utilizando-se do procedimento

³ Um levantamento realizado por VEJA junto aos Tribunais de Justiça de catorze estados brasileiros, que concentram mais de dois terços da população, revelou a existência de 4.791 processos criminais instaurados desde a promulgação da lei, em abril de 2021 (MELLO; BARROS, 2022).

histórico. Quanto à abordagem do tema, esta será feita pelo método dedutivo, já que, no decorrer da pesquisa se buscará compreender primeiro os conceitos gerais dos institutos tratados, para depois abordar o dispositivo legal.

Como marco teórico, optou-se por utilizar a ideia expressa na obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, do autor Luigi Ferrajoli, professor e ex-magistrado italiano e um dos proeminentes pensadores do Direito contemporâneo, de tradição Iluminista e liberal, que defende a importância da observância da estrita legalidade penal, além da mera legalidade, para se obter uma legislação penal legítima e em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Esse marco teórico foi escolhido tendo em vista a hipótese inicialmente levantada, buscando demonstrar que para que um tipo penal seja legítimo (ou constitucional), não basta que o Estado subordine o ato à lei, o que Ferrajoli chama de mera legalidade, mas que seu conteúdo seja formado por pressupostos típicos, dotados de significado unívoco e preciso – estrita legalidade –, o que é chamado de taxatividade.

Por último, esclarece-se que este artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo serão tratados os aspectos gerais acerca do *stalking*, como seu conceito, sua origem e as influências internacionais, e a diferença entre a conduta delituosa e o significado comum da expressão. Em relação ao segundo capítulo, este tratará sobre as noções do Direito Penal como matéria Constitucional e suas implicações, como também do Princípio da Legalidade Penal e suas vertentes, sobretudo sobre o princípio da legalidade estrita e a taxatividade penal. Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise da Lei 14.132 de 2021, que inseriu o crime de perseguição no Código Penal Brasileiro, por meio do artigo 147-A, interpretando as expressões utilizadas na letra da norma, a fim de verificar sua (in) constitucionalidade. A partir dessa estrutura, passa-se ao desenvolvimento da presente pesquisa.

1 Noções gerais sobre a conduta delituosa de *stalking*

Antes de qualquer aprofundamento sobre o tema, faz-se necessário a compreensão acerca da origem, do conceito e dos motivos pelos quais a conduta de *stalking* é considerada crime, inclusive nas legislações internacionais, que serviram

como influência para a inclusão do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro. É o que será feito neste capítulo.

1.1 Conceito

Estabelecer um conceito preciso para a conduta de *stalking* não é uma tarefa simples. O termo, que deriva do verbo *to stalk*, de origem anglo-saxônica, não possui tradução exata para o português brasileiro. Verifica-se, aliás, entre os próprios países que criaram o termo, uma falta de consenso ao defini-lo. Em uma tradução direta, *stalking* significaria perseguição insistente. Sendo assim, a atitude de *stalkear* corresponderia a perseguir insistentemente, nesse caso, alguém.

A perseguição aqui tratada é aquela capaz de afetar de forma negativa a vida de quem está sendo perseguido, quer no âmbito psicológico ou físico, quer no âmbito pessoal ou social.

Embora pareça redundante, a utilização do adjetivo insistente é necessária para definir do que se trata a conduta. É que, perseguir alguém uma única vez não é o suficiente para que a sua liberdade individual seja afetada, conforme explica Nucci (2022, p. 247).

Também é importante esclarecer que esta perseguição pode acontecer de várias formas, que, na maioria das vezes, podem parecer inofensivas, pois têm a aparência de demonstrações normais de afeto ou interesse. Outras vezes se disfarçam de atos comuns do cotidiano, como ligações, mensagens de texto, encontros em lugares públicos, envio de presentes. No entanto, por acontecerem de forma repetida e, o mais importante, sem o consentimento ou agrado da vítima, passam a ter o caráter de ameaça, intimidação.

Precursor no estudo do *stalking* no Brasil, assim lecionou o saudoso professor Damásio de Jesus (2008, s.p.):

Não é raro que alguém, por amor ou desamor, por vingança ou inveja ou por outro motivo qualquer, passe a perseguir uma pessoa com habitualidade incansável. Repetidas cartas apaixonadas, e-mails, telegramas, bilhetes, mensagens na secretária eletrônica, recados por interposta pessoa ou por meio de rádio ou jornal tornam um inferno a vida da vítima, causando-lhe, no mínimo, perturbação emocional. A isso dá-se o nome de *stalking*.

Diante do exposto, arrisca-se definir o *stalking* como uma perseguição que se dá por meio de um conjunto de condutas, iguais ou não, mas praticadas com frequência, que adentram na esfera privada da vida da vítima, sem que essa assim o deseje, com a finalidade e a capacidade de a afetarem psicológica e/ou fisicamente, causando transtornos internos e externos, como o medo e até a mudança de seus hábitos do dia-a-dia.

1.2 O *stalking* no âmbito jurídico-penal internacional

Em que pese ser novidade no âmbito jurídico nacional, a discussão sobre a conduta de perseguição já era pauta entre doutrinadores, juristas e legisladores de outros países há algum tempo. Foi com inspiração na legislação americana que a conduta começou a ser estudada, e então tipificada, no Brasil. Por este motivo, será feita uma breve análise sobre o tratamento dado ao crime de *stalking* em dois dos países precursores em sua tipificação: a Dinamarca e os Estados Unidos da América.

Pioneiro em tratar juridicamente do tema, a Dinamarca, país europeu, criminalizou o comportamento de *stalking* ainda no ano de 1933, sendo o projeto de lei datado de 1912. Disposto na Seção 265 do Código Penal Dinamarquês, o artigo original foi revisto nos anos de 1965 e 2004, haja vista o aumento do rol das condutas que se enquadram no tipo.

Dispõe este artigo que, quem violar a paz de outra pessoa, importunando-a, perseguindo-a, enviando-lhe cartas ou incomodando-a de forma semelhante, apesar de ter sido avisado pela polícia para não o fazer, será punido com pena de multa ou pena de prisão, que pode ir até ao limite máximo de dois anos (tradução nossa) (DAVID, 2014, p. 32).

Chama atenção no dispositivo a existência de um requisito específico para a configuração do crime: a necessidade do agente ter sido advertido previamente pela polícia para que cessasse a conduta criminosa. Essa advertência deve ser fruto de pedido da vítima, que deve demonstrar também a presença dos demais requisitos citados acima.

Ainda no campo do Direito Comparado, os Estados Unidos da América foram o primeiro país a criar uma lei antistalking da forma como foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro. É válido ressaltar que no país americano, cada Estado da federação

possui seu sistema jurídico próprio, com autonomia para criar suas leis. Neste seguimento, o Estado da Califórnia foi quem principiou a criminalização da conduta no país, ainda na década de 90, influenciado pelo assassinato da atriz Rebecca Schaeffer, cujo autor do crime era seu perseguidor.

Atualmente, todos os 50 estados americanos contam com uma lei que prevê a perseguição contumaz como crime. Com o intuito de padronizar algumas características atribuídas à conduta pelos estados, o Congresso Federal Americano instituiu o *Model Stalking Code*, que nada mais é que uma compilação de orientações para conduzir o processo legislativo sobre o assunto.

1.3 O *cyberstalking* e o uso inadequado do termo

Cyberstalking é o nome que se dá à perseguição insistente quando esta ocorre no cyberspaço, ou seja, por meio do ambiente virtual da internet. Devido a expansão do acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e a facilidade que estas oferecem para obtenção de conhecimento a respeito da vida dos seus usuários, da aproximação destes e a possibilidade de ocultar ou inventar sua identidade, o *cyberstalking* tem sido uma das modalidades mais recorrentes da prática do crime de *stalking*.

Atualmente, o *cyberstalking* é um problema crescente, facilitado pela imensa quantidade de pessoas que mantêm perfis em diversas redes sociais, nas quais publicam, sem cautela, imagens e informações de sua vida pessoal. Os instrumentos tecnológicos não apenas favorecem a perseguição por quem conhece a vítima e, agora, tem mais um meio à sua disposição, mas também mais propicia à atuação do *stalker* aleatório, que, por acaso, se interessa obsessivamente por alguém com perfil exposto em rede social e passa a se valer desse meio para perseguir e atemorizar. Muitas vezes, as informações obtidas apenas em ambientes virtuais permitem que os atos do perseguidor tenham tanta eficácia quanto teriam se fossem presenciais (CUNHA, 2022, p. 240).

Como foi citado acima, a perseguição nos meios eletrônicos pode acontecer através da utilização de perfis reais ou de perfis falsos, conhecidos como *fakes*. Todavia, ao se tratar do *cyberstalking*, um detalhe merece atenção. Não obstante ser recorrente a utilização do termo para dizer que alguém está sendo acompanhado frequentemente nas redes sociais por um determinado perfil, esta conduta isolada não é o suficiente para caracterizar o crime. Acontece que, como já exposto na seção 1.1

deste capítulo, o crime de perseguição insistente exige que existam finalidades específicas, capazes de afetar a liberdade individual da vítima.

2 O Direito Penal Constitucional

O Direito Penal é o instrumento utilizado pelo Estado para punir aqueles que, através de suas condutas, venham a lesar os bens jurídicos por ele tutelados. Conforme determina o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito.

Por este motivo, ao exercer o *jus puniendi*, ou poder de punir, seja elaborando ou aplicando as leis penais, o Estado deve obedecer aos limites estabelecidos pelos princípios explícitos e implícitos na CR/88, para que não sejam cometidos abusos capazes de ofender a dignidade da pessoa humana – que é o fundamento do Estado de Direito – e todas as garantias que dela decorrem.

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes (LIMA, 2012, p. 65).

A observância dos princípios constitucionais é o que qualifica o saber penal legítimo como Direito Penal Constitucional. Neste capítulo, será dado enfoque ao princípio da legalidade e suas vertentes, como principal princípio limitador do Direito Penal.

2.1 Aspectos gerais do princípio penal da legalidade

Traduzido do brocardo latim *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, o princípio da legalidade teve sua proeminência no período histórico do Iluminismo, no século XXVIII, quando os cidadãos se voltaram contra os regimes absolutistas e totalitários que estavam no poder à época.

Adotado desde as primeiras constituições no Brasil, o princípio atualmente encontra-se expresso no artigo 1º, XXXIX, da CR/88 e repetido no artigo 1º, do Código Penal Brasileiro (CPB), *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Considerado como cláusula pétrea, o princípio da legalidade não pode ser suprimido sequer por emenda à Constituição.

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (BITENCOURT, 2010, p. 54).

No âmbito político, a legalidade cumpre uma decisiva função que se manifesta nas palavras de Lima (2012), “como garantia de um mínimo de certeza e segurança jurídica”. Acontece que, ao determinar que o cidadão somente poderá ser acusado de cometer um crime mediante a existência de uma lei prévia que o defina como tal, este está protegido de eminentes arbítrios do Estado (característica dos estados totalitários). É o que explica Capez (2022, p. 40):

Portanto, podemos afirmar que o princípio da legalidade, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter uma proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem o risco de ter a sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais.

Já no aspecto jurídico, mais relevante para o assunto tratado, deve-se dizer que o princípio da legalidade penal é uma proteção tanto para a dignidade da vítima, quanto para a dignidade do agente do ato delituoso. A explicação é que a pena privativa de liberdade, que é, em regra, a aplicada como forma de repressão à prática de um crime, ofende diretamente o direito de liberdade do infrator, que, por sua vez, ofendeu algum direito de outrem.

Pode-se concluir então que, ao limitar o exercício do direito de punir, o princípio da legalidade protege a dignidade do infrator, que só será punido caso realmente tenha cometido crime tipificado em lei, e a da vítima, que não deixa de ter seu bem jurídico protegido pelo Estado.

2.2 A legalidade estrita e o princípio da taxatividade

Antes de dar continuidade ao assunto, é fundamental esclarecer que alguns doutrinadores entendem a legalidade penal como sinônimo de reserva legal. Todavia, seguindo a linha do ex-magistrado italiano Luigi Ferrajoli, a legalidade abordada nesta pesquisa não será equiparada à reserva legal. Muito embora esteja diretamente relacionado com o princípio da reserva legal, entende-se que a abrangência do princípio da legalidade vai além daquele. Para Ferrajoli (2002), a reserva legal, denominada por ele de “princípio da mera legalidade”, está relacionada à atividade do juiz, aplicador da norma, que não pode se valer dos seus valores e/ou cognições para definir como crime a conduta daquele que está sendo julgado, mas deve se limitar apenas ao que é descrito pela lei como tal.

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de “princípio de mera legalidade”, que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão “princípio de estrita legalidade” para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Conforme exposto por Ferrajoli, o princípio da legalidade reconhecido como “princípio da estrita legalidade” corresponde à taxatividade das normas. Nas disposições da CR/88, a taxatividade está implícita no artigo que prevê a legalidade, mencionado neste capítulo (artigo 1º, XXXIX).

Aqui faz-se necessário trazer uma outra concepção acerca das normas do Direito Penal: o caráter descritivo. Por esse viés, as normas penais não são proibitivas, mas sim descritivas, haja vista que descrevem um fato que é caracterizado como crime (CAPEZ, 2022, p. 41). Diante disso, é imprescindível que haja total correspondência entre o fato e a norma.

É esta a imposição contida no princípio da taxatividade: que a norma penal descreva a conduta de forma clara e precisa, delimitando seu contorno, de forma que não deixe dúvidas sobre qual comportamento está sendo tipificado. Ao passo que inexiste uma absoluta exatidão a respeito do significado de cada expressão linguística, o que se exige é que sejam utilizadas expressões o menos imprecisas possíveis, ou que estas, quando forem inevitáveis, que venham acompanhadas de um contexto que permita identificar o sentido pretendido. A vedação é quanto às expressões genéricas, que acabam por constituir os chamados tipos penais vagos (ESTEFAM, 2022, p. 166).

Contudo, o princípio, nessa imposição, determina, em verdade, ao legislador o mínimo de imprecisão possível. Se no delineamento da conduta proibida não é exatamente factível uma descrição categórica, que a proposição seja menos obscura, que as ambiguidades sejam diminuídas, ou seja, estreite-se, o quanto puder, a margem discricionária do intérprete, a qual sempre estará presente, é inevitável, como sempre será necessária, é fundamental. A determinação taxativa impõe ao legislador não precisões e exatidões, impossíveis para o ser humano, mas rigor de linguagem pelos instrumentos de técnica legislativa, postos, exatamente, para isso. Na feitura do tipo, se não é possível exigir uma descrição casuística de cada conduta incriminada, não se pode admitir a utilização de cláusulas genéricas. A utilização dessas cláusulas não permite a percepção das diferenças materiais existentes entre os fatos regulados (LIMA, 2012, p. 101).

Retornando a ideia de que é crucial a correspondência entre fato e norma para se caracterizar o crime, e observando o que traz Lima (2022) na obra mencionada a cima, é seguro dizer que se as expressões genéricas não permitem que essa correspondência aconteça, não há, portanto, a caracterização do delito.

2.2.1 A vedação a analogia *in malam partem*

Outro fundamento que reforça a importância da observância do princípio da taxatividade é a vedação da utilização da analogia *in malam partem* na esfera penal. Não obstante ser uma das principais formas de integração das normas nos outros ramos do Direito, quando o assunto é a interpretação das normas criminalizadoras, a analogia empregada para estender o seu alcance, fere não só o princípio em contexto, como os demais que regem o Direito Penal. Assim elucida Reale Júnior (2020, p. 27):

A taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida, os limites e fronteiras do punível. O princípio da tipicidade, em sua angulação político-garantidora, obriga que o trabalho

hermenêutico não amplie o significado do proibido para atender aos fins que o acusador ou o julgador pretendam dar à incriminação e, em consequência, é absolutamente vedada a analogia nos domínios do Direito Penal, senão *in bonam partem*.

Em resumo, o que a proibição da analogia *in malam partem* como forma de interpretar os tipos penais pretende é evitar, justamente, que a segurança jurídica dos cidadãos perante o Estado seja lesada, através da manifestação de critérios relativos como costumes, valores, entre outros, no momento da aplicação da norma pelo órgão julgador.

3 A tipificação da conduta de perseguição no Código Penal Brasileiro

Superada a compreensão do que consistem a conduta delituosa de *stalking* e os princípios constitucionais que regem o Direito Penal, passa-se à análise da Lei nº 14.132/2021, que criminalizou o ato de perseguição insistente no Brasil, inserindo o artigo 147-A no capítulo que trata dos crimes contra a liberdade individual, do Código Penal Brasileiro. Considerando que a discussão do presente trabalho não é sobre a imprescindibilidade da figura típica em foco, mas sim da forma como ela foi tipificada – ofendendo, em tese, o princípio constitucional da legalidade –, é sob essa perspectiva que o artigo 147-A será analisado neste capítulo.

3.1 Considerações sobre a Lei 14.132/21 e o artigo 147-A

Motivada pela ausência de uma norma penal que punisse precisamente condutas caracterizadas como perseguição, a inovação legislativa trazida pela Lei nº 14.132/21, é que, além de fazer alterações no Código Penal, também revogou o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais (LCP), no qual eram enquadradas, muitas vezes, as condutas de perseguição.

A contravenção penal de perturbação da tranquilidade, que era prevista no citado artigo 65, tinha a seguinte redação, *in verbis*: “Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis” (BRASIL, 1941, s.p.), sendo o dispositivo positivado no ordenamento jurídico com maior similitude ao atual crime de perseguição.

O novo artigo 147-A tem como elemento subjetivo o dolo, não admite tentativa e traz consigo a punição de pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa, para quem, *in verbis*: “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade” (BRASIL, 2021, s.p.).

Vale ressaltar que, embora o artigo também preveja três causas de aumento de pena, esta é uma análise que será deixada para uma próxima oportunidade, devido ao foco do assunto tratado neste trabalho ser a redação positivada no *caput*.

Voltando à análise do texto normativo, percebe-se que o artigo dispõe que a perseguição deve ocorrer de forma reiterada para que se configure o crime. Como já falado no primeiro capítulo desse trabalho, o uso da expressão “reiteradamente” não é uma redundância, uma vez que o *stalking* consiste em perseguição insistente ou obsessiva. Trata-se então de um delito habitual, que conforme leciona Nucci (2022, p. 248) requer, em regra, vários atos e, com exceção, apenas dois, para sua configuração.

Aqui é importante dizer que, embora o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais tenha sido expressamente revogado, o instituto da *abolitio criminis* não atingiu todos os casos. Acontece que, se o ato da perturbação ainda estava ocorrendo quando a nova lei entrou em vigência, este pode se enquadrar no novo tipo penal, como explicam Bianchini e Ávila (2021, s.p.):

[...] para as condutas antigas de perturbação da tranquilidade que foram praticadas de forma reiterada, com acinte e motivo reprovável, e que tenham gerado uma perturbação da esfera de liberdade ou privacidade da vítima, não há que se falar em *abolitio criminis*.

Além disso, a estrutura do tipo penal previsto no artigo 147-A estabelece três formas de se cometer o *stalking* contra a vítima: por ameaça à sua integridade física ou psicológica, pela restrição da sua capacidade de locomoção ou através de invasão ou perturbação de sua esfera de liberdade ou privacidade. Diante de um tipo misto alternativo, a prática cumulativa de mais de um desses atos contra a mesma vítima configura um só crime.

Por fim, deve-se dizer que, de acordo com a pena estabelecida pelo artigo 147-A – reclusão de seis meses a dois anos – a perseguição representa crime de

menor potencial ofensivo e é processada nos juizados especiais comuns, cabendo a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89, da Lei nº 9.099/95) ao autor, caso este cumpra os demais requisitos.

3.2 A (in) constitucionalidade do uso das expressões “qualquer meio” e “qualquer forma”

Conforme dito anteriormente, o tipo penal determina que a perseguição deve se dar por meio de, pelo menos, uma das três condutas: ameaça, restrição da capacidade de locomoção ou invasão, ou perturbação da liberdade e privacidade. Porém, ao descrever com quais instrumentos essas condutas podem ser praticadas, o legislador utilizou as expressões “qualquer meio” e “qualquer forma”. A partir de agora será feita a análise dessas duas expressões.

Utilizando-se do conceito de *stalking* trazido neste trabalho, inclusive o apresentado por Jesus (2008), permite-se dizer que “qualquer meio” – expressão que acompanha a primeira forma de ação do tipo, qual seja, ameaçar – corresponde às formas comuns de se chegar até alguém, como ligações, mensagens, envio de presentes, encontros, visitas, envio de recados por outras pessoas, etc. Como também já mencionado na primeira parte deste artigo, as condutas que caracterizam o *stalking* não se revestem, à primeira vista, de caráter criminoso. Geralmente são atos normais de afeto e que, no caso concreto, passam a ter caráter de perseguição.

Como o legislador utilizou a palavra “qualquer meio” como instrumento da perseguição, isso englobará as mensagens, postagens em redes sociais, ligações telefônicas etc. Evidentemente que se trata de uma conduta que deve ser reiterada, conforme o próprio tipo penal menciona (CALLEGARI, 2021, s.p.).

Neste ponto, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 147-A. Além de se ter um núcleo preciso e bem definido, que é o que exige o princípio da taxatividade, a expressão “qualquer meio”, embora seja mais ampla, já foi modulada pela doutrina. É o que se denomina de tipo aberto, que ao contrário do tipo vago, que é aquele de conteúdo indeterminado, não fere os princípios constitucionais.

Nessa mesma linha está o entendimento quanto a expressão “qualquer forma”. Para a maioria dos doutrinadores, ambas expressões servem para demonstrar

que, embora de ação vinculada, os atos da perseguição podem se dar de forma livre. Acredita-se, inclusive, que diante da vastidão de condutas inerentes ao *stalking* em si próprio, essa é uma forma de não limitar prejudicialmente o alcance da norma. Nas palavras de Cunha (2021, s.p.): “O crime é de ação livre em todas as suas formas. O tipo penal se refere à ameaça e à restrição da capacidade de locomoção cometidas por qualquer meio, e ao transtorno à esfera de liberdade e à privacidade imposto de qualquer forma”. Neste mesmo sentido:

Não obstante o tipo penal trazer as formas pelas quais o agente criminoso deverá atuar para que haja a subsunção, o legislador diz que estas condutas acima poderão ser praticadas por quaisquer meios ou por qualquer forma. Aqui também não há que se confundir: a lei exige sim condutas determinadas para que ocorra a perseguição, crime de ação vinculada, contudo, estamos diante de ações vinculadas que são, elas mesmas, livres nos meios de prática. Isto é: a perseguição é vinculada; mas a conduta que a caracterizará poderá ser praticada por qualquer meio ou forma (GONÇALVES, 2022, s.p.).

Finaliza-se este raciocínio recordando que o que o princípio da estrita legalidade repreende é a utilização de normas demasiadamente imprecisas, ou que estas sejam utilizadas sem um contexto ou exemplificação que permitam delimitar seu sentido, e que, diante do exposto, foi possível perceber que as expressões “qualquer meio” e “qualquer forma”, embora sejam amplas, são determinadas pelas ações expressas no texto do dispositivo penal, não há que se falar, mais uma vez, em inconstitucionalidade da norma.

Considerações finais

A presente pesquisa tratou sobre a análise da constitucionalidade do crime de *stalking* frente o princípio constitucional da legalidade penal. O estudo mostrou-se relevante devido ao caráter recente das discussões sobre o delito de perseguição no Brasil e de sua tipificação, o que implica na escassez de entendimentos consolidados sobre o tema.

Ao longo da pesquisa, foi possível alcançar todos os objetivos elencados no início do trabalho. No que tange ao objetivo geral – averiguar a constitucionalidade do texto normativo do artigo 147-A do Código Penal Brasileiro, de acordo com o princípio constitucional da estrita legalidade penal –, este foi concluído mediante a leitura das principais doutrinas que tratam sobre a Parte Geral do Direito Penal, sobretudo sobre

conceitos como: tipo aberto e tipo vago, que permitiram chegar-se ao resultado de que não há inconstitucionalidade no citado artigo.

Quanto aos objetivos específicos, todos apresentaram resultados satisfatórios. Através do primeiro objetivo, que consistia em compreender os aspectos gerais da conduta de *stalking*, foi possível chegar a um conceito mais definido, conhecer a legislação dos países precursores na tipificação da conduta (Dinamarca e Estados Unidos da América) e delimitar a abrangência do *stalking* enquanto crime e quanto ao uso cotidiano do termo. Em relação à busca por esclarecer os princípios da legalidade e da taxatividade, estes se mostraram como os principais garantidores dos cidadãos em relação a um Estado de Direito, enquanto detentor do poder de punir, e que, a inobservância desses princípios implica em uma forte ameaça à segurança jurídica. Na intenção de contextualizar o processo de tipificação do ato de perseguição, percebeu-se que a inovação legislativa era extremamente necessária e que causou impactos relevantes no ordenamento jurídico penal, como a revogação do artigo 65 da Lei das Contravenções Penais. Ao estudar os elementos subjetivos e objetivos do crime de perseguição, concluiu-se que este é um crime habitual, possível apenas na forma dolosa, que não admite tentativa e que é processado no âmbito dos juizados especiais comuns, por ser um crime de menor potencial ofensivo. Por fim, com o objetivo de conhecer o que a doutrina leciona a respeito do tema, percebeu-se que há um consenso quanto à constitucionalidade do artigo 147-A, uma vez que a maioria dos doutrinadores associa a utilização das expressões “qualquer meio” e “qualquer forma” aos tipos penais de forma livre. Importante ressaltar que não foram encontradas jurisprudências a respeito do assunto.

Diante do exposto, a hipótese levantada inicialmente, de que o artigo 147-A do CPB, seria inconstitucional, pois utiliza expressões genéricas para descrever a conduta tipificada, foi refutada. No decorrer da pesquisa, foi possível perceber que o núcleo do tipo, qual seja, perseguir, e as ações necessárias para tal fim, estão presentes e descritos com precisão no texto normativo, e as expressões genéricas “qualquer meio” e “qualquer forma” não contrariam o princípio da legalidade, por estarem presentes no texto apenas como complementação. Em uma segunda análise, poderia se dizer que o artigo 147-A é classificado como um tipo penal aberto, que embora faça uso de expressões mais amplas, tem seu alcance determinado, o que, igualmente, não fere o princípio da taxatividade e logo, não é inconstitucional.

Finalmente, expõe-se que a resposta obtida por meio desta pesquisa para o problema por ela enfrentado – a (in) constitucionalidade do artigo 147-A, que criminaliza a perseguição, da forma como está inserido no Código Penal Brasileiro – é de que o crime de perseguição é, sim, constitucional, uma vez que as expressões genéricas que nele constam não contrariam o princípio da estrita legalidade e que o núcleo delimitador do tipo está definido de forma clara e precisa. Destaca-se que a importância do presente trabalho está justamente em demonstrar que o tema é amplo e requer uma análise mais cuidadosa, além de contribuir com uma possível interpretação, baseada nos princípios constitucionais, que valida o dispositivo penal e evita a banalização da sua tipificação. O que se sugere diante desta pesquisa é que a doutrina e a jurisprudência dediquem mais atenção ao assunto, a fim de que se aumente o número de materiais a respeito, de modo a proporcionar melhor orientação sobre esta interpretação aos aplicadores da lei e à população em geral.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra. **O sistema jurídico nos estados unidos: common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers).** O que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, n. 251, jan. 2016.
- AMIK, Luciana Gerbovic. **Stalking.** 2014. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2014.
- BIANCHINI, Alice; ÁVILA, Thiago Pierobom. **A revogação do artigo 65 da LCP pela Lei 14.132 criou uma abolitio criminis?** Revista Consultor Jurídico, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-revogacao-artigo-65-lcp-criou-abolitio-criminis>. Acesso em: 01 nov. 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1995.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro: 1941.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: 1940.

CALLEGARI, André. **Primeiras linhas sobre o delito de *stalking***. Revista Consultor Jurídico, 01 abr. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking?fbclid=IwAR3xtAnxZsz4yyuMJABt2bsw5X4kNq_k7jYJaAU0avUzqfASUDji7q1nBjk. Acesso em: 01 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Artigos 1º a 120. 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei nº 14.132/21**. Meu Site Jurídico, 04 abr. 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiçao>. Acesso em: 02 nov. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Volume Único: Parte Especial**. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

DAVID, Marisa Nunes Ferreira. **A neocriminalização do *stalking***. 2017. Dissertação de Mestrado em Medicina. Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.

ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal: Parte Geral – Artigos 10 a 120**. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. **Primeiras linhas sobre o crime de perseguição (*stalking*)**. Migalhas de Peso, 27 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/362377/primeiras-linhas-sobre-o-crime-de-perseguiçao-stalking>. Acesso em: 01 nov. 2022.

JESUS, Damásio E. de. ***Stalking***. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846>. Acesso em: 27 set. 2022.

LIMA, Alberto Jorge Correia de B. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MELLO, Camille; BARROS, Duda Monteiro. ***Stalking*: denúncias de perseguição intensa não param de crescer no Brasil**. Veja, São Paulo, 29 abr. 2022. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/brasil/stalking-denuncias-de-perseguiacao-intensa-nao-param-de-crescer-no-brasil>. Acesso em: 27 set. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral: artigos 1º a 120 do CP, volume 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Lucas Reich da. **A relação entre os crimes de stalking e ameaça na ordem jurídico-penal brasileira**: uma análise a partir do elemento normativo do tipo. 2022. Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2022.