

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE DOGMÁTICA E REFLEXÃO SOBRE O FATO TÍPICO E ILÍCITO

THE CRIME OF STALKING IN BRAZIL: DOGMATIC ANALYSIS AND REFLECTION ON THE TYPICAL AND ILLICIT FACT

Brunno Pereira Soares Couto¹

Isadora Santiago dos Santos Ferreira²

¹ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e extensionista voluntário do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Faculdade de Direito da UFRGS - vinculado ao Grupo de Estudos e Intervenção em Matéria Penal (GEIP).

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ex-membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia vinculado à Faculdade de Direito da UFRGS.

RESUMO

O presente trabalho objetiva suscitar reflexões sobre o fato típico e ilícito da figura do crime de perseguição, inserido ao corpo do Código Penal brasileiro através da promulgação da Lei n.º 14.132/2021, bem como as implicações oriundas de sua tipificação em atenção aos ensinamentos da dogmática penal. Primeiramente, tratar-se-á da conceituação do crime e dos trâmites a qual foi submetida a conduta da perseguição até sua inserção à legislação penal para, por conseguinte, adentrar no campo da análise penal no que diz respeito à descrição dos elementos que compõem o stalking, por meio do exame específico do fato típico e da antijuridicidade, bem como dos componentes que os integram. Nesse sentido, com o intento de transformar a referida pesquisa em um instrumento capaz de facilitar a compreensão de sentido penal do que possa ser considerado o crime de perseguição e suas implicações, é possível inferir que esse tipo penal preencheu a incerteza jurídica que ocorria com a aplicação da contravenção penal de perturbação à tranquilidade para punir atos persecutórios.

PALAVRAS-CHAVE

Crime de perseguição – Dogmática penal – Fato típico – Antijuridicidade.

SUMÁRIO

Introdução. 1. O novo crime de perseguição. 2. Fato típico. 2.1. Conduta. 2.2. Resultado. 2.3. Nexos de causalidade. 2.4. Tipicidade. 3. Antijuridicidade. Considerações Finais. Referências.

REFERÊNCIA: COUTO, Brunno Pereira Soares; FERREIRA, Isadora Santiago dos Santos. O crime de perseguição no Brasil: análise dogmática e reflexão sobre o fato típico e ilícito. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 7, n. 1, Porto Alegre, p. 161-187, dez. 2022.

INTRODUÇÃO

A perseguição é um comportamento que tem sido reconhecido por diversos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, além de ter adquirido prestígio em abundantes setores das ciências sociais aplicadas, sobretudo a jurídica, como também das implicações do ramo da psicologia. Nesse sentido, em virtude da tipificação desse delito no Código Penal brasileiro e da grande notoriedade que esse comportamento ilícito tem recebido é que se deu a proposta de pesquisa, pois esses acontecimentos trouxeram à tona a lesividade dessa conduta, e seu estudo traz uma nova abordagem ao Direito Penal brasileiro, em especial no exame dos reputados crimes contra a liberdade pessoal.

Consignamos que inúmeros foram os estudos realizados que buscaram explorar as dinâmicas da perseguição, tecendo considerações sobre a necessidade de intervenção penal e sobre os efeitos da sentença criminal na jurisdição do Brasil. Ainda assim, e passados mais de

ABSTRACT

This paper aims at raising reflections on the typical and illicit fact of the stalking crime, inserted in the Brazilian Penal Code through the enactment of Law no. 14.132/2021, as well as the implications arising from its typification in attention to the teachings of criminal dogmatics. First, we will deal with the conceptualization of the crime and the procedures to which the conduct of stalking was submitted until its insertion in the criminal legislation and, consequently, enter the field of criminal analysis with regard to the description of the elements that make up the stalking, through the specific examination of the typical fact and the antijuridicity, as well as the components that integrate them. In this sense, with the intention of transforming this research into an instrument capable of facilitating the understanding of the penal sense of what may be considered the crime of stalking and its implications, it is possible to infer that this penal type filled the legal uncertainty that occurred with the application of the misdemeanor of disturbing the peace to punish persecutory acts.

KEYWORDS

Crime of stalking – Criminal dogmatics – Typical fact – Antijuridicity.

um ano desde que a "lei do stalking" foi promulgada, é perceptível que sua categorização não restou clara para a doutrina, o que se comprova pelo desempenho divergente da jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais e das cortes superiores de justiça.

Um dos principais fatores que levou aos problemas de sua categorização foi a revogação da contravenção penal de perturbação da tranquilidade, porquanto a conduta descritiva da perseguição adentrava-se nas hipóteses dessa contravenção. No momento em que o legislador tratou de tornar objetivamente determinável o conteúdo dessa nova norma penal incriminadora, incidiram-se discussões relativas às questões dogmáticas de adequação dos comportamentos praticados pelos agentes em relação aos antigos e novos fatos.

É precisamente neste contexto que pretendemos, no âmbito deste projeto de pesquisa, solucionar este problema e procurar concorrer à discussão acadêmica concernente ao crime de perseguição. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, apoiando-nos no arcabouço normativo penal brasileiro e das disposições doutrinárias dos princípios da teoria do delito, apontando e levantando entendimentos a respeito do fato típico e da antijuridicidade desse ilícito penal, além das especificidades dadas pelo próprio legislador quando da tipificação do crime.

1 O NOVO CRIME DE PERSEGUIÇÃO

Antes de procedermos à análise dos elementos do crime, mostra-se relevante a indagação realizada por Bechara (2008) tocante à motivação do Direito Penal em ser considerado como instrumento legítimo para eleger determinados comportamentos humanos como crimes e impor-lhes uma sanção específica. Em seus estudos, chegou à conclusão de que o Estado é caracterizado pela total centralização do controle e do poder legítimo, evidenciando-se um dogma absoluto em sua essência pelo *ius puniendi*, do que se revela indispensável à manutenção harmônica da convivência social por meio da renúncia das liberdades individuais, acordada no contrato social, cuja concepção da atuação estatal defronte da ação social condenável orienta-se, portanto, em sua função e instrumentos que se inclinam para o conteúdo material do crime (BECHARA, 2008).

O conceito de crime torna-se essencialmente jurídico e não possui uma definição acertada no Código Penal vigente, incumbindo-lhe à doutrina sua elaboração (MIRABETE, 2021), cuja concepção completa e pormenorizada expõe questões complexas que resultam em consequências diversas devido à dificuldade em indicar uma conduta como crime. No entanto,

observa-se que o delito pode ser conceituado sob o aspecto formal, ou analítico, e sob o aspecto material (ANDREUCCI, 2021).

Atentemo-nos, pois, ao conceito formal do Direito Penal, uma vez que pertence à problemática da norma penal e denota a natureza a qual as normas jurídicas possuem, bem como as estruturas que as permeiam (MIR PUIG, 2003). Neste sentido, considera-se crime aquele que exprime uma conduta humana positiva ou negativa, sendo necessário que essa conduta seja típica e se o fato for antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua sua injuridicidade (MIRABETE, 2021).

Aliás, ensina Nucci (2021, p. 247) que:

[T]em-se o crime como uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade, onde estão contidos os elementos subjetivos dolo e culpa), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).

Acerca disso, perceptível é que a palavra crime tem um sentido forte e único para a sociedade, na medida em que a comunidade é considerada criadora inaugural do crime, qualificando as condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo (NUCCI, 2021), porquanto presente a forma punitiva no controle social institucionalizado que se revela uma séria possibilidade de punição real (ZAFFARONI, 2019).

Como pondera Nucci (2021), essas asserções sociais impõem ao legislador a incumbência de normatizar esse intento em figura típica, estabelecendo a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos, pois

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes de impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar [...] (BECCARIA, 2015, p. 104).

Tal atribuição do legislador de captar os anseios da sociedade no que diz respeito à comportamentos desviantes daqueles socialmente aceitos e considerá-los como atos ilícitos passíveis de inclusão no rol de crimes, exprime a natureza, a fonte e a essência material do delito (NUCCI, 2021).

Estas alterações das relações sociais aludem o descompasso entre o crime material e o delito formal explorado por Nucci (2021, p. 246), no qual “*a sociedade pode acreditar que determinado ilícito deveria ser crime, mas não há o tipo penal; logo, não se pode punir o agente, pouco importando o resultado trágico advindo.*” Ainda de acordo com o autor, esse

descompasso precisa ser evitado por intermédio de reformas periódicas no corpo das leis penais, como é o caso em questão, com a respectiva reforma descriminalizadora, revogando determinados tipos penais em franco desuso premente dos novos conflitos da comunidade contemporânea (NUCCI, 2021).

Além disso, tem-se no princípio da legalidade a premissa fundamental da aplicação legal estatal como pilar dentro das controvérsias penais em que, para que uma conduta seja sancionada penalmente, requer-se que esteja expressamente descrita em uma lei, possibilitando depreender com suficiência a conduta punível e sua pena correspondente (MISARI ARGANDOÑA, 2017). O princípio da legalidade, no entanto, não é uma exigência universal, pois pertence apenas aos ordenamentos jurídicos ocidentais em virtude do princípio democrático na formação de suas regras. Ademais, esse princípio constitucional tem sido aceito no direito penal desde a Revolução Francesa, conforme estabelecido no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem (GRANDE, 2004).

De acordo com Sánchez (2019), a importância do princípio da legalidade ao Direito Penal se dá pelo fato de que nenhum comportamento pode ser considerado delitivo, sequer impor-lhe a seu autor uma pena, sem que haja uma lei que o regule com precisão e previamente à sua realização, a garantir a segurança jurídica que os cidadãos possuem em saber quais são os atos puníveis e as consequências jurídicas desses atos.

O conteúdo da norma penal incriminadora deve ser objetivamente determinável, pois permitirá a dirigibilidade da conduta dos indivíduos na medida em que estes saberão quais condutas serão censuradas, pelo que sua descrição dar-se-á na forma mais objetiva possível, permitindo conteúdo inteligível e adequado ao intérprete e aplicador legislativo (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020). A interposição penal, dessa maneira, submete-se ao princípio da legalidade pela asserção de que não pode haver um crime sem previsão legal e nem pena sem prévia cominação em lei, assegurado pelo art. 1º, do Código Penal, e pelo art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (PACELLI, 2020).

Para mais, o fundamento político democrático-representativo do princípio da legalidade induz-nos à sua matriz político-institucional, ou seja, o monopólio de produção da lei penal cabe apenas ao poder representante da vontade popular em que, por força da lei constitucional, compete privativamente à União legislar sobre matéria penal (MARTINELLI, 2019). Destaca-se que o modelo político escolhido pelo poder constituinte nacional em 1988 exprime uma inevitável distância entre a vontade do titular do poder (povo) e vontade do legislador, em razão dos déficits de legitimidade da produção normativa entre as leis

desejadas e aquelas outorgadas, cujas pautas de interpretação vinculam tanto o legislador quanto o aplicador do Direito (PACELLI, 2020).

Desta forma,

[A]s normas incriminadoras abrigam um juízo de valoração negativa por parte do legislador, relativamente ao comportamento do agente e ao resultado então causado ou provocado. Há em seu interior, então, essencialmente, um desvalor quanto à conduta, suas motivações e/ou ausência do cuidado devido, e quanto ao resultado produzido (PACELLI, 2020, p. 107).

Por esse motivo que, hodiernamente, o processo de inclusão das condutas ilícitas no repertório de crimes no Brasil faz-se mediante a apresentação de um projeto de lei que criminalize a conduta, sendo, posteriormente, admitida, aprovada e sancionada, transformada em lei penal incriminadora (NUCCI, 2021).

Nas palavras de Muñoz Conde (1993, p. 26 *apud* CALLEGARI, 2014, p. 88),

[D]a ampla gama de comportamentos jurídicos que ocorrem na realidade, o legislador seleciona, conforme o princípio da intervenção mínima, aqueles mais intoleráveis e mais lesivos aos bens jurídicos de maior importância e os ameaça com uma pena, descrevendo-os na hipótese de uma norma penal. Com isso, cumpre as exigências do princípio da legalidade ou da intervenção legalizada.

A proposta de tipificação do crime de perseguição se deu através da iniciativa da Senadora Leila Barros (PSB/DF), pelo Projeto de Lei n.º 1.369/2019 do Senado Federal. Pelo exame do relatório, extrai-se que o objetivo central do projeto é a criminalização da perseguição, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma a provocar medo ou inquietação na vítima ou a prejudicar a sua liberdade de ação ou de opinião.

Em sua justificação, a autora informa que a tipificação do crime de perseguição corresponde a um apelo da sociedade e a uma necessária evolução no Direito Penal brasileiro frente à alteração das relações sociais promovidas pelo aumento de casos, que antes poderiam ser enquadrados como constrangimento ilegal, mas que ganham contornos mais sérios com o advento das redes sociais e com os desdobramentos das ações de assédio/perseguições (BRASIL, 2019)

Como indicado por Gennarini (2021), essa proposta foi impulsionada pelo apelo midiático dos crescentes casos de perseguição praticados, geralmente contra as mulheres, em todo o território nacional, sobretudo pelo meio digital. Levando essas informações em consideração, o Poder Legislativo aprovou o texto, ora encaminhado pelo Poder Executivo, criminalizando a conduta e, posteriormente à aprovação, ocorreu sanção por parte do Presidente da República, com a sua consequente aprovação.

Em decorrência disso, promulgada a Lei n.º 14.132/2021, publicada em 31 de março de 2021, o legislador brasileiro revogou o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, que

consistia em molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável. A nova espécie delitiva, portanto, encontra-se introduzida no Capítulo VI da Parte Especial do Código Penal (CP), regulada no art. 147-A e consiste em:

Art. 147-A. 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.

A premissa das garantias asseguradas pelo Estado demonstra que “*os direitos oponíveis pelo homem ao Estado, visavam precipuamente à proteção do indivíduo, à segurança da sua liberdade individual*” (FRANCO, 2019, p. 281), cujo direito à liberdade não é tido somente a partir de uma concepção abstrata, mas em seu conceito jurídico que denota a faculdade que tem o homem de exercer as próprias atividades sem violar o direito dos demais (MIRABETE, 2021). Nesse sentido, constata-se adequada a figuração do crime de *stalking* no capítulo direcionado aos crimes contra a liberdade individual, pois

[T]al direito abrange não apenas o da faculdade de ir e vir, mas também o de realizar ou não realizar essa ou aquela conduta de acordo com a própria escolha, de não ter a paz de espírito turbada por ameaças, de não ter sua residência devassada, senão por ordem legal ou em situações específicas, de não ter devassada sua correspondência ou seus segredos etc (GONÇALVES, 2019, p. 233).

Precisamente nesse contexto de violabilidade à liberdade individual por força de ameaças é que foi adicionada a letra “A” ao art. 147 relativo ao delito de ameaça, dado que encontra similitude com a organização sistemática do Código Penal vigente, bem como pela própria redação do *caput* do art. 147, no qual a “*ameaça é a promessa da prática de mal grave feita a alguém, restringindo sua liberdade psíquica*” (MIRABETE, 2021).

Percebe-se, deste modo, que o legislador tratou de satisfazer, quando da tipificação do tipo penal, todas as exigências, tornando o *stalking*, portanto, um novo crime no Direito Penal brasileiro.

2 FATO TÍPICO

A dogmática penal parte da análise das normas escritas, viabilizando ao intérprete formar o dogma, isto é, a opinião sobre os dispositivos legais, revelando-se uma ciência de interpretação que procura a sistematização na aplicação da norma penal (SILVA, 2016). O conteúdo diferencial descreve sua estrutura, que não é específica a ela, mas comum a todas as normas legais formalmente completas (MIR PUIR, 2003).

Para tanto, faz-se necessário ressaltar a importância do entendimento das asserções implicadas pela teoria geral do delito à análise de tipos penais, porquanto, como afirma Busato (2017, p. 194), opera como “*um mero instrumento, uma verdadeira gramática, um conjunto de regras que pretende facilitar a compreensão de sentido do que possa ser considerado delito e das consequências dessa concepção.*” Segundo o penalista, a teoria do delito contempla entrelaçados conceitos instrumentalizados em torno da identificação do crime como fenômeno, influenciados pelo direcionamento histórico-social em sua composição (BUSATO, 2017), cuja compreensão desses elementos determinam a relevância penal de uma conduta, e das regras que estabelecem a quem, quando e como deve ser punido, a viabilizar circunstâncias para a prática do Direito Penal (BITENCOURT, 2020).

É por esse motivo que se mostra extremamente relevante o estudo do dispositivo jurídico da dogmática para o estudo dos delitos em espécie, na medida em que não se percebe contradição entre a dogmática penal e a política criminal, pois se integram em uma relação recíproca de complementação. Vale dizer, a dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, de tal maneira que todo programa legislado de política criminal se submete a uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar sua aplicação (SANTOS, 2005).

Nessa conjuntura, a política criminal contemporânea se desprende da forma tradicional de cometimento de crime e da determinação normativa de bem jurídico tutelado, pelo que se dissolve à determinação legal do fato punível, viabilizando a flexibilização das possibilidades de aplicação da lei (HASSEMER, 2013).

A teoria do fato punível, nas palavras de Santos (2005, p. 1),

[É] o segmento principal da dogmática penal, o sistema de conceitos construído para descrever o ser do Direito Penal, esse setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal do Estado, como programa oficial de retribuição e de prevenção do crime.

Para o autor, esse elemento é construído através das categorias gerais da ação, da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, pelo que se mostram suficientes à determinação da punibilidade (SANTOS, 2005).

Mais acima,

[O] estudo da teoria jurídica do crime tem por escopo substancialmente – mas não só – investigar quando um fato configura um delito e também, na vida oposta, quando não configura, e, por conseguinte, determinar “as condições de atribuição de responsabilidade penal” (SILVA, 2020, p. 178).

Gonçalves e Lenza (2020) explicam que as normas penais incriminadoras definem as infrações penais e fixam as respectivas penas, em atenção a duas partes: na primeira, o legislador descreve a conduta típica e os demais elementos necessários para que o fato seja considerado criminoso; na segunda, a lei prevê a pena a ser aplicada a quem realizar a conduta típica ilícita.

Passemos, deste modo, a estudar o delito sob a perspectiva do conceito analítico que cuida da ciência do direito, visando, didaticamente, dissecá-lo em seu conteúdo do conceito formal de delito para dele extrair os seus elementos (NUCCI, 2021). Dessa forma, depreende-se que o fato punível é o comportamento humano que provoca um resultado e previsto na lei penal como infração, enquadrando-se perfeitamente nos elementos contidos no tipo penal, quais sejam a conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade (ANDREUCCI, 2021). O escopo do presente trabalho é justamente detalhar o crime de perseguição à luz da dogmática penal, preocupando-se em interpretar, sistematizar os conceitos da lei, elaborar e desenvolver preceitos legais e opiniões doutrinárias.

3.1 Conduta

A etimologia da palavra “conduta”, de origem latina, indica-nos que todas as manifestações assimiladas no termo de comportamentos são ações conduzidas ou guiadas, forma que a conduta humana é, ontologicamente, regida pela vontade e pela consciência (NUCCI, 2021). Não obstante, revela-se indispensável a existência desse binômio entre vontade e consciência: essa, exprime a possibilidade que o ser humano tem de separar o mundo que o cerca dos próprios atos, realizando um julgamento moral das suas atitudes; aquela, indica o querer ativo, apto a levar o ser humano a praticar um ato, restringindo seu poder ao pensamento e a ação consciente, e não pode afetar diretamente processos instintivos ou outros inconscientes³ (NUCCI, 2021).

Denomina-se essas ações como conduta por ser possível identificar com maior clareza uma noção genérica, tal qual o caso da expressão do comportamento humano, por serem capazes de serem determinados como ação ou a omissão (SILVA, 2020). Além disso, a conduta típica merece destaque na medida em que se evidencia como o primeiro dos requisitos exigidos para que um fato seja considerado criminoso, pois “*a conduta penalmente relevante deve obedecer a critérios limitadores do poder punitivo, sempre no sentido de*

³ No que diz respeito ao estado de inconsciência, faz-se importante destacar que essas condutas desinteressam ao direito penal por serem realizadas como reações motivadas inconscientes, exprimindo a inexistência da sobredeterminação do curso causal a partir do fim pretendido. (MARTINELLI, 2019).

atender às finalidades de proteção de bens jurídicos de terceiros” (MARTINELLI, 2019, p. 456), já que

[A] missão do Direito Penal, em sentido amplo, é dirigir as condutas humanas em determinado sentido, e a forma como realiza essa missão é, inicialmente, avaliar as condutas, separando as desejáveis/toleráveis das indesejáveis/intoleráveis, para depois atrelar a essas últimas uma sanção penal (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 204).

O Código Penal brasileiro, de maneira similar à conceituação do crime, também não prevê um conceito de ação ou omissão acertado, pelo que o deixa implícito e atribui sua elaboração à doutrina (BITENCOURT, 2020). Nesse sentido, a importância da conduta foi construída a partir dos debates das primeiras grandes escolas penais, porquanto deliberavam o conceito de conduta penalmente relevante para, a partir disso, desenvolver os demais requisitos inerentes ao delito (MARTINELLI, 2019).

Mostra-se relevante, antes de adentrarmos ao exame dogmático da conduta típica do crime de *stalking*, distinguir as principais teorias penais relativas à conduta típica dos delitos. Nesse rumo, a primeira a ser examinada é a teoria causalista, cujo nome deriva da causalidade por se basear em uma relação de causa e efeito (BRANDÃO, 2000), e que, sob a influência do positivismo naturalista, desenvolveu-se a partir de 1880 e dominou a doutrina por aproximadamente três décadas (MARTINELLI, 2019).

Para essa teoria,

[A] conduta é um comportamento humano voluntário no mundo exterior, que consiste em fazer ou não fazer. É um processo mecânico, muscular e voluntário (porque não é um ato reflexo), em que se prescinde do fim a que essa vontade se dirige. Basta que se tenha a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que queria, para se afirmar que praticou a ação típica (MIRABETE, 2021, p. 104).

Assim, a conduta humana estaria reduzida a uma relação de causa e efeito sob um movimento corporal voluntário de efeito causal consistente na modificação do mundo exterior (MARTINELLI, 2019). Extrai-se, a partir dessa concepção, que a conduta possui três elementos conceituais: o movimento corpóreo que se cinge ao movimento corporal do agente, sendo resumido no movimento físico; o movimento voluntário em que basta a voluntariedade da conduta, mostrando-se irrelevante o fim a que se dirige o agente, dado que a voluntariedade se representa pela ausência de coação mecânica; e o nexos de causalidade para a referência do resultado para a conduta (MARTINELLI, 2019).

Dessa forma,

[S]e o nexa entre o movimento corporal e o resultado é assim necessário, dizemos que o movimento corpóreo é a causa do resultado, que este é o efeito daquele, ou seja, aplicamos à relação do movimento corpóreo e o resultado a categoria da causalidade (LISZT, 2003 *apud* MARTINELLI, 2019, p. 457).

Como já explicado, o sistema causal fundamenta-se na distinção básica entre causal-objetivo e anímico-subjetivo, de modo que esse pensamento restou prevalecido em virtude do descobrimento de elementos subjetivos na antijuridicidade e, particularmente, com o reconhecimento de que na tentativa o dolo se apresenta um elemento subjetivo do injusto (BITENCOURT, 2020).

Posteriormente, criou-se a teoria finalista “na primeira metade do século XX, e aperfeiçoada logo em seguida à queda do nacional-socialismo alemão, na segunda grande guerra” (BRANDÃO, 2000, p. 91), trazendo grandes modificações para o sistema clássico, sobretudo no que tange às compreensões de natureza objetiva e subjetiva, atentando-se para a vontade, o dolo e a culpa (SILVA, 2004), apresentando-se em oposição ao conceito causal de ação e da separação entre vontade e seu conteúdo (BITENCOURT, 2020).

Segundo Hans Welzel, o maior representante do finalismo, a conduta humana era o exercício de atividade final e não somente causal. Depreende-se textualmente: “A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o fato causal resulta da constelação de causas existentes em cada momento. Por isso, a finalidade seria vidente e a causalidade é cega”. (MARTINELLI, 2019, p. 461).

Todo o comportamento do homem possui uma finalidade, cuja conduta alude a uma atividade final humana e não a um comportamento meramente causal, pois manifesta um fazer (ou não fazer⁴) voluntário que implica, necessariamente, uma vontade dirigida a um fim. Dessa maneira, a partir da análise da conduta passou-se a observar o elemento volitivo na forma como as ações foram executadas (HASSE, 2010), exprimindo a compreensão de que a finalidade se fundamenta “na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim” (BRANDÃO, 2000, p. 92).

Na definição de Welzel (1997 *apud* JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 214),

Ação humana é o exercício de uma atividade final. Ação é, por isso, um acontecer final e não somente causal. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de suas atividades, propor-se, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme seu plano, à consecução desses fins.

⁴ A definição da omissão pela teoria finalista, “residiu na tentativa de concebê-la atrelada à ciência do ser, quando, verdadeiramente, apenas poderia ser retratada vinculada às ciências do dever ser, pois a omissão significa deixar de realizar a ação que a norma impõe ao sujeito, ou seja, é descumprir um dever (normativo) de ação.” (MARTINELLI, 2019, p. 465).

A vontade se propõe aos fins e escolhe os meios para alcançá-los e dar-lhes eficácia causal ao conceito final de ação (LUNA, 1980). Daí compreende-se que a ação deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser e passa a ser uma expressão simbólica de uma atividade, porquanto o tipo de ação é uma categoria composta por todos os pressupostos da ação que cumpram a função de definir de que classe da ação lida o tipo penal (BUSATO, 2017).

Não obstante, as divergências existentes pelas teorias penais a despeito das asserções sobre a conduta típica foram sobrepujadas por nosso ordenamento jurídico, uma vez que a teoria majoritariamente aceita no Brasil foi a teoria finalista (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020), pelo que o conteúdo da vontade está exposto na ação e integra a própria conduta que, portanto, precisa ser apreciada juridicamente (MIRABETE, 2021). Para a concepção jurídica, a *“conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade [...]”* (NUCCI, 2021, p. 117).

Para a conduta, constituem elementos principais um ato de vontade dirigido para uma finalidade e a manifestação dessa vontade, que abarca o aspecto psíquico e o aspecto mecânico (MIRABETE, 2021). Destarte, mostra-se relevante explicitar que a direção final da ação se realiza nessas duas etapas – subjetiva e objetiva – (BITENCOURT, 2020), que precisam ser distinguidas conceitualmente em consequência de que as simples ações diárias se entrecruzam entre os delitos (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020), na tentativa de particularizar o crime de perseguição em relação aos demais.

Nos dizeres de Junqueira e Vanzolini (2020), a primeira etapa da conduta (subjetiva) transcorre integralmente na esfera do pensamento e inicia com a antecipação do fim que o autor pretende realizar, denotando o objetivo pretendido, bem como da seleção dos meios adequados à consecução do fim, pelo que

[O] autor determina, com base em seu saber causal e um movimento de retrocesso a partir deste fim, os fatores causais que são requeridos para o êxito deles, inclusive aquele movimento corporal com o qual pode pôr em marcha toda a cadeia casual (meios de ação) (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 214).

Além disso, deve-se seguir a seleção dos efeitos concomitantes pertinentes à utilização dos meios e propósitos a serem alcançados para o cumprimento dessa finalidade (BITENCOURT, 2020), no qual a

[C]onsideração dos efeitos concomitantes pode induzir o autor a reduzir os meios escolhidos até aquele momento, ou a selecionar fatores antagônicos adicionais que impeçam a produção dos efeitos concomitantes ou, em caso contrário, a dirigir a ação de modo a evitá-los (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 214).

Requer-se, ademais, o adimplemento da ordem objetiva, que ocorre no mundo real pela execução da ação, material e efetiva, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento (BITENCOURT, 2020), ou seja, o autor realiza sua ação no mundo real, pondo em prática, conforme o plano, os meios de ação escolhidos com anterioridade, do qual o resultado é o fim incorporado aos efeitos concomitantes que estão incluídos no complexo total a realizar tal conduta (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020).

No Direito penal vigente, à vista disso, “*cabe ao legislador desvalorar a conduta em seus predicados negativos para ordenar como deve ser essa estrutura, mas a conduta permanece inalterada ou continua a ser o que ela é*” (MARTINELLI, 2019, p. 462). Na hipótese do crime de *stalking* brasileiro, o autor pretende ameaçar a integridade física ou psicológica de determinada vítima, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade (proposição do fim), de modo reiterado e por qualquer meio (seleção dos meios), para, por conseguinte, raciocinar sobre a distância da prática e a quantidade de pessoas que circundam a perseguição (análise dos efeitos concomitantes) para, por último, executar a ação.

Percebe-se, portanto, que a finalidade da ação desse delito é vidente, ao passo que a causalidade é “cega”, pois a

[A]ção final já fez, mentalmente, o caminho de ida e o de volta. A partir do resultado desejado, voltou atrás e escolheu o meio. A partir do meio, foi de novo para frente e analisou todos os outros possíveis resultados. Então, decidiu e agiu, em uma conduta dirigida e orientada pelo que já antecipou mentalmente (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 215).

Além disso, a doutrina brasileira classificou os delitos quanto à conduta em omissivos, aqueles praticados mediante uma omissão, e comissivos, aqueles praticados mediante uma ação (BUSATO, 2017), segundo o qual os tipos penais incriminadores descrevem, portanto, uma omissão ou ação, sendo possível compreender a importância à percepção da conduta de acordo com a descrição prévia do legislador, uma vez que sem ela não se constitui crime (SILVA, 2020).

Nessa esteira, “*a omissão tem como substrato natural uma ação finalista efetivamente realizada (e não esperada pelo ordenamento jurídico), sendo, todavia, correto dizer que a omissão é um juízo normativo*” (PRADO, 2015, p. 253), na medida em que se valoriza uma conduta negativa, isto é, um comportamento de não fazer o que a lei determina,

refletindo à omissão na transgressão dessa norma e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico, pois basta que o autor se omita quando deva agir (MIRABETE, 2021). Por sua vez, os crimes comissivos são aqueles em que o agente pratica uma atividade positiva por meio de uma ação, um comportamento em que o agente faz ou realiza algo, tem-se, aqui, hipóteses em que o legislador determina um não fazer e o agente comete o crime no instante em que realiza aquilo que a lei proíbe (GONÇALVEZ; LENZA, 2020).

Note-se, por consequência, que o *stalking* enquadra-se na conjectura comissiva, em razão de que sua tipificação se deu na proibição da ação do indivíduo em perseguir outrem com a finalidade de ameaçar a integridade física ou psicológica, restringir-lhe a capacidade de locomoção ou invadir ou perturbar sua esfera de liberdade ou privacidade.

3.2 Resultado

O resultado é outro elemento integrante do fato punível e pode ser analisado com base em critérios naturalísticos ou jurídicos (NUCCI, 2021). Segundo um conceito naturalístico, o resultado é a modificação do mundo exterior provocado pela conduta, apresentando-se como o efeito natural da ação que a configura, aduzindo ao fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade (MIRABETE, 2021).

Junqueira e Vanzolini (2020), sem embargo, indicam que são três as espécies desses efeitos do delito sob o viés naturalístico: a) físicos, como a destruição de um objeto no crime de dano; b) fisiológicos, como a morte de alguém no homicídio ou a perda de um membro na lesão corporal; ou c) psicológicos, como a percepção de uma palavra ofensiva na injúria ou o abalo à reputação nos crimes de calúnia ou difamação.

Enfatiza-se, ainda, que “*grande parte dos delitos de nossa legislação tem como pressuposto intrínseco à sua consumação a necessidade de ocorrência de um resultado no mundo exterior*” (GALLEGARI, 2014, p. 51). É a partir dessa concepção que se depreende as classificações dos crimes em materiais, formais e de mera conduta (ANDREUCCI, 2021).

Por crimes materiais ou de resultado, assimila-se a noção de que o tipo requer para a sua consumação a produção de um resultado, material ou ideal (CALLEGARI, 2014). Inobstante, há a necessidade de que esse resultado externize-se à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta (MIRABETE, 2021), geralmente posterior, mas às vezes simultâneo a ela, apresentando-se, dessa maneira, como parte integrativa do próprio tipo penal (CALLEGARI, 2014).

Outrossim, os crimes formais expõem uma descrição específica que passa a integrá-lo, mas não o coloca no nível objetivo, pondo-o apenas no âmbito da tipicidade subjetiva (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020). Para mais, inexistente a necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, assim como o resultado jurídico previsto no tipo intercorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta, distinguindo-se, portanto, do crime material em razão da separação lógica e não cronológica entre a conduta e o resultado já que a lei antecipa o resultado do tipo (MIRABETE, 2021).

Os crimes de mera conduta, por último, “são aqueles em que o tipo somente requer uma determinada conduta, ativa ou passiva, e não descreve qualquer resultado” (CALLEGARI, 2014, p. 23). Nesses delitos, o tipo consuma-se na mera ação do autor, não sendo necessário que se verifique um resultado exterior (CALLEGARI, 2014), pelo que o legislador somente descreve a conduta do sujeito ativo (ANDREUCCI, 2021).

Superadas as distinções classificatórias concernentes à concepção naturalística, salienta-se que o critério jurídico foi adotado pelo legislador pela análise da manutenção à menção de que não há crime sem resultado (NUCCI, 2021). O critério jurídico ou normativo, nessa conjuntura, “é a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado” (NUCCI, 2021, p. 330). Por ora, basta-nos essa breve conceituação do critério jurídico do resultado, uma vez que triunfa, na doutrina brasileira, o conceito naturalístico do resultado (NUCCI, 2021).

Faz-se necessário, no entanto, fragmentar o *stalking* à análise das classificações acima expostas. Dessa maneira, repara-se que o tipo pode ser considerado um crime formal por ser praticado mediante ameaça, não lhe sendo exigido para a sua concretização o resultado, visto que o delito se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento da ameaça. Ainda, o crime de perseguição classifica-se como material no que diz respeito à restrição da liberdade de locomoção e à esfera de liberdade ou privacidade, pelo qual o tipo exige, para ocorrer a tipificação da perseguição, a factual restrição da locomoção ou invasão ou perturbação, de sorte que precisa ser exposto como material.

3.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade, por sua vez, integra o fato punível em virtude da premente necessidade de averiguar se o resultado é ou não imputável ao agente, vale dizer, se foi este

que deu causa ao resultado delituoso (ANDREUCCI, 2021). Isso em razão de que não há que se falar em fato típico sem a imprescindível verificação do nexo de causalidade entre o resultado e o seu comportamento, atentando-se à conclusão de que todos os delitos possuem um resultado e o vínculo que o liga a uma conduta é conhecido como nexo de causalidade, traduzindo-se, dessa maneira, em um elemento objetivo do tipo penal (SALGE, 2004).

Sobre o tema, “*existem várias teorias que estudam a ação e a omissão como causas do crime*” (ANDREUCCI, 2021, p. 102), no entanto,

[A] busca de estabelecer critérios para a relação de causalidade no âmbito jurídico-penal pode ser dividida basicamente em duas vertentes: uma uniforme, onde figura uma única teoria (da equivalência dos antecedentes) que se relaciona estreitamente à perspectiva das ciências naturais e que trata igualmente distintas contribuições para o resultado; outra diferenciadora, na qual se inserem diversas teorias, como a da causalidade adequada, a da relevância causal, a da relevância típica, a da qualidade do efeito ou da causa eficiente e a da causalidade jurídica, que tratam de estabelecer entre as possíveis contribuições para o resultado as “causas” através de uma diferenciação das características delas (BUSATO, 2017, p. 309).

Inobstante, a teoria adotada pelo nosso sistema penal foi a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*), pois a partir da mera leitura do artigo 13 do Código Penal⁵ é possível inferir que a primeira parte afirma que a relação de causalidade se limita aos crimes de resultado, como também a segunda parte consagra expressamente a adoção da *conditio sine qua non*, para terminar a relação de causalidade (BITENCOURT, 2019). Em consonância dessa teoria, para a efetiva verificação do nexo de causalidade de um delito, faz-se necessária a utilização do método de eliminação hipotética (SALGE, 2004), “*segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente sem afetar o resultado*” (MIRABETE, 2021, p. 113).

A par disso, esse método respalda-se no preceito de suprimir mentalmente determinado fator e observar o impacto sobre o evento, advindo o silogismo de que a causa é toda a situação que, uma vez suprimida, provocaria também o desaparecimento do resultado (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020). Dessa maneira, é causa do dano físico ou psíquico, da restrição da capacidade de locomoção ou da invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade a atividade ilícita do agente constituída em perseguir outrem, reiteradamente ou por qualquer meio, pois contribuiu para o resultado e, inexistindo a perseguição, o evento de dano, restrição, invasão ou perturbação não se teria produzido.

⁵ Art. 13, CP: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

3.4 Tipicidade

A legislação penal, como já explorado anteriormente, cuida do princípio da legalidade, abarcando também o do reserva legal, como se referindo apenas à exigência de prévia tipificação penal do comportamento proibido, em virtude da premissa de que não se pode permitir qualquer margem de arbitrariedade judicial na aplicação de sanção a um fato definido em lei (PACELLI, 2020). Nessas condições, mostra-se evidente que o crescente desenvolvimento e a importância que circunda o princípio da legalidade no Direito penal proporciona o reconhecimento de destaque à análise do conceito de tipo, uma vez que o tipo é o instrumento essencial para limitar o poder punitivo estatal e determinar a liberdade de conduta dos indivíduos (MARTINELLI, 2019).

A expressão “tipo” foi obtida através da palavra *Tatbestand* proveniente do verbete do antigo povo germânico, pelo que sua tradução, em sentido literal, indica-nos a hipótese do fato e consiste à sua essência legal, tratando-se de um fato juridicamente relevante (NUCCI, 2021), porquanto “*descreve um fato abstrato que, se ocorrer no caso concreto, poderá configurar crime*” (MARTINELLI, 2019, p. 472).

Entende-se por “tipo”, em seu sentido incriminador, a descrição feita pelo legislador em uma norma, de uma conduta proibida, que abrangerá uma série de elementos para que essa conduta seja considerada um delito. Logo, a tipicidade totaliza-se na conformidade e correspondência da conduta concretamente praticada à descrição abstrata contida na norma pelo flagrante encaixamento da ação ou omissão àqueles elementos consubstanciados na norma penal, que constituem o tipo (CALLEGARI, 2014).

O tipo penal, ademais, alude a ideia de modelo e uma figura puramente conceitual não sendo, normalmente, empregada pela lei, mas introduzida no Código Penal com a reforma da Parte Geral de 1984 (MIRABETE, 2021). Destarte, a presença do tipo penal no ordenamento jurídico atual

[T]em a função de delimitar o que é penalmente ilícito e o que é penalmente irrelevante; tem, ainda, o objetivo de dar garantia aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delito, bem como tem a finalidade de conferir fundamento à ilicitude penal. Note-se que o tipo não cria a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em crime (NUCCI, 2021, p. 307).

Este elemento do delito, conforme Martinelli (2019), cede uma função na dogmática penal decorrente do princípio da legalidade e se traduz em uma relação de adequação entre a conduta e a própria lei penal, cujas funções foram bem-conceituadas com o progresso das ciências penais e com a descoberta dos elementos da estrutura do delito. Ainda de acordo com

o autor, “as concepções funcionalistas também atribuem determinadas funções que extrapolam a dogmática, conforme as exigências de prevenção geral e especial da pena” (MARTINELLI, 2019, p. 474).

A função primordial do tipo é de garantia, na medida em que o tipo penal é a garantia de que o Estado não poderá punir as condutas que não estejam previamente descritas como crime, isso porque “o Estado, munido do *jus puniendi*, somente poderá exercê-lo se determinada ação ou omissão estiver prevista no ordenamento jurídico como delituosa, ou seja, estiver tipificada” (CALLEGARI, 2014, p. 91).

A referida função decorre do princípio da reserva legal em razão de que contém a descrição da conduta, a que o fato deve ajustar-se, ofertando, conseqüentemente, segurança jurídica ao cidadão, que tem o direito de saber se a sua ação é ou não punível (CALLEGARI, 2014).

Seguidamente, frisa-se a função delimitadora do tipo em relação ao *iter criminis* por precisar quando uma conduta ensejará o delito e afirmar que o agente ingressou na esfera do ilícito, tornando-se necessário estabelecer a partir de quando se pode punir a conduta, pois algumas fases do *iter criminis* não são puníveis (CALLEGARI, 2014). Coaduna-se, aqui, a função em referência à regulação do erro já que o tipo penal possui o dever de diferenciar as diversas espécies de erros às quais se atribuem distintos tratamentos, uma vez que, se o erro incidir sobre os elementares do tipo, haverá exclusão do dolo, como também ocorre nos casos de erro de proibição, em que pode o indivíduo praticar uma conduta sem ter conhecimento de sua ilicitude (MARTINELLI, 2019).

Por último, a função interpretativa do tipo destaca-se porque denota o caráter político-criminal, pois é através da leitura do tipo que se averigua a relevância penal do comportamento descrito em lei (MARTINELLI, 2019), devido à compreensão de que o tipo é preminentemente descritivo por ser composto de elementos objetivos, sobressaindo-se o verbo por exteriorizar a palavra que serve gramaticalmente para a distinção uma ação, como também de elementos subjetivos ou normativos (MIRABETE, 2021). Esse binômio de elementos intrínsecos do tipo é indispensável para a existência da tipicidade, dado que não é somente o fato, objetivamente considerado, da mesma forma que sua antijuridicidade e os elementos subjetivos que se subsumam a ele (MIRABETE, 2021).

Segundo Callegari (2014) os elementos objetivos são aqueles que podem ser identificados pelo sentido do autor ou de outra pessoa qualquer, dividindo-se em descritivos, que não necessitam de um juízo de valor para a sua compreensão, apreensíveis diretamente pelo intérprete, e normativos, aqueles que, necessariamente, precisam de um juízo de valor,

não sendo compreensível à simples leitura. Por outro lado, Nucci (2021) aduz que o elemento subjetivo é constituído do segmento associado à vontade do sujeito, podendo ele ser implícito, como ocorre com o dolo, bem como explícito, quando houver menção no tipo penal a respeito da finalidade.

O dolo, presente no tipo subjetivo, é elemento comum a todos os tipos penais, pois a maior parte das condutas tipificadas em lei evidenciam a modalidade dolosa, ressalvadas as culposas (MARTINELLI, 2019), apresentando-se pela atribuição ao sujeito do conhecimento e da vontade de realização do fato delitivo.

Para além, o dolo

[E]m sentido técnico penal, é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito, ou seja, é o elemento subjetivo que concretiza os elementos do tipo. O crime é considerado doloso quando o agente prevê objetivamente o resultado e tem a intenção de produzir esse resultado ou assume o risco de produzi-lo, conforme preceitua o art. 18, I, do CP (PACELLI, 2020, p. 253).

Desta forma, o crime de perseguição revela-se como um crime doloso, melhor dizendo, perceptível a noção de que se faz presente no agente a vontade de realização do tipo subjetivo do ilícito. Não nos escapa o paradoxo tocante à dificuldade de demonstração do dolo como realidade psicológica pela ausência de instrumentos jurídicos aptos a realizar sua prova, conquanto o dolo se apresenta não apenas como uma realidade psicológica, mas sim como o resultado de sua atribuição (BUSATO, 2017), isso porque, em circunstâncias de absoluta inconsciência psicológica, sequer pode constatar-se a existência de conduta, quanto menos, de conduta dolosa (FERNANDES, 2021).

Com isto, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência adotam a teoria volitiva do dolo, de modo que seu elemento se assenta na premissa psicológica da vontade, percebida na forma cotidiana como querer a realização do crime (MARTINELLI, 2019). Sem embargo, o elemento volitivo depende do componente cognitivo prévio, dado que só é possível querer o que previamente se conhece, possibilitando dizer que o autor, ao agir, quer realizar cada um dos elementos que compõem a conduta que foram por ele representados (BUSATO, 2017).

Assimiladas as compreensões inerentes aos elementos do tipo penal, resta investigar a adequação da tipicidade, pois “*a tipicidade, ou seja, a adequação de uma conduta a uma norma penal, pode ocorrer de duas formas: direta ou de subordinação imediata e indireta ou de subordinação mediata, por extensão ou ampliada*” (CALLEGARI, 2014, p. 93).

Neste momento, basta-nos o entendimento da adequação direta por ser aquela em que o delito possui todos os elementos necessários à subsunção do fato, não necessitando do

auxílio de outra norma (CALLEGARI, 2014). No caso, há tipicidade no *stalking* se o agente pratica a conduta de “perseguir” (elemento objetivo), mas só há o crime se ocorrer “reiteradamente e por qualquer meio” (elemento normativo), bem como somente haverá o tipo se a perseguição for praticada a outrem “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” (elemento subjetivo).

3 ANTIJURIDICIDADE

O surgimento desse substrato do crime, em verdade, deu-se através de um estudo de Direito Civil, realizado por Jhering, em 1867, que dá origem à bipartição da análise do ilícito em uma antijuridicidade objetiva e uma culpabilidade subjetiva (BUSATO, 2017).

Conforme bem relembra Bitencourt, “Ihering percebeu que a posição do ‘possuidor de boa-fé’ era diferente da do ladrão. Ao primeiro, precisamente por sua boa-fé, não se lhe pode censurar por ter em seu poder a coisa alheia. Já ao segundo, sim, como registro da reprovabilidade social de sua consuta”. Entretanto, mesmo diante desse quadro, não se pode considerar que o possuidor de boa-fé tenha atuado de conformidade com o ordenamento jurídico. Desse modo, a situação do possuidor de boa-fé resulta ser contrária ao direito e, portanto, antijurídica, porém, sua atitude não pode ser castigada, por não ser culpável (BUSATO, 2017, p. 439).

Daí que o legislador estabelece normas jurídicas para garantir a proteção da convivência do homem na sociedade, pelo que se mostram exigências ajustadas à ordem da comunidade, pois seu sentido racional apela à compreensão dos sujeitos de direito e reclamam à obediência cívica, prescrevendo-lhes um juízo positivo que favoreça os valores ou proíbe o comportamento contrário desses (CALLEGARI, 2014). É precisamente nesse contexto em que Busato (2017) nos informa que o exame da contrariedade à norma foi reconhecido como tema essencial para a teoria do delito, pois essa asseveração de ocorrência desvaliosa para a conduta se apresenta como um dos temas basilares a serem enfrentados em qualquer estrutura teórica de atribuição da responsabilidade.

O entendimento da antijuridicidade produz-se atendendo à ramificação entre as perspectivas formal e material, assim, tal elemento é “*material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal, porque seu porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica*” (NUCCI, 2021, p. 397). Sob esse prisma, “*o principal efeito prático derivado da adoção do conceito de ilicitude material é a possibilidade de incorporação ao sistema de causas supralegais de exclusão da ilicitude com base no princípio da ponderação de bens*” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 371),

uma vez que é notória a apreciação de que todo crime é antijurídico, exceto aqueles que possuam causas de justificação (CONDE; CAMPO, 2019), positivadas no art. 23⁶ do Código Penal.

Em virtude dessas causas de justificação é que se faz crescente o número de autores que recusam a noção de antijuridicidade material, ora por reputá-la desnecessária, ora por considerá-la contrária à construção dogmática de uma legislação penal democrática, sob o argumento de que não se precisaria mais recorrer às causas supralegais, pois a própria lei viabiliza decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020).

Ainda,

[C]ontinuam a advertir os autores que, se o conceito de antijuridicidade material não é necessário, já que não é necessária nenhuma causa supralegal de exclusão de antijuridicidade, entretanto, isso pode mesmo ser nefasto, na medida em que fundamenta a possibilidade de criação de um “injusto supralegal” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2020, p. 371).

Superadas as arguições contrárias à antijuridicidade material, salienta-se que a ótica material da ilicitude não se trata apenas de afirmar as condutas tipicamente antijurídicas, mas sim de analisar qual a motivação pela qual o Direito penal decidiu desvalorizá-la, ou melhor, averiguar o que constitui seu conteúdo injusto (MIR PUIG, 2011), o que se mostra, hodiernamente, relevante para a análise dogmática dos delitos.

À vista disso, no tipo de perseguição (“perseguir alguém”, reclusão, de seis meses a dois anos) constitui-se intrínseca à norma o imperativo de não perseguir. A forma de conduta proibida, portanto, é afirmativa: perseguir alguém, sob pena de ser condenado a uma pena de reclusão de seis meses a dois anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perseguição, ainda que seja um fenômeno que sempre ocorreu nas vinculações humanas, é um tema que, sobretudo nas disposições penais brasileiras, apenas no último ano, recebeu realce nas relações jurídicas, pois muitos são os casos já manifestados dessa conduta.

Consignamos que o Estado detém total controle e poder legítimo, em conformidade ao princípio da legalidade e, por isso, a motivação da inserção da perseguição no Brasil se deu em virtude do apelo social e da necessária evolução das ciências criminais brasileiras frente às

⁶ Art. 23, CP: Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

alterações das relações sociais promovidas pelo aumento de casos desse comportamento delitivo. A introdução desse crime veio com a proposta da Senadora Leila Barros (PSB/DF), a qual possuía por objetivo central a criminalização da perseguição. Dessa maneira, incorporou-se ao lado dos crimes contra a liberdade individual essa nova espécie delitiva, posta no Capítulo VI da Parte Geral do Código Penal, sob a forma do artigo 147-A, tornando o *stalking* um novo crime no Direito Penal.

Tendo observado o panorama legislativo relativo à perseguição, importa referir a relevância das conjecturas implicadas pela teoria geral do delito para a análise de tipos penais. Ainda, frisa-se que é responsabilidade do legislador, quando da tipificação de normas penais incriminadoras, realizá-las através da descrição de uma conduta típica e os demais elementos necessários para o fato ser considerado criminoso.

Considerando os obstáculos ainda enfrentados pela aplicação desse delito, procuramos basear-nos em estudos doutrinários concernentes à dogmática penal, alicerçada às asserções da política criminal, de modo a permitir facilitar sua compreensão de sentido penal do que possa ser considerado o *stalking* e suas implicações. Isto posto, chegamos ao exame dogmático do crime e à reflexão sobre esse fato típico e ilícito.

A conduta deve ser tida por viés ontológico e exprimida pela consciência humana, de modo que sua importância ao estudo se demonstrou em razão de ser um dos requisitos exigidos para o fato ser considerado criminoso. Dessa maneira, o legislador categorizou a conduta da perseguição como o ato de perseguir alguém, pretendendo ameaçar a integridade física ou psicológica da vítima, encaixando-se na conjectura comissiva, dado que a tipificação se deu na proibição da ação positiva do indivíduo em perseguir outrem com o intuito de ameaçar a integridade física ou psicológica, restringir a capacidade de locomoção, invadir ou perturbar a liberdade ou privacidade.

Ademais, cabe destacar o resultado, que é outro elemento do fato punível, o qual se dá pela modificação do mundo exterior provocado pela conduta, que possui três efeitos do delito, quais sejam o físico, o fisiológico e o psicológico, classificando-os em crimes materiais, formas e de mera conduta. Desse modo, o *stalking* fragmentado pode ser classificado como crime formal por ser praticado mediante ameaça, como também material, no que diz respeito à restrição da liberdade de locomoção.

Por sua vez, o nexos de causalidade engloba a pesquisa em virtude da premente necessidade de averiguar se o resultado é ou não imputável ao agente, de modo que não se pode falar em fato típico sem a imprescindível verificação do nexos de causalidade entre o resultado e o seu comportamento. Assim, conclui-se que é causa do dano físico ou psíquico,

da restrição da capacidade de locomoção, da invasão ou da perturbação da esfera de liberdade ou privacidade a atividade ilícita do agente constituída em perseguir outrem, reiteradamente ou por qualquer meio, pois contribuiu para o resultado e, inexistindo a perseguição, o evento de dano, restrição, invasão ou perturbação não se teria produzido, pelo que se mostra evidente o nexo de causalidade existente no crime de perseguição.

Na esfera da tipicidade, percebe-se que o fato é típico na medida em que o agente pratica a conduta de perseguir, mas que, entretanto, só há crime se, de fato, incorrer à sua execução de modo reiterado e por qualquer meio, tal qual somente haverá o tipo se a conduta for praticada a outrem.

Por último, o entendimento da antijuridicidade produz-se atentando para a ramificação entre as perspectivas formal e material, entendendo-se pela notória apreciação de que todo crime é antijurídico, com exceção daqueles que possuem causas de justificação. Inobstante, salienta-se que a ótica material da ilicitude não se trata apenas de afirmar as condutas tipicamente antijurídicas, e sim de análise da motivação pela qual o Direito Penal decidiu desvalorizá-la e que, dito isto, infere-se que no tipo de perseguição é constituído intrínseco à norma o imperativo de não perseguir, cuja forma de conduta proibida é afirmativa, perseguir alguém, sob pena de ser condenado a uma pena de reclusão de seis meses a dois anos.

Levando-se em consideração esses aspectos mencionados é crível asseverar que o objetivo do artigo de detalhar o crime de *stalking* à luz da dogmática penal restou cumprido, abordando os aspectos do novo crime de perseguição, adentrando no fato típico, conduta, resultado, nexo de causalidade, tipicidade e, por fim, antijuridicidade. E assim, a inclusão desse novo crime surgiu no Direito Penal brasileiro a fim de suprir os anseios sociais e aplicar maior robusteza para punir atos persecutórios, de modo que seja possível frear o aumento desse crime.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro: 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411-436. São Paulo, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal volume 1*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDÃO, Cláudia. Teorias da conduta no direito penal. *Revista Informação Legislativa*, v. 37, n. 148, p. 89-95. Brasília, 2000.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

_____. *Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contavenções Penais. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941.

_____. *Lei n.º 14.132/2021, de 31 de março de 2021*. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União, DF, Brasília, 2021.

_____. *Projeto de Lei n.º 1.369, de 2019*. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, tipificando o crime de perseguição e dá outras providencias. Senado Federal, DF, Brasília, 2019

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

CONDE, Antonio Zárate; CAMPO, Eleuterio González. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2019.

FERNANDES, Fernando Andrade; FALCO, Giuseppe Cammilleri. O dolo como juízo de valor: sobre o fundamento axiológico dos elementos normativos do dolo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23, n.º 130. Brasília, 2021.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GENNARINI, Juliana Caramigo. A criminalização do stalking. *Revista de Direito Penal e Processo Penal*, v. 3, n.º 1, p. 67-79. Jundiaí, 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte especial (arts. 121 a 183)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (org). *Direito Penal esquematizado: parte especial*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRANDE, Elisabeth. Droit pénal et principe de légalité: la perspective du comparatiste. *Revue Internationale de droit comparé*, Paris, v. 56, n.º 1, p. 119-129, 2004.

HASSE, Dorita Ziemann. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 13, n.º 2, p. 169-191. Umuarama, 2010.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 1, n.º 1, p. 37-46. Porto Alegre, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUNA, Everaldo da Cunha. Teoria finalista da ação. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 4, n.º 2, p. 223-230.; Goiás, 1980.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. São Paulo: Atlas, 2021.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Montevideú: B de F, 2003.

MISARI ARGANDOÑA, Carlos. *Derecho penal: parte general: manual autoformativo interactivo*. Huancayo: Universidad Continental, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SALGE, Cláudia Aparecida. A teoria da imputação objetiva e o nexó de causalidade no Direito Penal. *Revista Jurídica UNIJUS*, v. 1, n.º 1, p. 35-48. Minas Gerais, 2004.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC, 2005.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2020.

SILVA, Davi André Costa. *Manual de direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SILVA, Jovanessa Ribeiro da. Teorias da conduta no Direito Penal. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*, v. 5, n.º 8, p. 95-100. Jundiaí, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

