

O TIPO PENAL DE *STALKING*: QUESTÕES DE LEGITIMIDADE E INTERPRETAÇÃO*

THE CRIME OF STALKING: LEGITIMICY AND INTEPRATATION ISSUES

Claus Roxin**

Data de recebimento: 29/05/2021

Data de aceite: 30/05/2021

Resumo: O tipo penal de stalking foi introduzido no ordenamento jurídico alemão em 2007 e reformado em 2017. O presente artigo analisa a introdução deste crime no Código Penal alemão, abrangendo tanto ponderações político-criminais, como uma análise dogmática do dispositivo. Primeiramente, faz breve introdução sobre o dispositivo e sua origem. Em seguida, expõe e rebate as críticas ao tipo penal, defendendo a sua constitucionalidade e pertinência. Apresenta a discussão sobre o bem jurídico protegido e toma posição a respeito. Descreve os requisitos da conduta típica, fornecendo, sobretudo, parâmetros de interpretação dos termos “perseguição” e “prejuízo grave”. Utiliza, por fim, uma análise de grupo de casos para discutir o limite entre condutas puníveis e condutas atípicas.

Palavras-chave: perseguição; *stalking*; parte especial; bem jurídico.

* Publicação original: Der Stalking-Tatbestand – Zur Frage seiner Berechtigung und Auslegung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 167, n. 8, p. 460-469, 2020. Tradução de Bárbara de Souza Lima.

** Doutor em Direito (Uni-Hamburg/Alemanha). Professor emérito (Uni-München/Alemanha).

Abstract: The crime of stalking was introduced in the German legal system in 2007 and reformed in 2017. This article analyzes the introduction of this crime in the German Penal Code, covering both political-criminal considerations and a dogmatic analysis of the legal provision. First, it makes a brief introduction about the legal provision and its origin. Then, it exposes and rejects criticisms of the criminal offense definition, defending its constitutionality and pertinence. Presents the discussion on the protected legal interest and takes a position on it. Describes the requirements of this criminal offense, providing, above all, criteria, parameters for interpreting the terms “stalking” and “serious harm”. Finally, it analyzes a group of cases to discuss the boundary between punishable conduct and a fact not defined as a crime.

Keywords: Nachstellung; stalking; special part; legal good.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre a origem do dispositivo; 3. A rejeição ao tipo penal; 4. Argumentos a favor do tipo penal do § 238 StGB; 5. O problema do bem jurídico protegido; 6. Delimitação da conduta típica de perseguição; 7. Conclusão e dedicatória; Referências.

1. Introdução

De acordo com o § 238 I StGB (*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemão)¹, será sujeito à pena privativa de liberdade de até três anos ou

¹ Nota da Tradutora (NT): o dispositivo tem a seguinte redação:

“§238 StGB:

(1) Perseguir indevidamente outra pessoa, de forma apta a prejudicar gravemente sua configuração de vida, mediante persistente:

1. busca da proximidade física da pessoa;

2. tentativa de contato através de meios de telecomunicação, outros meios de comunicação ou de terceiros;

3. uso indevido dos dados pessoais da pessoa para: a) realizar compras não autorizadas de bens ou serviços em nome da mesma ou b) induzir terceiros a entrar em contato com ela;

4. ameaça à vida, integridade física, saúde ou liberdade da pessoa, de um de seus familiares ou de outra pessoa próxima a ela;

5. outro ato semelhante.

Pena privativa de liberdade de até três anos ou multa.

(2) A pena é de três meses a cinco anos se a conduta do autor expor a vítima, um de seus familiares ou outra pessoa próxima a ela a perigo de morte ou de sérios danos à saúde.

multa quem “perseguir indevidamente outra pessoa, de forma apta a prejudicar gravemente sua configuração de vida”². São listadas quatro possíveis formas de perseguição: mediante proximidade física da pessoa (1), tentativas de contato através de meios de comunicação ou de terceiros (2), uso abusivo de dados pessoais, como, por exemplo, para realizar compras não autorizadas de bens em nome da vítima (3) ou ameaça à vítima ou a uma pessoa próxima a ela (4). O (5) prevê, ainda, a modalidade “outra conduta semelhante”. A seguir, será demonstrado, mediante uma análise de grupo de casos, que é possível interpretar o § 238 StGB em consonância com o direito constitucional e com o princípio da taxatividade da lei penal.

2. Sobre a origem do dispositivo

O dispositivo entrou em vigor no dia 31/03/2007 e teve seu conteúdo alterado em 10/03/2017. Enquanto a redação anterior³ estabelecia um delito de resultado e exigia um comprometimento grave da configuração de vida da vítima, após a alteração legislativa, a aptidão a gerar tal resultado passou a ser suficiente⁴.

Diversos outros países já haviam introduzido o delito de *stalking* em seus ordenamentos jurídicos antes do legislador alemão. Os Estados Unidos foram os primeiros, seguidos por Austrália, Canadá, Japão e vários países europeus. “A Alemanha está, portanto, ‘atrasada’ neste quesito”, dizem *Bieszk/Stadler*⁵. Uma descrição mais detalhada dos dispositivos estrangeiros é fornecida por *Kinzig*⁶ e inúmeras outras dissertações sobre o tema.

(3) A pena é de um a dez anos de prisão se a conduta do autor causar a morte da vítima, de um de seus familiares ou de outra pessoa próxima a ela.

(4) Nos casos referidos no parágrafo 1º, somente se procede mediante representação da vítima, a menos que a autoridade acusadora considere necessário intervir *ex officio*, devido a um especial interesse público na persecução.”

² NT: o termo original, *Lebensgestaltung*, é de difícil tradução. A palavra *Gestaltung* se origina do verbo *gestalten*, que significa dar a algo determinada forma. Trata-se, portanto, da configuração ou estruturação que a pessoa confere à própria vida.

³ NT: apenas o parágrafo 1º do dispositivo foi alterado, sua redação anterior era:“(1) Perseguir indevidamente outra pessoa, causando prejuízo grave a sua configuração de vida, mediante persistente [...]”.

⁴ Para uma exposição clara e concisa da origem e desenvolvimento do dispositivo e, também, dos diversos projetos de lei, cf. KUHLEN, *ZIS* 2018, p. 89 ss.

⁵ BIESZK/STADTLER, *NJW* 2007, p. 3386.

⁶ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 256-257: EUA, Países Baixos e Áustria.

3. A rejeição ao tipo penal

O dispositivo foi alvo de muitas críticas. *Neubacher* disse, antes mesmo da entrada em vigor⁷: “a necessidade de um novo delito, que viesse a preencher uma lacuna grave de punibilidade, [...] não é identificável”. *Kinzig*⁸ resumiu, em 2006: “Se ainda se atribui alguma importância à noção de Direito Penal como ‘ultima ratio’, é preciso abster-se de introduzir um delito específico de *Stalking*”. *Valerius*⁹ considera “a necessidade de recorrer ao direito penal ao menos questionável”. *Eiden*¹⁰ fala em “sobrecriminalização” e *Rackow*¹¹ pondera: “o legislador teria tomado uma decisão [...] sensata de autocontenção se tivesse se oposto ao § 238 StGB”.

Os críticos do novo tipo penal não negam a relevância do fenômeno de *stalking*. Acreditam, todavia, que os instrumentos jurídicos já existentes sejam suficientes para combatê-lo de forma eficaz.

Nesse sentido, *Neubacher*¹²: “formas graves de *stalking* já realizam os tipos penais existentes, sendo puníveis, mesmo sem uma alteração legislativa, pelos crimes de lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, injúria ou dano”. *Meyer*¹³ lista como tipos penais possivelmente aplicáveis os §§ 223, 229, 240, 241, 239, 123, 185 ss., 177 e 303 StGB¹⁴. Nesse contexto, faz-se, frequentemente, referência a uma decisão do *OLG Karlsruhe*¹⁵ que, já em 2001, condenou a 18 meses de prisão, com

⁷ NEUBACHER, *ZStW* 118, p. 865.

⁸ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 258.

⁹ VALERIUS, *JuS* 2007, p. 324.

¹⁰ EIDEN, *ZIS* 2008, p. 126.

¹¹ RACKOW, *GA* 2008, p. 552.

¹² NEUBACHER, *ZStW* 118, p. 865-866.

¹³ MEYER, *ZStW* 115, p. 260.

¹⁴ NT: Trata-se dos tipos penais correspondentes aos nossos delitos de lesões corporais, constrangimento ilegal, ameaça, sequestro ou cárcere privado, violação de domicílio, delitos contra a honra, estupro e dano.

¹⁵ NT: *OLG (Oberlandesgericht)* pode ser traduzido, de maneira simplificadora, como Tribunal Superior Estadual. São tribunais que julgam, sobretudo, recursos especiais contra decisões do *Amtsgericht* e do *Landgericht*. Para uma explicação mais detalhada da competência do *OLG*, cf.: GLEIZER, Orlandino; GÓES, Guilherme. Breves comentários sobre a execução da pena no Direito alemão. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/breves-comentarios-sobre-a-execucao-da-pena-no-direito-alemao-16102019>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

base nos §§ 315b, 185, 123 StGB¹⁶, homem que havia atormentado gravemente a sua antiga parceira durante um ano. *Kinzig*¹⁷ afirma, em referência a essa decisão, que “casos graves de perseguição [...] já são, de alguma forma, abrangidos pelos dispositivos tradicionais”.

A situação, no entanto, é diferente nos casos da chamada perseguição leve, como, por exemplo, se o autor molestar constantemente a vítima através de meios de telecomunicação, mantiver-se em frente a sua residência ou segui-la na rua. Nesses casos, nenhum dispositivo penal específico é violado.

Aqui, a “Lei de Proteção Civil Contra Atos de Violência e Perseguição” (*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*, também conhecida como Lei de Proteção Contra Violência, abreviada GewSchG), vigente desde 01/01/2002, pode proporcionar uma solução. De acordo com a Lei, “o juízo pode, a pedido da vítima”, conceder medidas de proteção necessárias, como, por exemplo, “proibição de aproximação à residência da vítima” ou de “frequentar locais que a mesma visita regularmente” (§ 1 I 3 n° 2 e 3 GewSchG¹⁸). As restrições são aplicáveis, entre outros casos, a quem: “importunar

¹⁶ NT: Simplificadamente, o § 315 b StGB pune intervenções perigosas no trânsito viário. O § 185 é semelhante ao nosso crime de injúria e o § 123 à violação de domicílio.

¹⁷ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 256.

¹⁸ NT: O §1 GewSchG tem a seguinte redação:

“§ 1 Medidas judiciais de proteção contra a violência e perseguição:

(1) Se alguém, dolosa e ilegalmente, lesionar o corpo, prejudicar a saúde ou violar a liberdade de outra pessoa, o juízo tomará, a pedido da pessoa ofendida, as medidas necessárias de proteção. A medida será válida por prazo limitado e é prorrogável. Em particular, o juízo pode ordenar que o autor se abstenha dos seguintes atos, desde não sejam necessários para o exercício de interesses legítimos:

1. entrar na residência da pessoa ofendida,
2. aproximar-se dos arredores da residência da pessoa ofendida,
3. frequentar determinados locais que a pessoa ofendida visita regularmente,
4. entrar em contato com a pessoa ofendida, inclusive mediante meios de telecomunicação,
5. causar encontros com a pessoa ofendida.

(2) O parágrafo 1° também será aplicável a quem

1. ameaçou ilegalmente a vida, integridade física, saúde ou liberdade de outra pessoa ou
2. dolosa e ilegalmente

a) entrar na casa de outra pessoa ou em áreas cercadas adjacentes à casa ou
 b) importunar alguém de forma intolerável, seguindo a pessoa de maneira reiterada e contra a sua vontade expressa ou perseguindo-a através de meios de telecomunicação. Na hipótese da primeira frase, N.o 2, b), o ato não configurará importunação intolerável se for necessário para o exercício de interesses legítimos.

(3) [...]”.

alguém de forma intolerável, seguindo a pessoa de maneira reiterada e contra a sua vontade expressa ou perseguindo-a através de meios de telecomunicação” (§ 1 II n° 2b GewSchG).

O descumprimento da medida protetiva é punível com pena de prisão de até um ano ou uma multa, nos termos do § 4 da Lei¹⁹. Para os críticos do § 238 StGB, esse dispositivo seria suficiente – se necessário, mediante revisão – para combater até mesmo as formas “mais brandas” de perseguição.

4. Argumentos a favor do tipo penal do § 238 StGB

As referidas críticas a um tipo penal específico de *stalking* são, sem dúvida, importantes. Não obstante, os defensores do novo dispositivo estão ganhando cada vez mais força.

*Mitsch*²⁰ afirma, logo após a introdução do novo dispositivo: “o § 238 StGB fecha uma lacuna de punibilidade que existia para condutas que precedem ou acompanham o cometimento de delitos de lesão corporal e de crimes contra a liberdade. A introdução é, a princípio, bem-vinda [...]”. *Peters*²¹ observa, a partir do ponto de vista do Ministério Público, “que, na prática cotidiana, a conduta abarcada pelo novo tipo penal é a que melhor se adequa ao conteúdo específico do injusto do comportamento do autor”. *Schöch*²² enfatiza: “A necessidade de introdução de um dispositivo penal desta natureza foi [...] demonstrada por diversos estudos empíricos”; o autor também se posicionou especialmente a favor da transformação do § 238 de crime de resultado em delito de aptidão. De acordo com *Kuhlen*²³, a introdução do § 238 StGB “é elogiável [...]. O dispositivo não constitui um bom exemplo de desenvolvimento equivocados da legislação penal moderna”.

Nota sobre o termo áreas cercadas adjacentes à casa: o termo original é *befriedetes Besitztum* e é de difícil tradução. O conceito abarca adjacências da casa que sejam protegidas, de maneira externamente reconhecível, contra intrusos, como, por exemplo, quintais, depósitos e campos cercados (cf. SCHÄFER, Jürgen. § 123. In: JOECKS, Wolfgang (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, v. 3, 2017.).

¹⁹ NT: Simplificadamente, o § 4 GewSchG prevê pena de até um ano de prisão ou multa a quem desrespeitar decisão judicial que defere medidas protetivas ou descumprir acordos firmados nos termos da lei.

²⁰ MITSCH, *NJW* 2007, p. 1242.

²¹ PETERS, *NStZ* 2009, p. 243.

²² SCHÖCH, *NStZ* 2013, p. 222.

²³ KUHLEN, *ZIS* 2018, p. 95.

De fato, existem razões preponderantes a favor do novo dispositivo penal. A primeira consiste no enorme significado social da conduta incriminada. Como afirma Fischer²⁴, “observa-se há alguns anos na Alemanha uma propagação em massa deste fenômeno na vida de pessoas em vastos segmentos. Alegadamente, mais de 10% da população alemã é vítima de *stalking*. Um ‘Grupo de Trabalho de *Stalking*’ da Universidade Técnica de Darmstadt concluiu haver 700.000 vítimas de perseguição na Alemanha atualmente, existindo, portanto, uma ‘imensa lacuna de punibilidade’.”

Notícias recentes confirmam essa tendência. Assim, o jornal *Süddeutsche Zeitung* relatou em 25/06/2019 (página R 3), em artigo intitulado “Perseguido até o quarto de dormir” (*Verfolgt bis ins Schlafzimmer*), que o número de casos de *stalking* registrados em Munique atingiu a marca de 167 em meados de 2019. O jornal descreve alguns casos drásticos, como o de uma mulher que perseguiu um homem do seu local de viagem até Munique, embora ele tenha reiteradamente expressado não querer contato. “Sequer inúmeras denúncias para a polícia e medidas judiciais de proibição de contato puderam parar a *stalker*”. No fim, ela invadiu, inclusive, o apartamento dele à noite. “O homem de 43 anos acordou com a mulher beijando-o e chamou imediatamente a polícia”.

O *Süddeutsche Zeitung* noticiou caso semelhante em 26/06/2019 (página R 3). Neste, uma pedagoga social “sofreu perseguição de uma jovem durante mais de dois anos. Intervenções policiais, medidas judiciais de proibição de contato, nada parecia solucionar o problema. A perseguidora, então, [...] foi levada a juízo”.

Esses exemplos mostram que mulheres também cometem o crime de *stalking*, embora, na grande maioria dos casos, os autores sejam homens. “Em mais da metade dos casos de perseguição persistente o autor é um ex-parceiro da vítima”²⁵, agindo seja porque quer aterrorizá-la em razão da desavença, seja porque deseja reconquistá-la. Casos de “perseguição de figuras públicas” também ocorrem, porém com maior raridade.

Há casos que terminam de maneira terrível. O jornal *Süddeutsche Zeitung* noticiou em 01/08/2019 (página 8), em artigo intitulado “Perseguida até a morte” (*Nachgestellt bis in den Tod*), o suicídio de uma mulher que foi tão atormentada por seu ex-companheiro, que perdeu a vontade de viver. “Ele a telefonava repetidamente. Estava sempre a

²⁴ FISCHER, *Strafgesetzbuch*, §238 Rn. 3.

²⁵ SCHÖCH, *NStZ* 2013, p. 223.

sua espreita. Gritava com ela e a insultava no meio da rua [...]. Certa vez chegou a escalar a varanda do seu apartamento [...]. Seu objetivo, sistematicamente infernizar a vida dela”, o homem conseguiu alcançar, relatou a Assessora de Comunicação do Tribunal.

Sempre há notícia de casos semelhantes nos jornais. Trata-se, portanto, de um fenômeno claramente generalizado, e não de casos isolados, contra os quais a proteção fornecida por outros tipos penais, como injúria e invasão de domicílio, seria suficiente.

A partir dos exemplos práticos pode-se extrair um segundo argumento a favor de um tipo penal específico de *stalking*. Trata-se de um crime com características próprias, que não são abrangidas por outros delitos: “infernizar a vida de alguém” ou, em outros termos, impossibilitar, de maneira duradoura, uma vida livre de perturbações, é um comportamento social que não corresponde a outros tipos penais, ainda que punível a título dos mesmos. *Rackow*²⁶ tem razão ao dizer “que, por exemplo, o ato de furar repetidamente os pneus do carro da ex-esposa, a fim de impedi-la de conduzir sua vida diária, tem uma qualidade própria, que o diferencia do cometimento reiterado do crime de dano”.

Uma terceira razão pela qual parece razoável a inclusão de um delito específico de perseguição no StGB, é que o § 4 GewSchG, por si só, não é suficiente para efetivamente combater esse comportamento. A pertinência desse dispositivo é indiscutível. Se ele pode, contudo, adequadamente compreender o fenômeno da perseguição, em todos os casos, é questionável. Essa crítica fundamental é bem resumida por *Kuhlen*²⁷: “o § 3 GewSchG combate apenas o descumprimento de medidas judiciais de proteção, mas não o conteúdo material do injusto de perseguição”.

Há ainda três aspectos práticos: primeiramente, a obtenção de medidas de proteção requer iniciativa e um desembolso financeiro com o qual uma parte particularmente vulnerável das vítimas não pode arcar. *Schöch*²⁸ diz, em referência especificamente às “mães solteiras”: “São especialmente afetadas [...] as pessoas financeira e socialmente desfavorecidas, que não podem arcar com os custos de contratação de um advogado para requerer [...] uma medida liminar, [...] com base na Lei de Proteção contra Violência”.

²⁶ RACKOW, GA 2008, p. 554.

²⁷ KUHLEN, ZIS 2018, p. 89.

²⁸ SCHÖCH, NStZ 2013, p. 223.

Além disso, diversos exemplos concretos demonstram que *stalkers* particularmente persistentes tendem a ignorar ordens judiciais e a desprezar a pena mais branda dos delitos previstos em leis penais extravagantes²⁹. Por fim, deve-se considerar que proibições decorrentes de medidas protetivas, nos termos da Lei de Proteção contra a Violência, são facilmente contornáveis. Cada liminar apenas pode proibir comportamentos pré-determinados, de modo que nada impede ao autor passar a adotar outro método de perseguição³⁰.

O tipo penal do § 238 StGB tem, portanto, sua legitimidade. No entanto, o dispositivo gera diversos problemas de interpretação, uma vez que a definição do bem jurídico protegido, bem como a delimitação do comportamento típico, são altamente controversas.

5. O problema do bem jurídico protegido

No que diz respeito ao bem jurídico protegido, há – detalhes à parte – três principais pontos de vista. Para o primeiro, o dispositivo penal deve impedir prejuízos à liberdade de ação e de livre escolha, decorrentes de perturbações da configuração (exterior) de vida da vítima. Para o segundo, é o senso de segurança pessoal que deve ser protegido. Já para o terceiro, não é possível identificar nenhum bem jurídico claramente definido.

O legislador também adotou o primeiro entendimento. Segundo o projeto de lei³¹, o conceito de “perseguir” deve englobar todas as condutas “destinadas a violar, mediante aproximações diretas ou indiretas da vítima, a esfera pessoal de vida da mesma e, assim, prejudicar sua liberdade de ação e livre escolha”. Isso se refletiu da seguinte forma na redação da lei: a conduta deve ser idônea a “prejudicar gravemente” a “configuração de vida” da vítima. Em decisão paradigma sobre o § 238 StGB³², o *BGH*³³ também seguiu esse posicionamento. Tomando por base a exposição de motivos do projeto de lei³⁴, o Tribunal utilizou exemplos como “não sair de casa sem a companhia de terceiros, mudar o local de trabalho ou o local de residência e vedar as janelas da visão externa” para elucidar o

²⁹ Cf. VALERIUS, *JuS* 2007, p. 320.

³⁰ Cf. KÜHL, *FS-Geppert*, p. 319.

³¹ BT-Drucks. 16/575, 7.

³² BGHSt 54, 189 ss. (193).

³³ NT: BGH (*Bundesgerichtshof*) é o tribunal alemão equivalente ao nosso STJ.

³⁴ BGHSt 54, 197.

requisito “alteração forçada das circunstâncias de vida da vítima” – hoje, bastaria que a conduta fosse apta a gerar tal resultado.

Para os defensores da segunda opinião, o bem estar psíquico da vítima exerce um papel mais relevante na definição do bem jurídico, que a capacidade do ato forçar a vítima a alterar suas circunstâncias (externas) de vida. De acordo com Meyer³⁵, o bem protegido abarca, “justamente, a liberdade do indivíduo de viver sem medo”. Kinzig³⁶ também acredita que o correto seria basear o delito de *stalking* nesse ponto de vista. Para Mitsch³⁷ “trata-se, fundamentalmente, de uma espécie de proteção de um estado psicológico, de um bem-estar mental [...]”. Florian Knauer³⁸ considera “desejável que o dispositivo penal de *stalking* seja desenvolvido como um tipo penal para a proteção direta da psique” – ainda que isso não tenha ocorrido *de lege lata*.

De acordo com o terceiro ponto de vista, o tipo penal de *stalking* não tem um bem jurídico claramente identificável. Para Kinzig³⁹, parece tratar-se de “direito penal meramente simbólico”. Valerius⁴⁰ diz: “não há uma definição amplamente aceita do termo *stalking*”. Já Eiden⁴¹, acredita que “uma determinação clara do bem jurídico” “simplesmente não é possível”. Rackow⁴² afirma que “o fenômeno de *stalking*, multifacetado como é, escapa de uma descrição geral, abstrata e abrangente por uma lei penal [...]. Uma definição (amplamente aceita) do termo, de fato, não existe [...]”.

O mais correto é inferir o bem jurídico protegido diretamente da finalidade do direito penal. Essa finalidade consiste em garantir ao cidadão uma vida em sociedade segura e livre de intromissões indevidas. Para tanto, condutas que violem gravemente esse objetivo devem, em regra, ser definidas com precisão e sujeitas à pena.

No entanto, o § 238 StGB combate uma forma diferente de ameaça à segurança e à liberdade. Os interesses protegidos por esse tipo penal podem ser prejudicados, de forma intolerável, não só por meio

³⁵ MEYER, *ZStW* 115, p. 284.

³⁶ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 257.

³⁷ MITSCH, *NJW* 2007, p. 1238.

³⁸ KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, p. 211.

³⁹ KINZIG, *ZRP* 2006, p. 258.

⁴⁰ VALERIUS, *JuS* 2007, p. 321.

⁴¹ EIDEN, *ZIS* 2008, p. 124.

⁴² RACKOW, *GA* 2008, p. 553.

de condutas singulares específicas, mas, também, através de atos que, se cometidos de maneira isolada, seriam ou atípicos ou abarcados por outros dispositivos (como os §§ 123 e 185 StGB⁴³), porém, quando cometidos sistematicamente, transformam-se em um ataque mais amplo à segurança e à liberdade. Esse é o fenômeno de *stalking*. Assim, o tipo penal protege o cidadão do prejuízo duradouro a uma vida segura e livre de intromissões indevidas. A garantia dessa condição de vida é, portanto, o bem jurídico protegido pelo § 238 StGB.

Não há uma descrição compreensiva da conduta típica. Trata-se de caso similar ao § 185 StGB⁴⁴: não é possível descrever em lei todos os atos que podem constituir uma injúria, só é possível caracterizá-la normativamente como uma violação de uma pretensão individual-social de respeito (*individuell-sozialer Achtungsanspruch*). O mesmo se aplica ao § 238 StGB⁴⁵: a variedade de condutas, merecedoras de reprovação penal, que podem impossibilitar uma vida segura e livre de perturbações é tanta, que não é possível englobá-las adequadamente em descrições.

O tipo penal abrange tanto males unicamente psicológicos (como ameaças), como também importunações exclusivamente externas (por exemplo, a compra e o envio de encomendas não solicitadas), ou, ainda, perturbações tanto físicas, quanto psicológicas (como perseguição na rua e invasão de propriedade). A motivação também pode ser muito variada, até mesmo contraditória: por um lado, um amor não correspondido; por outro, um ressentimento odioso (muitas vezes vingativo).

As condutas típicas podem, portanto, ser muito diversas: ameaças (§ 238 I n° 4 StGB), encomenda de mercadorias para a vítima (§ 238 I n° 3 StGB), chamadas telefônicas incessantes (§ 238 I n° 2 StGB), visitas não solicitadas (§ 238 I n° 1 StGB) ou mesmo o ato de repetidamente furar os pneus do carro da vítima (§ 238 I n° 5 StGB). Tais condutas não têm, no que diz respeito ao curso externo dos acontecimentos, nada em comum entre si. Assemelham-se, no entanto, no que prejudicam gravemente a condução de vida da vítima.

Portanto, não me parece correto quando o *BGH* diz, em sua decisão paradigma⁴⁶, que “o § 238 I n° 1-5 StGB descreve de forma exaustiva as

⁴³ NT: Trata-se dos tipos penais correspondentes aos nossos delitos de violação de domicílio e injúria.

⁴⁴ NT: O § 185 StGB é equivalente ao nosso crime de injúria.

⁴⁵ NT: Trata-se do tipo penal de *stalking*, traduzido acima (nota 1).

⁴⁶ BGHSt 54, 193 s.

condutas possivelmente abarcadas pelo tipo penal”. O próprio § 238 I n° 5 StGB contradiz essa afirmação ao estender a punibilidade a qualquer “outra conduta semelhante”. Inclusive, o *BGH* já ressaltou que o § 238 I n° 5 StGB “abre o espectro de possíveis condutas típicas de forma quase incontrolável, na medida em que inclui na responsabilidade criminal, sem outras limitações, qualquer ato ‘semelhante’ às condutas descritas no § 238 I n° 1-4. Se esta última modalidade poderá ter questionadas sua constitucionalidade e respeito ao princípio da taxatividade da lei penal, não há de ser analisado mais detalhadamente nesta ocasião”.

Esse questionamento teria, de fato, fundamento se os números 1-4 descrevessem exaustivamente as condutas típicas de perseguição, uma vez que a proibição de analogia impede uma punição baseada em juízos de similaridade. Nesse sentido, *Fischer*⁴⁷ diz – e muitos outros autores concordam com ele: “Segundo a opinião aqui defendida, o n° 5 [...] viola o Art. 103 II da Constituição Alemã⁴⁸”.

Não obstante, o dispositivo pode ser defendido, e inclusive, a meu ver, constitui um pilar importante, se partirmos do pressuposto de que o catálogo numérico do § 238 I StGB apenas concretiza a conduta típica através de exemplos. A descrição básica da conduta típica consta no começo do parágrafo, em que é dito que será punível quem “persistentemente” “perseguir outra pessoa de forma apta a prejudicar gravemente sua configuração de vida”.

Quem age dessa forma deve ser punível a título de perseguição ainda que seu comportamento não possa ser subsumido sob o § 238 I n° 1-4 StGB. Há diversas condutas às quais isso se aplicaria: por exemplo, o ato já mencionado de furar, reiteradamente, os pneus do carro, mas, também, condutas como, repetidamente, destruir o jardim, arranhar janelas e portas, fazer uma algazarra recorrente durante a noite, comprometer o abastecimento de água e eletricidade, entre outros. A impunidade dessas condutas seria algo inconcebível, uma vez que o conteúdo do injusto delas corresponde exatamente ao § 238 I n° 1-4 StGB: ou seja, são atos idôneos a prejudicar gravemente a configuração de vida da vítima. A impunidade até mesmo poria em risco a eficácia do dispositivo penal, pois permitiria ao perseguidor prejudicar gravemente a configuração de vida de sua vítima através de atos atípicos.

⁴⁷ FISCHER, *Strafgesetzbuch*, §238 Rn 17c, com referência a outros autores que argumentam nesse sentido.

⁴⁸ NT: Referidos artigos preveem o direito ao contraditório e à legalidade e o princípio da taxatividade da lei penal.

6. Delimitação da conduta típica de perseguição

Se partirmos do ponto de vista de que a conduta típica de *stalking* deve ser caracterizada normativamente, é necessário especificar ao máximo os requisitos do que a lei entende por perseguição persistente.

De antemão, vale notar que a designação da conduta típica como “perseguição” é infeliz, pois abrange apenas em parte os atos puníveis. É claro que atos como “buscar proximidade física” da pessoa, reiteradamente e contra a sua vontade, prejudicando, assim, sua configuração de vida de forma duradoura, podem ser definidos como “perseguição” (§ 238 I n° 1 StGB). Todavia, a encomenda não autorizada de bens em nome da vítima (n° 3) ou a ameaça constante à mesma (n° 4), por exemplo, dificilmente poderiam ser chamados de “perseguição”. Isso se aplica, sobretudo, às “outras” formas de perturbação persistente previstas no § 238 I n° 5 StGB, como os exemplos acima descritos.

Portanto, é preciso interpretar o conceito de “perseguição” no sentido mais amplo, descrito na lei como idoneidade a prejudicar gravemente – através do agir persistente – a configuração de vida da vítima. Assim, a interpretação do dispositivo deve ser orientada a garantir uma vida segura e livre de intromissões indevidas, coibindo perturbações graves e persistentes – vide definição supra da finalidade do dispositivo.

Deve-se partir do pressuposto de que ameaças persistentes, no sentido do § 238 I n° 4 StGB, sempre são passíveis de punição pelo dispositivo, pois a liberdade do indivíduo de viver sem medo é pré-requisito básico de uma existência social segura, e a supressão dessa liberdade sempre prejudica gravemente sua configuração de vida. O ato de, persistentemente, ameaçar a vítima ou uma pessoa próxima dela com a violação dos bem jurídicos citados no § 238 I n° 4, leva a uma redução drástica da qualidade de vida, que merece em todo caso reprovação penal. A ameaça não precisa necessariamente ser verbal; um revólver na mão do autor também deve ser suficiente. O fato de a vítima “apenas sair de casa acompanhada de terceiros”, corretamente classificado pelo *BGH*⁴⁹ como “grave”, também sugere um comportamento temeroso por parte do autor e, portanto, uma perseguição punível. Também os atos de seguir sistematicamente pessoas desacompanhadas, ou de manter-se constantemente em seu ambiente de vida imediato (na escada, em frente à porta), evocam medo e devem ser subsumidos sob o delito de perseguição.

⁴⁹ BGHSt 54, 197.

O limite entre conduta punível e conduta atípica não é muito claro em situações em que a vítima não tem sua segurança ameaçada, mas sofre importunação contínua, de gravidade maior ou menor. Quando a importunação puder ser combatida sem grandes despesas e com pequeno esforço, não há de se falar em um prejuízo grave à configuração de vida da vítima. Isso se aplica, principalmente, a ligações telefônicas incessantes e envio contínuo e indesejado de cartas, e-mails ou faxes. O *BGH*⁵⁰ já decidiu que vítimas de chamadas telefônicas indesejadas podem “usar uma secretária eletrônica ou adotar bloqueadores de chamadas”. Cartas ou faxes não solicitados e assediantes podem ser jogados fora sem serem lidos e e-mails desse tipo podem ser apagados. A intervenção do direito penal seria desproporcional em tais casos.

O mesmo se aplica a casos em que a vítima toma medidas que vão além do necessário para fazer a perturbação cessar. Caso similar⁵¹ foi decidido pelo *Amtsgericht Löbau*⁵². Neste, o réu persistentemente importunava sua ex-parceira por telefone e mensagens de texto. Ela mudou, por isso, seu número de telefone e inclusive, temporariamente, de apartamento. Quando o acusado telefonava em massa, ela não podia dormir. O juízo afastou, com razão, a responsabilidade criminal pelo § 238 StGB, visto que a perturbação poderia ter sido interrompida da maneira descrita acima, sem que fosse necessário mudar de apartamento e número de telefone.

Em um segundo grupo de casos, em que a vítima da perseguição não expressa sua recusa de maneira suficientemente clara, a punibilidade pelo § 238 StGB também deve ser negada. Em caso decidido pelo *OLG Rostock*⁵³, uma mulher queria pressionar um professor a ter com ela relações sexuais. Ela deixava roupas íntimas em seu apartamento e lhe enviava e-mails com insinuações sexuais. “A parte envolvida não [...] se comunicou propriamente com a mulher, abstando-se de proibir expressamente [...] tentativas futuras de contato”. Ele passou a trancar suas portas e a proibiu de participar de suas aulas. “Contudo, em vez de impor o cumprimento desta proibição, o professor apenas mandou um de seus assistentes sentar-se atrás da acusada”. Aqui, a punibilidade pelo § 238 do StGB também deve ser afastada, pois a pessoa molestada

⁵⁰ BGHSt 54, 197.

⁵¹ Cf. descrição do caso em KRÜGER, *NStZ* 2010, p. 546 (Decisão de 17/04/2008).

⁵² NT: *Amtsgericht Löbau* é o Juízo de primeira instância de Löbau.

⁵³ Cf. descrição do caso em KRÜGER, *NStZ* 2010, p. 546 ss. (Decisão de 27/05/2009).

não expressou e executou sua recusa de forma decisiva. *Jahn*⁵⁴ diz, com razão: “quem se esquivava de confrontos e abre mão de uma comunicação clara também não há de ser protegido pela via do direito penal contra pessoas intrusivas”.

Também não se pode afirmar um prejuízo grave à configuração de vida apenas pelo fato de a vítima não conseguir dormir, tal como ocorreu no caso do *Amtsgericht Löbau* e no caso do professor de Rostock. Primeiramente, pois distúrbios do sono são comuns independentemente de perturbações de *stalking*. Em segundo lugar, se esses distúrbios estiverem, de fato, relacionados com o acusado, é muito difícil determinar se eles decorrem da relação em si, ou das condutas concretas de perseguição. Assim, não é possível determinar judicialmente, de maneira suficientemente clara, o nexos de causalidade, ou mesmo a dimensão dos distúrbios.

Por outro lado, haverá um prejuízo grave à configuração de vida, se o comportamento do *stalker* causar à vítima problemas e despesas consideráveis, ainda que ela não se sinta ameaçada. Isso ocorre, por exemplo, no caso de alguém persistentemente “usar indevidamente os dados pessoais da vítima para fazer encomendas de bens ou serviços em seu nome”, punível pelo § 238 I n° 3 StGB. As negociações com o remetente ou prestador de serviços, que a vítima precisará realizar em decorrência disso, custam tempo e, geralmente, também dinheiro, sendo, portanto, aptas a prejudicar significativamente sua configuração de vida.

Muitos casos desse tipo só são abrangidos pelo § 238 I n° 5 StGB. Se alguém (vide exemplo já mencionado) furar repetidamente os pneus do carro da sua ex-namorada, isso terá um efeito muito prejudicial em sua configuração de vida, pois ela não poderá mais utilizar seu carro e terá que despende recursos financeiros para consertar os pneus ou comprar outros. O mesmo se aplica se o autor destruir, reiteradamente, o jardim bem cuidado da vítima ou arranhar e danificar externamente as janelas e portas de sua casa.

Um segundo grupo de prejuízos graves consiste nos casos em que a vítima é exposta, de modo indefeso, a um ônus intolerável. Isso inclui, por exemplo, algazarras contínuas e insuportáveis, especialmente à noite.

Por fim, uma terceira constelação de casos a serem subsumidos sob o § 238 StGB são as intromissões indevidas e contínuas na esfera privada da vítima – mesmo se não envolverem ameaça. Se alguém, por

⁵⁴ JAHN, *JuS* 2010, p. 83.

ter condições de fazê-lo, adentrar, frequentemente, a residência da vítima e utilizar ou modificar suas comodidades, contra proibição expressa dessa, irá perturbá-la e, assim, prejudicar sua configuração de vida de maneira perdurável.

7. Conclusão e dedicatória

Observa-se, assim, que a análise de grupo de casos permite uma interpretação do § 238 StGB em consonância com o direito constitucional e com o princípio da taxatividade da lei penal, mesmo se não considerarmos os casos listados no parágrafo primeiro exaustivos, e sim exemplos de possíveis prejuízos graves à configuração de vida da vítima. O argumento do perigo de uma expansão exagerada do âmbito de punição é contrariado pelo fato das condutas do autor precisarem ser realizadas “persistentemente”⁵⁵, ou seja, apresentarem-se como uma perturbação contínua, não podendo serem limitadas a atos isolados. As diferenciações feitas acima nos permitem determinar, com precisão suficiente, em quais hipóteses o prejuízo causado deve ser considerado “grave”.

Dedico este artigo a meu amigo Heinz Schöch, com sinceras felicitações por seu 80º aniversário. Desejo-lhe felicidade, saúde e muitos anos de trabalho produtivo.

Referências

BIESZK, Dorothea; SADTLER, Susanne. Mobbing und Stalking: Phänomene der modernen (Arbeits-) welt und ihre Gegenüberstellung. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 60, n. 47, p. 3382-3387, 2007.

EIDEN, Joachim. § 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 3, n. 3, p. 123-128, 2008. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_219.pdf>. Acesso em: 20. jun. 2021.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 66. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.

KNAUER, Florian. *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

JAHN, Matthias. Zu OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2009 (3 Ss 293/08) – Grundsätze zur Herleitung von Beweisverwertungsverböten bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt und ihre praktischen Konsequenzen. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 50, n. 1, p. 83-85, 2010.

⁵⁵ Cf., neste sentido, BGHSt 54, 198 s.

JAHN, Matthias. Zu OLG Rostock, Beschl. v. 27.5.2009 (1 Ss 96/09) – Erste obergerichtliche Entscheidung zur restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse des Opfers“. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 50, n. 1, p. 81–83, 2010.

KINZIG, Jörg. Stalking – ein Fall für das Strafrecht? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, München, v. 39, n. 8, p. 255–258, 2006.

KRÜGER Matthias. Stalking in allen Instanzen–Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 30, n. 10, p. 546–553, 2010.

KUHLEN, Lothar. Stalking als kriminalpolitisches Problem. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 13, n. 3, p. 89–95, 2018. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2018_3_1188.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

KÜHL, Kristian. Einordnungs- und Anwendungsprobleme bei der Nachstellung. In: GEISLER, Claudius (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 311–322.

MEYER, Frank. Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 115, n. 2, p. 249–293, 2003.

MITSCH, Wolfgang. Der neue Stalking–Tatbestand im Strafgesetzbuch. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 60, n. 18, p. 1233–1241, 2007.

NEUBACHER, Frank. An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, vol. 118, n. 4, p. 855–877, 2006.

PETERS, Sebastian. Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 29, n. 5, p. 238–243, 2009.

RACKOW, Peter. Der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) Stalking und das Strafrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 155, n. 9, p. 552–568, 2008.

SCHÖCH, Heinz. Zielkonflikte beim Stalking–Tatbestand. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 33, n. 4, p. 221–224, 2013.

VALERIUS, Brian. Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 47, n. 4, p. 319–324, 2007.