

PUBLICAÇÕES INSTITUCIONAIS

O STALKING E A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO FEMININO¹

João Batista Oliveira de Moura²

1 Artigo apresentado na etapa letiva do Curso de Direito da Universidade de Lisboa (2016-2017).

2 Defensor Público Estadual na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ex-analista e assessor de Juiz Federal na área criminal; ex-advogado concursado e gerente jurídico da Companhia Riograndense de Telecomunicações. Autor das obras A inquirição da vítima como objeto da prova (Juruá Editora); coautor na obra Lei Antiterrorismo – Lei 13260/2016 Editora Juspodvim); coordenador do livro Dolo, culpa e culpabilidade à luz do Direito Penal Brasileiro e Português (Juruá Editora). Escreveu artigos é conselheiro da Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: A compreensão do psiquismo humano talvez seja uma das mais árduas tarefas existentes em sociedade. O *Stalking*, como forma de agressão, destaca-se nesse contexto como um fenômeno há muito existente, consistente em alguém invadir a privacidade de outra pessoa através de mecanismos de perseguição, com o envio de mensagens por telemóvel, e-mails, postagens em redes sociais, cartas ou bilhetes, presença repentina no local de trabalho ou locais públicos, entrega de flores, presentes etc. Esses atos são tendentes a constranger a vítima, causar-lhe inquietação, sofrimento psíquico, medo, baixa da estima e limitação à liberdade de locomoção. O presente estudo busca compreender no âmbito do Direito português se a tipificação da perseguição no art. 154º - A do Código Penal densificou a proteção do bem jurídico tutelado, especialmente em relação ao gênero feminino, ou se somente produziu efeitos simbólicos.

Palavras-chave: *Stalking*. Perseguição. Criminalização. Bem jurídico. Medidas de Coerção

Siglas e abreviaturas

abr.	-	abril
APAV	-	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
CEJ	-	Centro de Estudos Judiciários
cf.	-	confira, confronto
coord.	-	coordenação
CP	-	Código Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
dez.	-	dezembro
ed.	-	edição
<i>ibid.</i>	-	mesma obra
IGFEJ	-	Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça
<i>in</i>	-	em
jan.	-	janeiro
jul.	-	julho
jun.	-	junho
mar.	-	março
n.º	-	número
nov.	-	novembro
<i>op. cit.</i>	-	obra citada
out.	-	outubro
p., pp.	-	página, páginas
<i>ratio</i>	-	razão
set.	-	setembro
StGB	-	Strafgesetzbuch (Código Penal)
t.	-	tomo
vol.	-	volume
<i>versus</i>	-	contra

Índice

Introdução	185
1. O <i>Stalking</i> no ordenamento jurídico.....	190
1.1. O crime de <i>Stalking</i> na Convenção de Istambul.....	190
1.2. O crime de <i>Stalking</i> na Legislação Estrangeira.....	191
1.2.1. Estados Unidos da América.....	192
1.2.2. Alemanha.....	194
1.2.3. Áustria.....	194
1.2.4. Itália.....	195
1.2.5. Espanha.....	196
1.2.6. Brasil.....	197
2. A proteção do bem jurídico no crime de <i>Stalking</i> no Direito português.....	199
3. Os elementos constitutivos do <i>Stalking</i>	203
3.1. O Tipo objetivo.....	203
3.2. O tipo subjetivo.....	206
3.3. Da tentativa.....	210
4. A tipificação do <i>Stalking</i> como instrumento de prevenção geral e especialidade.....	212
4.1. O <i>Stalking</i> no âmbito dos crimes de violência doméstica.....	212
4.2. Do procedimento da queixa no crime de <i>Stalking</i>	214
5. A evolução jurisprudencial do <i>Stalking</i> nos Tribunais da Relação de Portugal... 218	
5.1. Acórdãos da Relação de Lisboa.....	218
5.2. Acórdãos da Relação de Coimbra.....	218
5.3. Acórdãos da Relação do Porto.....	219
5.4. Acórdãos da Relação de Guimarães.....	221
5.5. Acórdão da Relação de Évora.....	223
Conclusões.....	225
Bibliografia.....	227

Introdução

A evolução científica que impulsionou o homem a explorar outros planetas, ambicionando habitá-los, contrasta fortemente com involuções socioculturais que até hoje permeiam o pensamento humano em sociedade, pois há uma contradição constante em si mesmo a todo momento. A explicação disso talvez se encontre no fato de a racionalidade e de seu desenvolvimento moral processarem-se em escalas ou etapas, e não de forma linear. Ao mesmo tempo em que evolui a inteligência, calcado em teorias e concepções altamente complexas, vê-se prisioneiro de concepções sociais herdadas de geração a geração, sem critérios de avaliação de elevada consciência, seguindo processos ritualísticos e circulares, automatizados por meio de condutas que não correspondem a de um homem de fato socializado e evoluído.

Esse fenômeno pode ser identificado claramente no contexto relacional, familiar e social da mulher, que por décadas foi subjugada, na maioria das culturas do mundo, como uma componente subsidiária ou subserviente, num processo que remonta ao declínio das sociedades matriarcais³, onde prevaleceu o domínio do homem, cuja opressão à mulher tornou-se fundamento da convivência social, também expressada na subjugação do sexo feminino como objeto.

Dessa relação desigual, surgiram movimentos feministas que, historicamente, têm sua origem reconhecida na Revolução Francesa, com base nas ideias iluministas, como ocorreu no evento da “marcha das mulheres do mercado”, em 5 de outubro de 1789, quando ao lado dos homens dirigiram-se ao Palácio de Versalhes propugnando postulações ao rei⁴.

As ideias iluministas da Revolução de 1789 espalharam-se pelo mundo, contagiando mulheres de diversos países. O dia 08 de março de 1857 passou a ser reverenciado como o dia em que as trabalhadoras da indústria têxtil de Nova Iorque lutaram por melhores condições de trabalho, exigindo redução da jornada de labor e

3 LARA, R. Introdução aos complexos categoriais do ser social. **Em Pauta**, Rio de Janeiro, vol. 13, n.º 36, pp. 269-292, out. 2015.

4 NETO, Renato Drummond Tapioca. **A trajetória do movimento feminista**. Rainha Trágicas. 2012. Disponível em: <<https://rainhastragicas.com/2012/12/18/a-trajetoria-do-movimento-feminista/>> Acesso em: 07 jan. 2018. Vide também: MOLLÈS, Dévrig. Transferencias y luchas culturales transatlánticas: feminismo, librepensamiento y redes masonicas entre Europa y América (1860 – 1910). **Revista de Estudios Históricos de la Masonería Latinoamericana y Caribeña**, Costa Rica, vol. 4, n.º 2, p. 94, dez. 2012.

melhores salários. Apesar de reprimidas pela polícia, suas reivindicações voltaram a ser objeto de luta em 08 de março de 1908, quando novas trabalhadoras inspiradas no movimento também rebelaram-se contra a exploração⁵.

Vários ideais encontram-se acesos e mais sólidos na atualidade. Parte deles são fruto de um processo lento de assimilação social e jurídica que demanda alteração de padrões coletivos. Essa transformação pode ser percebida no Direito Penal quando passa a tipificar condutas que então eram pouco imagináveis de serem individualizadas, mas que impulsionadas pelo pensamento jurídico consolidam-se em normas penais.

Comportamentos do passado, outrora considerados românticos ao senso comum, que legitimavam condutas persistentes na conquista de um afeto não correspondido foram até romantizadas em obras clássicas de Shakespeare. No entanto, determinadas ações, não obstante possam até conotar gestos de lisonja, por vezes, acabam por ultrapassar a tênue linha que separa os “afetos culturalmente aceite e, do outro, o assédio e a perseguição de caráter intrusivo”⁶.

Nesse cenário, surge o *Stalking* como fenômeno socialmente reconhecido por várias áreas das ciências, a médica, psicológica, psiquiátrica e a jurídica, e que tem ganho atenção redobrada por vários especialistas em face dos contornos de riscos que as condutas que o integram envolvem à vítima, como prenúncio, às vezes, de um final trágico que evoluiu num contexto relacional de dominação, controle e poder, que comumente é verificado na violência de gênero⁷.

O termo *Stalking* não encontra correspondente linguístico no português, tendo origem, no entanto, na língua inglesa no verbo *Stalk*, ou seja, o ato de “perseguir ou aproximar-se furtivamente”⁸. Cabe de já referir, que ao longo desta investigação empregar-se-á o termo *Stalking* em sintonia ao crime de perseguição esculpido no artigo 154º-A do Código Penal português.

O *Stalking* consiste em forma de violência através da qual o indivíduo invade a esfera de privacidade da vítima por meio de insistentes táticas de

5 MOLLÉS, 2012, p. 94.

6 GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. Da invisibilidade ao reconhecimento do stalking. In: SANI, Ana Isabel Martins (coord.). **Temas em vitimologia**: realidades emergentes na vitimização e respostas sociais. Coimbra: Almedina, 2011, p. 64.

7 WHITE, Jaquelyn (et al.). An Integrative Contextual Developmental Model of Male Stalking. In: DAVIS, K. E.; FRIEZE, I. H.; MAIURO, R.D. (eds.). **Stalking**: perspectives on victims and perpetrators. New York: Springer Publishing, 2002, pp. 163-185.

8 Cf. Oxford Dictionary. OXFORD DICTIONARY. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/stalk>> Acesso em: 08 jan. 2018.

perseguição, cujos meios são variados, como o envio de mensagens por telemóvel, *e-mails*, postagens em redes sociais⁹, cartas ou bilhetes, presença repentina no local de trabalho, perseguição em locais públicos, entrega de flores, presentes etc. Esses atos são tendentes a constranger a vítima, causar-lhe inquietação, sofrimento psíquico, medo, baixa da estima e limitação à liberdade de livre locomoção¹⁰.

Geralmente associado ao término de uma relação, as vítimas connexionam as condutas do *stalker* a uma tentativa de reaproximação, reconciliação, “vingança, possessividade, ciúme, intimidação, manobras para ver os filhos”, bem como fruto resultante de doença psíquica. A “teoria da vinculação” seria outra explicação para o comportamento *stalker*, cuja dependência emocional do agressor representa, dentre outros, um fator de dificuldade para o término da relação¹¹.

Um caso de *Stalking* conhecido internacionalmente na literatura e na mídia é o da tentativa de assassinato do Presidente Reagan por John Hinckley Jr., na tarde de 30 de março de 1981, em Washington, em que foram disparados seis projetis contra o Presidente, os quais atingiram apenas seu secretário de imprensa James Brady, que veio sofrer lesões cerebrais. A tentativa de assassinato do Presidente foi o ápice de um processo obsessivo da parte de Hinckley que se iniciou ao assistir ao filme “Taxi Driver” de 1976, onde a atriz Judie Foster interpretava uma criança prostituta, quando a partir de então passou a persegui-la¹².

Hinckley foi levado a julgamento, mas foi absolvido por insanidade mental¹³. Em face dessa decisão, instauraram-se protestos públicos, tendo o Congresso norte-americano promulgado o “Ato de Reforma da Defesa de

9 Cf. Matos e Felipa, cujo estudo singular revela que 62% dos adolescentes em Portugal relataram ter sido vítimas de cyberstalking, sendo 53,5% do sexo feminino. PEREIRA, Felipa. Cyber-Stalking Victimization: What Predicts Fear Among Portuguese Adolescents? **European Journal on Criminal Policy and Research**, vol. 22, n.º 2, pp 253–270, jun. 2016. Disponível em: < <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-015-9285-7> > Acesso em: 01 jul. 2018.

10 Sobre a definição de *Stalking*, cf.: COELHO, Cláudia; GONÇALVES, Rui Abrunhosa. Stalking: uma dimensão da violência conjugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano17, n.º 2, pp. 271-274, abr./jun. 2007.

11 *Ibid.*, p. 285.

12 ALTMAN, Sheryl. The brilliance of Jodie Foster, **Biography**, vol. 3, n.º 11, p. 46, nov. 1999.

13 Cf. STOREY, HART e MELOY, cujo estudo concluiu inexistir uma relação direta do comportamento *stalker* com a psicopatia. STOREY, Jennifer E.; HART, Stephen D.; MELOY, J. Reid. Psychopathy and Stalking. **Law and Human Behavior**, vol. 33, n.º 3, pp. 237-246, jun. 2009.

Insanidade” em 1984, que tinha por efeito deslocar o ônus da prova do “impulso irresistível” da acusação para a defesa¹⁴.

Outro caso de *Stalking* famoso foi o do assassinato da atriz Rebecca Scheffer, ocorrido em julho de 1989, morta a tiros na portaria do prédio onde morava por Robert John Bardo, o qual a perseguia desde 1986¹⁵.

Uma das características das condutas de *Stalking* é o fato de serem intencionais e dirigidas a uma pessoa determinada. No geral, são praticadas em mais de uma oportunidade, mas sua duração pode variar. Além disso, possuem a aptidão de causar um “sentimento de permanente inquietação e medo”, seja em relação a própria vítima ou a terceiros, o que acaba por limitar sua liberdade pessoal, sexual ou patrimonial¹⁶.

Antes da tipificação do crime do *Stalking*, através da Lei nº 83, de 05 de agosto de 2015, vários atos de perseguição praticados em um contexto de violência doméstica somente eram reconhecidos pelos Tribunais com base em tipos penais autônomos, deixando-se impunes outras condutas que, no seu conjunto, eram tão ou mais danosas à integridade física ou psíquica das vítimas.

O objeto da presente investigação terá por foco justamente interpretar o antes e o depois da criminalização, ou seja, se tipificação do crime de *Stalking* teve o condão de densificar a proteção do bem jurídico tutelado pela norma, a integridade física e psíquica no âmbito da violência de gênero feminino, ou se tão somente produziu efeitos simbólicos, propugnando-se nesta última hipótese soluções.

Cabe referir, que se justifica a escolha pelo gênero feminino, tendo em conta as estatísticas demonstrarem que apenas em 2014 a Associação Portuguesa de Assistência à Vítima (APAV) registrou 341 queixas por *Stalking*, no geral 82 % são mulheres e 17% homens¹⁷. Além desse fator estatístico, estudo realizado em

14 ALTMAN, *op. cit.*, p. 46.

15 GARGIULLO, Bruno Carmine; DAMIANI, Rosaria. **Lo stalker, ovvero il persecutore in agguato: classificazioni, assessment i profili psicocomportamentali**. Milano: Franco Angeli, 2016, pp. 7-10. Segundo Schlesinger, matar o objeto de afeto é algo paradoxal, embora não seja incomum. Cinquenta por cento das vítimas de homicídio são conhecidas, amigos ou parentes do *stalker*, e 1/3 (um terço) são praticados por maridos ou namorados. Noutras situações, vítima e agressor sequer se conheciam, como no caso de Schaeffer. SCHLESINGER, Louis B. *Stalking, Homicide, and Cathartic Process: a case study*. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, vol. 46, n.º 1, p. 69, 2002. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0306624X02461005>> Acesso em: 29 jun. 2018.

16 SANTOS, Bárbara Fernandes Rito. **Stalking: parâmetros de tipificação e o bem jurídico da integridade psíquica**. Coimbra: Editora, 2017, pp. 19-20.

17 LEITE, Inês Ferreira. **Stalking: a propósito da violência no contexto da intimidade**. Disponível em: <https://prezi.com/hc5oaj4wkvue/stalking/?utm_campaign=share&utm_medium=copy> Acesso em: 09 mar. 2018. Cf. dados estatísticos também em: PORTUGAL. **Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)**.

2015 revelou que as vítimas do sexo feminino apresentam impacto sobre sua saúde mental superior às vítimas masculinas¹⁸. Em 2016 foram 412 registros, sendo 90% do sexo feminino¹⁹. Em 2017 foram 422 registros por *Stalking*, cuja prevalência foi de 88,9 % em relação ao sexo feminino²⁰.

Justificada a opção pelo gênero feminino, cabe referir que será contextualizado o crime de *Stalking* desde a Convenção de Istambul até sua integração e tipificação no ordenamento jurídico Português, analisando-se os reflexos relacionados à pena em abstrato ao *Stalking* frente a pena cominada ao crime de violência doméstica. No mesmo contexto, buscar-se-á identificar quanto ao tipo objetivo e subjetivo qual a interpretação dos Tribunais no tocante à comprovação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo.

A metodologia no desenvolvimento do trabalho a ser utilizada será a análise jurídico-doutrinária e interdisciplinar ao Direito, nacional e estrangeira, e o estudo de Acórdãos dos Tribunais da Relação de Portugal, sobre a base de dados do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. (IGFEJ), através da pesquisa livre pelas palavras “perseguição” e “stalking”, do ano de 2015 (inclusive) até 2018. A opção pelo ano de 2015 é decorrente do aditamento do artigo 154º-A do Código Penal, pela Lei 83/2015 de agosto, ao artigo 154º.

Disponível em: < https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf> Acesso em: 26 jun. 2018.

18 MATOS, Marlene. **Stalking**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), dez. 2016, p. 42. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

19 O termo “sexo feminino” é correspondente ao utilizado pela APAV.

20 PORTUGAL. **Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)**. Disponível em:< https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf> Acesso em: 26 jun. 2018. Cf. Matos (et. al), cujo estudo destaca que na literatura internacional associa-se o maior risco de vitimação ao sexo, estado civil e idade. Assim, mulheres jovens, solteiras, separadas ou divorciadas integram-se em número maior os potenciais vítimas de *Stalking*. MATOS, Marlene (et. al). **Inquérito de Vitimização por Stalking**: relatório de investigação. Minho: Universidade do Minho, 2011, p. 48. Disponível em:< <http://www.stalking-sp.com> > Acesso em: 29 jun. 2018.

1 – O *Stalking* no ordenamento jurídico

1.1. O crime de *Stalking* na Convenção de Istambul

A Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres²¹ entrou em vigor em 1º de agosto de 2014, sendo o primeiro instrumento normativo que vinculou os Estados signatários a adotarem medidas de prevenção e combate à violência doméstica da Europa, propondo que além da proteção das vítimas que seus autores fossem processados criminalmente e julgados²².

Vários fatores de valor social e histórico foram objeto de debate e análise na elaboração do documento. Entre eles podem ser referidos a necessidade de reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres como instrumento de prevenção à violência contra as mulheres e as históricas relações de poder desiguais entre homens e mulheres, geradoras de dominação, discriminação, subordinação e violência física e sexual a que as mulheres estão expostas, seja no âmbito doméstico, social ou de conflitos armados.

Segundo Sottomayor²³, a Convenção do Conselho da Europa refletiu um avanço “ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres”, ultrapassando a neutralidade da linguagem de gênero no âmbito da legislação nacional, impotente no reconhecimento de que as mulheres são o principal foco da violência em família. O fato de reconhecer que os homens também são vítimas de violência acabou por reforçar a enorme desproporção em relação à violência de gênero feminina.

Esse paradigma pode de ser observado nitidamente quanto ao crime de perseguição, para o qual a Convenção trouxe previsão específica no artigo 34º, com referência expressa ao ato de “ameaçar repetidamente outra pessoa, fazendo-a temer pela sua segurança”. Destaca-se que não tendo o dispositivo feito referência

21 CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres**. Istambul, 2011. Disponível em <<https://rm.coe.int/168046253d>> Acesso em: 09 jan. 2018.

22 SANTOS, 2017, pp. 35-36.

23 SOTTOMAYOR, Maria Clara. A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero. **Ex aequo**, Lisboa, n.º 31, p. 106, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2018.

quanto ao gênero da vítima do *Stalking* poderá figurar como seu sujeito passivo tanto o homem ou a mulher.

Intimamente relacionado ao artigo 34º está o artigo 49º da Convenção de Istambul. Intitulado de “obrigações gerais”, a norma prevê que os signatários adotem dispositivos internos, em conformidade com os direitos fundamentais, dirigidos à operacionalização investigatória, processual e de proteção às vítimas de violência doméstica. A referência à observância dos direitos fundamentais importa que, entre outros aspectos, também se observem as garantias ao direito de defesa, como substrato do devido processo legal.

A efetiva e integral proteção às vítimas exige o implemento de medidas prévias ao processo criminal. Antevendo essa necessidade o artigo 50º recomenda que os Estados adotem em suas legislações medidas de cunho processual cautelar, de prevenção e de recolha de provas, de maneira a garantir a efetividade final do processo criminal.

Nesse contexto, foi de suma importância a previsão contida no artigo 51º da Convenção, ou seja, a “avaliação e gestão de riscos” como instrumento preventivo aos crimes de *Stalking* e violência doméstica. É notório e reconhecido que, na maioria das vezes, fatores de ordem psíquica afetam os agressores, e que se não acompanhados por profissionais habilitados, da área da saúde e das polícias, manterão as vítimas em constante temor mental, ante a recidiva da agressão²⁴.

1.2. O crime de *Stalking* na legislação estrangeira

Apesar de o crime de *Stalking* ter um eixo comum de condutas, sofre variações nas legislações dos diversos países que o tipificam, fator que se liga a questões de ordem multicultural que afetam a forma como cada legislador o trata. Assim, sem a pretensão de um estudo de Direito comparado, que demandaria a análise do fenômeno além do ponto de vista normativo, mas também sociológico e cultural, far-se-á uma abordagem meramente descritiva relativamente aos Estados Unidos da América, Alemanha, Áustria, Itália, Espanha e Brasil.

24 Cf. Johnson, Ollus e Nevala, para os quais as vítimas de *Stalking* necessitam proteção adicional (especial) ante a possibilidade de recidiva da agressão, diferenciando-as de outros tipos de vitimização. JOHNSON, H.; OLLUS, Natalia; NEVALA, Sami. **Violence against women: an international perspective**. New York: Springer, 2008, pp. 167-182.

Justifica-se a escolha dos cinco primeiros por se destacarem, do ponto de vista normativo, no tratamento do tipo *Stalking* antes de Portugal, cujas experiências poderão revelar aspectos de relevo ao presente estudo a serem considerados quanto aos efeitos da tipificação. Quanto ao Brasil, o aspecto seletivo liga-se à relevância pontual no tratamento das medidas de coerção nos procedimentos cautelares já previstos na Lei Maria da Penha e antevistos à vindoura tipificação do crime de perseguição, conforme será esposado mais adiante.

1.2.1. Estados Unidos da América

O Estado da Califórnia em 1991 foi o primeiro a criar uma lei *antistalking* em seu ordenamento jurídico-penal. Até 1993 os demais Estados americanos acabaram por introduzir seus próprios dispositivos sobre o tema. No entanto, no intuito de tornar o regramento uniforme aprovou-se um Código *Antistalking*, que foi altamente criticado, tendo em vista os termos utilizados nas elementares do tipo serem considerados imprecisos e extremamente subjetivos²⁵.

Analisando-se a estrutura normativa estadunidense, observa-se que não há descrição de uma ação típica, indicando ser necessário que se realize um “curso de conduta”, definido como mais de uma conduta a ser executada em, pelo menos, duas ocasiões, podendo consistir em ameaças verbais. Além disso, o tipo não exige que os incidentes sejam de natureza ilegal ou configurem em si crimes, devendo estarem inseridos num conjunto de ações, circunstância que a nosso ver revela-se de maior eficácia na medida em que o bem juridicamente tutelado recebe uma blindagem extra em face da multiplicidade de condutas que podem afetar a esfera psíquica das vítimas. Por sinal, antes da introdução da lei, um dos principais problemas enfrentados pela acusação era que a intervenção judicial só era possível se o perseguidor cometesse uma conduta prevista como crime²⁶.

Quanto ao tipo subjetivo, o legislador americano entendeu por bem abranger tanto o dolo direto como o eventual. Assim, o agressor deve agir sabendo ou podendo saber que sua conduta causará um “temor razoável”, lesão ou morte contra a vítima, o que difere em parte da legislação portuguesa, como adiante será

25 BALLESTEROS, Patricia Tapia. *El nuevo delito de acoso o Stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016, pp. 52-53.

26 FINCH, Emily. *Stalking the Perfect Stalking Law: An Evaluation of the Efficacy of the Protection from Harassment Act 1997*. *The Criminal Law Review*, set. 2002, pp. 703-718.

visto, deixando margens de dúvida quanto à figura do dolo eventual. De qualquer forma, destaca-se um intento de parte do legislador estadunidense no sentido de uma maior proteção às vítimas de *Stalking*, impondo um dever de cuidado que, não se olvida, traz complexidades quanto à matéria probatória.

Relativamente ao polo passivo do bem jurídico protegido, o Tribunal de Apelação firmou posição no sentido de que o curso de conduta do agressor deverá causar medo real à vítima e não hipotético ou generalizado. Trata-se de um vetor de interpretação que exigia na prática, por parte do agressor, compreensão quanto à capacidade individual da vítima de enfrentamento às condutas de perseguição.

Essa vagueza conduziu a uma subjetividade que foi fortemente criticada. No intento de criar-se balizas objetivas de interpretação, tem-se buscado uma concepção de temor da vítima baseada na ideia de um padrão espelhado na figura do homem médio, estabelecendo-se, assim, um *standard* mínimo valorativo. No entanto, o problema ainda reside em como identificar o temor sob o ponto de vista subjetivo da vítima, na medida que se trata de um estado psíquico, ou seja, de elementos internos de difícil aferição²⁷.

Em 2007, o Centro Nacional de Vítimas do Crime estadunidense criou o *The Model Stalking Code Revisited: responding to the new realities of stalking*, que foi elaborado a partir de estudos criminológicos baseados em mais de dez anos da vigência do *Model Code*²⁸. Trata-se de documento destinado a ser usado pelos Estados americanos como um guia de interpretação à legislação, bem como a eventuais mudanças na própria legislação interna de cada Estado²⁹. Pelo documento propõe-se uma definição jurídica objetiva da conduta no *Stalking*, ou seja, como a realização intencional e consciente de uma conduta, dirigida a uma pessoa específica, poderá causar-lhe *razoável medo* ou o acometimento de uma *angústia emocional*³⁰.

O documento revela-se na verdade de um modelo de imputação subjetiva dolosa de difícil assimilação por países que adotam um sistema penal com base no

27 FINCH, 2002, p. 54.

28 BALLESTEROS, 2016, p. 54.

29 UNITED STATES OF AMERICA. **The Model Stalking Code Revisited**. Disponível em: <<https://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

30 BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 54.

Direito Greco-românico, onde a culpa jurídico-penal exige a comprovação penal do elemento subjetivo que liga a ação ao resultado.

1.2.2. Alemanha

O *Nachstellung* foi tipificado no ordenamento germânico em 2007, no § 238 do Capítulo 18 do Código Penal Alemão, na parte dedicada aos crimes contra a liberdade pessoal. Trata-se de crime cuja ação penal é de natureza privada, salvo quando a autoridade judicial considere a predominância do interesse público, hipótese em que a ação será instaurada independente de iniciativa da vítima³¹.

O ponto de crítica ao modelo alemão reside na ausência de concretude quanto aos atos que integram a ação criminosa, tendo em vista que apenas enumera exemplificativamente as condutas que podem configurar a perseguição, tais como “buscar proximidade espacial, intentar estabelecer contato através de meios de comunicação ou de um terceiro”³².

Quanto à modalidade de execução exige-se para configuração do tipo que haja *ausência de autorização* pelo ofendido à proximidade e que os atos se operem de *modo insistente*. Dessa forma, o consentimento por parte do sujeito passivo é causa de atipicidade da conduta³³. O parágrafo 238 ainda exige que da conduta resulte uma alteração no cotidiano de vida da vítima, a tal ponto que esta não “possa viver como antes”. Assim, a consumação do delito dependerá do sujeito passivo, ou seja, da capacidade mental e física de enfrentamento aos atos de perseguição³⁴.

1.2.3. Áustria

O Código austríaco tipifica a conduta do *Stalking* como a perseguição perseverante e tenaz. Por perseverança deve ser entendida a prática de determinados atos, por significativo tempo, tais como manter proximidade física, contatos por meios de telecomunicação variados, entre outros. Aspecto importante

31 BALLESTEROS, 2016, p. 55.

32 *Ibid.*, p. 55.

33 ESTIARTE, Carolina Villacampa. **Stalking y Derecho Penal**: relevância jurídico-penal de una nueva forma de acoso. Madrid: Iustiel, 2009, p. 176.

34 BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 56.

do sistema austríaco reside no fato de que as hipóteses fáticas do tipo são *numerus clausus*, não admitindo outras formas de interpretação.

A esse respeito deve ser considerado que uma certa margem de elasticidade na interpretação do tipo se faz necessária, ante as multiplicidades das circunstâncias fáticas no mundo real, bem como da evolução dos próprios meios de comunicação aptos a causar constrangimento à liberdade de autodeterminação das vítimas de *Stalking*. Por sinal, o legislador português imprimiu essa característica na formatação legislativa por ocasião de criminalização do *Stalking*, por entender não se tratar de um tipo de resultado, mas de mera conduta.

Portanto, no modelo austríaco haverá incidência típica quando a ação persecutória seja apta a prejudicar ou alterar o modo cotidiano de vida da vítima, sem que efetivamente isso tenha ocorrido³⁵.

1.2.4. Itália

O Código Penal Italiano prevê o crime de perseguição no artigo 612 *bis*, no Capítulo III do Título XII do Livro II. A ação típica tem como elementares a “realização reiterada de ameaças ou condutas de assédio” capazes de causar um estado duradouro de “ansiedade”, “medo” ou risco de afetação da integridade física da vítima ou de outrem ligado a ela por relações de afeto, alterando seu costume ou modo de vida. A descrição típica é de relativa indeterminação, pois emprega o termo assédio de forma genérica, sem uma definição concreta de seu significado, limitando-se à descrição do resultado que poderá advir da conduta³⁶.

O artigo 612 *bis* prevê, ainda, um sancionamento penal maior quando o agente ativo seja “cônjuge legalmente separado ou divorciado ou uma pessoa que estivesse ligada por relação afetiva ao ofendido”³⁷. Além de um agravamento da pena quando se trate de vítima menor, mulher grávida ou incapaz³⁸.

Estudos realizados no âmbito do Direito italiano concluíram que houve um aumento significativo, após a criminalização em 2009, da proteção às vítimas, bem

35 BALLESTEROS, 2016, p. 56.

36 *Ibid.*, p. 58.

37 TIGANO, Simona. Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex: dall'introduzione del delitto di stalking alla recente legge n. 172 del 2012. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milano, vol. 42, n.º 1, pp. 350-375, jan./mar. 2013.

38 BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 58.

como das pesquisas sobre o tema, além de uma maior conscientização da polícia, magistrados, associações e meios acadêmicos. Além disso, serviu como instrumento de “limitação da interferência ilícita na privacidade das pessoas”³⁹.

1.2.5. Espanha

O Código Penal Espanhol⁴⁰ possui modalidades de assédio (acoso) que não devem ser confundidas com o *Stalking*. O artigo 183, “bis” e “ter.”, traz as hipóteses típicas do Ciberassédio sexual contra menores (online child grooming), destinando-se à proteção dos menores em âmbito digital. O Assédio Sexual (acoso sexual), por sua vez, está previsto no artigo 184 do Código Penal, na parte que trata dos Crimes contra a Liberdade Sexual.

Destaca-se que o legislador Espanhol, consciente da necessidade de uma resposta às condutas que configuram o *Stalking*, acresceu ao artigo 172 do Código Penal o inciso nº 3. Nesse tocante, releva observar da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei, que fica claro que a tipificação do delito tinha em mente fornecer uma resposta a condutas graves que anteriormente não podiam ser “qualificadas como coações ou ameaças”⁴¹.

Assim, o tipo que visa a proteção do bem jurídico *liberdade* abarca condutas que, mesmo não havendo a intenção de causar danos ou a intenção de, por meio da violência direta, restringir a liberdade da vítima, são capazes pela reiteração de restringir a liberdade ou sentimento de segurança da vítima⁴².

Portanto, a extensão da proteção do bem jurídico que passou a ser adotado pelo legislador italiano é significativamente ampla, pois tem como elemento

39 DE FAZIO, L. Criminalization of stalking in Italy: One of the last among the current European member states' anti-stalking laws. **Behavioral Sciences & the Law**, vol. 29, n.º 2, pp. 321-324, mar./abr. 2011. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/bsl.983>> Acesso em: 30 jun. 2018. Cf. Maran, revelando em pesquisa que no âmbito italiano 25,5% dos estudantes universitários foram vítimas de *Stalking* em algum momento, sendo a maioria entre eles mulheres. MARAN, Daniela Acquadro (et al). Stalking Victimization among Italian University Students. **Gender & Behaviour**, vol. 12, n.º 3, pp. 6070-6079, jun. 2014. Disponível em: <search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=97094849&lang=pt-br&site=eds-live> Acesso em: 01 jul. 2018.

40 ESPANHA. **Código Penal Espanhol**. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/codigos/>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

41 BALLESTEROS, 2016. pp. 124-128.

42 *Ibid.*, pp. 124-128.

do tipo uma conduta apta a afetar a integridade psíquica da vítima, circunstância que acarreta problemas de interpretação no âmbito probatório, haja vista o grau de subjetividade que remanesce ao julgador. Não obstante, a inovação legislativa trouxe como aspecto positivo o fato de passar a abranger condutas que não estavam enquadradas num contexto relacional em que a vítima fosse esposa, tivesse alguma espécie de relacionamento afetivo, com ou sem convivência, conforme se extrai do inciso nº 3.

1.2.6. Brasil

No Brasil o *Stalking* não é considerado crime e sim contravenção penal prevista no artigo 65 do Decreto-lei n.º 3.688/41, cujo tipo consiste em “Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa”.

Atualmente tramita o Projeto de Lei nº 5419/2009⁴³ na Câmara dos Deputados para acrescentar o artigo nº 146-A ao Código Penal da figura da “perseguição insidiosa”, cuja conduta típica consiste em “Perseguir alguém de maneira insidiosa, causando danos à integridade material ou moral da vítima e restringindo a sua locomoção ou forma de vida”. A pena prevista é de um a quatro anos de reclusão, além da imposição de ordem de manter distância da vítima, caso necessário, ou multa. O bem jurídico tutelado é a privacidade e a tranquilidade da vítima.

O Projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em 23 de março de 2010, encontrando-se pronto para votação em plenário. Diferentemente do Direito português, é possível no Direito brasileiro que, antes mesmo do término da ação penal, sejam impostas medidas de coação para fins de afastamento do arguido da vítima. Esse o teor do artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal⁴⁴, possibilitando ao magistrado a imposição de medidas cautelares de tal natureza, que se descumpridas poderão acarretar a prisão do agressor.

43 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5419/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=438638>> Acesso em: 11 mar. 2018.

44 BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em: 11 mar. 2018.

No modelo brasileiro, a imposição de medidas cautelares já vem prevista nos crimes de violência doméstica, tratado pela chamada Lei Maria da Penha⁴⁵, sendo instrumento processual relevante na proteção da integridade física e psíquica da vítima, tendo em conta a delonga da investigação e processamento do arguido, que não raras vezes reitera os atos de agressão.

O legislador português, diferente do brasileiro, obrou em equívoco ao deixar de antever essas medidas ao *Stalking*, circunstância que representa um dos maiores problemas a serem destacados a partir da criminalização das condutas de perseguição pelo Código Penal lusitano, o que será abordado em seguida com maior detalhamento.

Portanto, o que se pode inferir da tipificação do *Stalking* nos países suprarreferidos é que os modelos não diferem tanto entre si, mas têm em comum problemas similares quanto às elementares típicas objetivas e subjetivas, especialmente quanto ao aspecto volitivo do sujeito ativo (dolo), em tratar-se ou não de um crime de mera conduta, e quanto ao resultado da conduta. Não obstante, somente um estudo de Direito comparado, apto a verificar estatisticamente os resultados após sua tipificação naqueles países é que poderia revelar os efeitos reais no âmbito social no que tange a maior ou menor proteção ao bem jurídico tutelado, em síntese: a integridade física e psíquica da mulher, maior vulnerável nesse contexto⁴⁶.

45 BRASIL. Lei 11.340/06. (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 23 jun. 2018.

46 Cf. Matos (et al.), para quem o gênero, como mecanismo social, associa-se à ideia de fragilidade, delicadeza e indefesa, enquanto a masculinidade pressupõe a “bravura, força e moderação nas manifestações emocionais. Tais circunstâncias, a seu ver, contribuem para a construção de experiências diferenciadas do medo para homens e mulheres, tornando o *Stalking* um fenômeno mais percebido por estas últimas. MATOS, Marlene (et. al.). Vitimização por Stalking: preditores do medo, **Análise Psicológica**, Lisboa, vol. 30, n.º 1-2, p. 171, 2012.

2. A proteção do bem jurídico no crime de *Stalking* no Direito português

Após a criminalização do *Stalking* no artigo 154º-A do Código Penal, pela Lei nº 83/2015, de 05 de agosto, nasce o questionamento, ao nível criminológico, se o tipo perseguição, nos moldes em que foram estruturados seus elementos típicos, teve o efeito de densificar a proteção ao bem jurídico tutelado ou produziu efeitos meramente simbólicos.

Na presente investigação, conforme previamente anunciado, o estudo terá por foco o gênero feminino, em face do qual o grau de afetação é proporcionalmente superior ao gênero masculino. Para tanto é preciso compreendermos o sentido de bem jurídico, a forma como o *Stalking* era tratado antes e depois de sua criminalização pelos Tribunais, bem como os níveis estatísticos de recorrência social. Respostas relevantes no plano da prevenção geral positiva e negativa⁴⁷.

A complexidade das relações humanas, o desvirtuamento ético e moral do homem em sociedade e a intolerância somadas a aspectos de ordem psicológica, psiquiátrica e neurológica talvez sejam os principais vértices de incremento da violência em coletividade. A necessidade de o Direito percorrer caminhos que alcançam conhecimentos interdisciplinares é uma realidade da qual o operador jurídico não pode mais adiar. Nesse contexto, o *Stalking* aparece como uma tipologia de crime que exige para sua compreensão, por parte do jurista, conexionar-se com variadas áreas do conhecimento.

Estabelecer uma fronteira entre os bens que devem ou não serem criminalizados é uma tarefa hercúlea ao legislador. Para o Direito Penal a definição de bem jurídico tem pouso certo na identificação de seu núcleo essencial, ou seja, o bem da vida cuja integridade interessa ao indivíduo e à coletividade como um todo,

47 Nesse sentido o Acórdão nº 1452/09.9PCCBR,C1, de 10 março 2010, do Tribunal da Relação de Coimbra: “Pela prevenção geral (positiva) faz-se apelo à consciencialização geral da importância social do bem jurídico tutelado e pelo outro no restabelecimento ou revigoramento da confiança da comunidade na efectiva tutela penal dos bens tutelados; pela prevenção especial pretende-se a ressocialização do delincente (prevenção especial positiva) e a dissuasão da prática de futuros crimes (prevenção especial negativa)”. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão nº 1452/09.9PCCBR,C1, de 10 março 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

“objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como bem valioso”⁴⁸.

Uma das primeiras concepções de bem jurídico, de matiz individualista, com substratos de cunho eminentemente liberais, passou a identificar bem jurídico com os “interesses primordiais do indivíduo, nomeadamente a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu patrimônio”. Não tardou para a doutrina identificar, a partir da segunda metade deste século, o bem jurídico com base em um **conceito metodológico**, de raiz “exasperadamente normativista”. Por esta concepção os bens jurídicos são encarados como “fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime”, ou seja, a compreensão do sentido e fim das normas são “abreviaturas do pensamento teleológico”⁴⁹.

Figueiredo Dias⁵⁰ considerava que por esta compreensão a interpretação da norma perdia a ligação teleológico político-criminal, “deixando de ser um padrão crítico de aferição da legitimidade de criminalização”. Uma concepção de bem jurídico puramente hermenêutica, representa um “esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal” sem utilidade à “interpretação teleológica da norma”. Por sua vez, nas palavras de Farias da Costa⁵¹, “O bem jurídico é um pedaço da realidade, olhado sempre como relação, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”.

Consideradas essas premissas, a concepção de bem jurídico que ora se apoiará este trabalho fundar-se-á na “concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico”⁵², ou seja, a exteriorização de interesse de um indivíduo ou comunidade, diretamente ligado à integridade do Estado, cujo bem tutelado é socialmente relevante e por isso digno de proteção.

Disso decorre que o bem jurídico passível de proteção pressupõe esteio na ordem constitucional, cujos parâmetros se sobrepõem às normas infraconstitucionais, autorizando definir determinadas condutas como crime⁵³. Logo,

48 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. 1, p. 114.

49 DIAS, J.F., pp. 115-116.

50 *Ibid.* p. 116.

51 COSTA, José Faria. *Noções Fundamentais do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 3ª ed., 2012, p. 164.

52 DIAS, J.F., 2011, pp. 116, 118 e 154.

53 Cf. Palma, para quem a incriminação de uma conduta “<...> tem de ser indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (princípio da necessidade), a conduta incriminada deve possuir ressonância ética negativa (princípio da culpa) e a criminalização,

o bem jurídico passível de merecimento de proteção pela ordem jurídica deve estar no seio da ordem constitucional, além de ter relevância social, ou seja, deve ser fundamental tanto ao indivíduo como à sociedade (art. 18º, nº 2, CRP)⁵⁴.

Dessa forma, dois critérios são essenciais na consideração de um bem jurídico-penal: ser constituído de *dignidade* e *necessidade penal* de sua proteção. Na primeira dimensão seus valores são acolhidos pela consciência ético-social como fundamentais e essenciais à realização pessoal de cada membro da sociedade. Na segunda dimensão, além da existência da dignidade penal, é essencial que haja *indispensabilidade de intervenção* do Direito Penal, e que essa proteção do bem jurídico pelo sistema de reprovação jurídico-penal seja efetivamente o meio *adequado*⁵⁵.

O artigo 25º da CRP, ao tratar no preâmbulo do “Direito à integridade pessoal”, dispôs no nº 1 que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”. Após certo debate doutrinário e jurisprudencial em Portugal, a integridade psíquica passou a ser entendida no âmbito da integridade pessoal, como decorrente da tutela de dignidade da pessoa humana⁵⁶. Com base nessa compreensão é que o artigo 154º-A do Código Penal português recepcionou a *liberdade psíquica* e a *liberdade de determinação* no crime de *Stalking* como eixos da tutela jurídico-penal.

No crime de *Stalking* a vítima é exposta a situações de medo e *stress*⁵⁷ em decorrência da prática reiterada de condutas que afetam sua *integridade psíquica* consistentes em vários mecanismos de perseguição, tais como “ligações telefônicas, envio de mensagens, espera nos locais de maior frequência”. Esse conjunto de comportamentos podem resultar danos significativos à saúde psíquica da vítima, traumas crônicos, “depressão, ideias suicidas, ansiedade, perturbação e

sempre resultante de lei formal, deve reunir o consenso da comunidade (princípio da legalidade). PALMA, Maria Fernanda **Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal**. 2012, p. 7. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tqb_ma_22910.pdf> Acesso em: 29 jun. 2018.

54 SANTOS, 2017, p. 65.

55 SANTOS, 2017, p. 69-70.

56 *Ibid.*, pp. 76, 99.

57 Cf. KNIGHT, para quem os estressores psicológicos da vítimas de *Stalking* são singulares, haja vista o prolongamento no tempo em que mesmas são expostas, resultado de perseguições passadas e de potenciais incidentes futuros. KNIGHT, M. A. Stalking and cyberstalking in the United States and rural South Dakota: twenty-four years after the first legislation. *South Dakota Law Review*, vol. 59, n.º 2, p. 7, jun. 2014.

stress pós-traumático – medo, tensão, nervosismo, raiva, agressividade, confusão, desconfiança, paranoia, cansaço, fraqueza”⁵⁸.

Por outro lado, ao tratar-se no *Stalking* da tutela da *liberdade de determinação* da vítima tem-se por escopo a proteção da sua liberdade individual, mas que em função dos atos praticados pelo *stalker* alteraram seu cotidiano de vida. Assim, em decorrência dos atos de perseguição a vítima altera locais onde antes livremente frequentava, muda percursos de trânsito e ausenta-se de redes sociais, ocultando suas atividades e relações interpessoais, ou seja, altera sua rotina pessoal por meio de ações destinadas a autoprotoger-se do agressor, evitando confrontar-se com o mesmo.

O *Stalking* abrange um número amplo de ofensas, em níveis diversos, podendo, no entanto, atingir bens jurídicos específicos. Sua esfera de afetação ultrapassa a simples perturbação da vida, não fosse assim bastaria o mero enquadramento de determinadas condutas em tipos já previstos no Código Penal.

A tutela penal do artigo 190º que visa proteger a “vida privada, a paz e o sossego” do indivíduo, ao inibir a conduta do agente que telefona para a casa ou telemóvel da pessoa visada, em muitas ocasiões insere-se num contexto de *Stalking* apenas como um dos atos componentes de um conjunto de ações que pretendem antes de tudo afetar a liberdade psíquica e o cotidiano do ofendido. O intento propriamente não é a perturbação da vida privada, mas sim sua paz e tranquilidade enquanto indivíduo livre. Assim, vários outros tipos poderão ser integrantes do *Stalking* por afetarem bens jurídicos como a integridade física, a vida, a honra etc⁵⁹.

Expostas algumas linhas básicas da tutela do bem jurídico no crime de *Stalking*, importa analisar seus elementos típicos, dimensionando-os no plano dogmático ao nível sistêmico-normativo no Código Penal, de forma a responder quanto à indagação central que se liga à densificação da proteção do bem jurídico relativamente ao gênero feminino.

58 SANTOS, *op. cit.*, p. 77-78.

59 SANTOS, 2016, pp. 90-92.

3. Os elementos constitutivos do *Stalking*

A descrição de um fato como crime pressupõe sua valoração tendo em conta a realidade que descreve. Essa descrição se opera através de *elementos descritivos* e *normativos*⁶⁰ do tipo, cuja distinção vem esculpida no artigo 16º, n.º 1, do Código Penal. Dessa forma, os descritivos identificam-se com os *elementos do fato* e os normativos com os *elementos de direito*⁶¹. Pode-se afirmar, assim, diante dessa sistemática que o tipo de ilícito se divide doutrinariamente em tipo objetivo de ilícito e tipo subjetivo de ilícito.

3.1. O tipo objetivo

Pelo tipo objetivo observam-se fatores de ordem que são independentes da vontade da pessoa, tais como “as características do próprio sujeito, o objeto da ação, as modalidades de execução do fato, o processo causal e o resultado”⁶². Portanto, toda a previsão normativa que constitui o tipo objetivo deverá estar objetivada ou concretizada no mundo exterior.

O autor do crime de *Stalking* pode ser qualquer pessoa individual e, por tratar-se de crime comum, não há óbice à comparticipação. Logo, um terceiro poderá agir dolosamente em coautoria no intento de perseguir a vítima ou em cumplicidade (art. 26º e 27º, CP). No que tange à relação do autor com a vítima, nada obsta a que o crime de *Stalking* ocorra no âmbito de uma relação doméstica (artigo 152º, CP), como de fato comumente ocorria anteriormente à tipificação no Direito português, punindo-se condutas que tinham um enquadramento fático criminal próprio no Código Penal.

60 Segundo Figueiredo Dias: “Dizem-se descritivos os elementos que são apreensíveis através de uma actividade sensorial, isto é, os elementos que referem aquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e por isso podem ser reconhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração”. Já os normativos são “aqueles que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supralégais, determinados ou a determinar; elementos que assim não são sensorialmente perceptíveis, mas só podem ser espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis” (DIAS, J. F., 2011, p. 288).

61 FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. Parte Geral II, penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010, pp.134-135.

62 PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal**: parte geral, a teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 103.

Por outro lado, o tipo não exige a existência de alguma forma de vínculo sentimental prévio entre o *stalker* e a vítima, que poderá ser tanto do gênero feminino ou masculino, conforme já referido. Assim, a motivação que conduz aos atos de perseguição pouco ou quase nada importará na consideração do tipo subjetivo, cuja origem, desde a simples admiração até alguma espécie de distúrbio psíquico, poderá ter relevância sob o ponto de vista preventivo e de tratamento da saúde mental a fim de evitar-se recidivas contra a vítima. Trata-se de uma opção acertada pelo legislador abrangendo hipóteses fáticas de comportamento que ficariam à mercê da proteção do Estado se fosse exigido prova de vínculo relacional prévio entre autor e vítima como elemento constitutivo do crime.

Perseguir ou assediar outra pessoa de modo reiterado, ou seja, em mais de uma oportunidade, constitui o núcleo básico do tipo do artigo 154º-A do CP. O legislador português entendeu por bem adotar estrutura normativa com relativa indeterminabilidade quanto aos contornos comportamentais que o configuram.

Nesse contexto, entendemos que o Legislador, em que pese a relevância da tipificação da conduta, deveria ser descritivo, em termos exemplificativos, quanto aos comportamentos que podem constituir o crime de *Stalking*. Tal procedimento reforçaria a função comunicacional da norma, além de trazer maior segurança jurídica ao impor limites à subjetividade do intérprete no caso concreto.

Por sinal, não nos parece adequada a postura normativa adotada pelo legislador austríaco, que embora descreva as condutas que compõem o crime, acaba por enumerá-las de forma taxativa, diferentemente do legislador alemão, consoante bem nos aponta Ballesteros⁶³, vez que um nível de indeterminabilidade se faz necessário de forma a abranger todas as hipóteses de incidência penal⁶⁴.

Importante distinção, diz respeito à qualificação do crime de *Stalking* quanto ao modo de afetação do bem jurídico, ou seja, se crime de dano ou de perigo. Segundo Figueiredo Dias⁶⁵, “*Nos crimes de dano a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efectiva do bem jurídico*”. O mesmo não sucede quanto aos crimes de perigo, onde a lesão ao bem jurídico não é pressuposto à realização do tipo, bastando apenas que o mesmo seja colocado em risco.

63 BALLESTEROS, 2016, p. 56-57

64 SANTOS, B.F., 2017, p. 62.

65 DIAS, J.F., 2011, pp. 308-311.

Em relação ao crime de perigo pode ser classificado em *crime de perigo concreto* e *crime de perigo abstrato*. No primeiro o tipo se completa se o bem jurídico for colocado efetivamente em perigo, a exemplo do artigo 138º do Código Penal. No segundo, o perigo não é elementar do tipo, mas é de tal forma relevante que motiva a proibição, ou seja, ele é tipificado em nome de uma “perigosidade típica”, sem exigir-se sua comprovação. Dessa forma, o agente será punido “independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico”⁶⁶.

Relativamente ao crime de *Stalking*, não há divergências quanto à natureza classificatória como crime de perigo. Contudo, não há uma estabilização de interpretação quanto a ser crime de perigo abstrato ou concreto, circunstância relevante na verificação da incidência sobre o suporte fático criminoso. Paulo Pinto de Albuquerque⁶⁷ posiciona-se no sentido de o *Stalking* ser um crime de perigo *abstrato-concreto*, ou seja, a ação deve ser suficientemente apta, idônea ou adequada a lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico⁶⁸. Bárbara Fernandes Rito dos Santos⁶⁹, por outro lado, posiciona-se como crime de perigo abstrato. Posicionamo-nos com Albuquerque, pois parece ser o real sentido da norma, ao referir que a conduta praticada se configure “de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou prejudicar a sua liberdade de determinação” (art. 154º, CP).

Dessa forma, a conduta praticada pelo *stalker* deve ser potencialmente capaz de gerar o resultado, não se exigindo que tenha de fato ocorrido, seja para instauração da investigação e persecução penal, seja para aplicação de eventuais medidas protetivas. Interpretação oposta conduziria a um esvaziamento do próprio sentido da previsão legal e da proteção do bem jurídico⁷⁰, pois estaria a exigir da vítima uma prova prévia de difícil demonstração, embora não impossível, da afetação a sua saúde psíquica e liberdade de determinação.

66 DIAS, J.F., 2011, pp. 308-309.

67 ALBUQUERQUE, p. 93.

68 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013, p. 90.

69 SANTOS, B.F., p. 67.

70 Cf. Schunemann, para quem a antecipação da proteção legal nos crimes de perigo concreto justifica-se na medida que representa uma melhoria na proteção do bem jurídico. SCHÜNEMANN, Bernd. **El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de derecho. Tradução Ângela de la Torre Benitez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 60-61.

3.2. O tipo subjetivo

A doutrina em termos gerais define o dolo como o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo do ilícito. O Código Penal português, no art. 14º, limitou-se a delinear as formas como sua incidência se opera (direto, necessário, eventual)⁷¹, atribuindo-lhe uma carga de desvalor jurídico diferente dos tipos negligentes. Assim, o dolo compõe-se de dois elementos que o caracterizam, o *intelectual* e o *volitivo*. Logo, em curta síntese, o que diferencia o *tipo doloso* do *tipo negligente* é, essencialmente, a vontade de realização do tipo, já que a consciência do ilícito também é elemento comum na culpa consciente⁷².

A doutrina revela consenso quanto à admissão da prática do crime de *Stalking* apenas na forma do dolo (direto, necessário e eventual – art. 14º, CP). Contudo, não há a exigência de um dolo específico. A expressão no tipo “forma adequada a provocar-lhe” não está a referir-se ao aspecto anímico do agente, ou seja, se sua “intenção” é boa ou má, mas sob o ponto de vista do resultado. Assim, se tem consciência de que tal conduta poderá causar afetação ao bem jurídico, pratica o crime⁷³.

De fato, pretender-se à configuração do tipo prova da intenção do agente configuraria um enfraquecimento à proteção do bem jurídico, primeiro pela dificuldade de provar-se circunstâncias que ocorrem, por vezes, de forma não explícita, segundo por tratar-se de fator subjetivo intrínseco ao psiquismo do agressor e, terceiro, em face da dinâmica com que o crime de *Stalking* ocorre, cuja evolução dos atos que o compõem são imprevisíveis podendo causar danos irreversíveis.

A “culpa dolosa” tem na consciência do tipo objetivo a base intelectual à punição do agente. Se esta representação é ausente ou deficiente o tipo não se completa. Não se exige aqui que o indivíduo tenha conhecimento dos elementos normativos do tipo ao nível do jurista, mas a apreensão de um sentido valorativo ao

71 PALMA, M. F. **Direito Penal**: Parte Geral... 2017, pp. 135-159.

72 DIAS, J. F., 2011, pp. 349-350.

73 FERREIRA MONTE, Mário. Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: novos tempos, novos crimes... Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto. **Revista Julgar**, n. 28, pp. 75-78, jan./abr. 2016.

nível do leigo. Em suma, o aspecto volitivo liga-se ao tipo subjetivo do ilícito doloso caracterizando-se pela vontade de realização do tipo⁷⁴.

Nesse contexto, de significativa relevância ao *Stalking* é a discussão de há muito travada pela doutrina quanto aos elementos ou critérios de identificação entre *dolo eventual* e *negligência consciente*, em face da tênue linha que a ambos separa. Da mesma forma que o dolo direto e necessário, o legislador português não define no artigo 14º, nº 3, do Código Penal o conceito de dolo eventual, mas caracteriza-o quando o agente tem a representação da possível ocorrência de um fato típico decorrente de uma conduta a qual assim mesma a executa, “conformando-se com sua realização”. A negligência consciente, por sua vez, consiste na prática de um ato pelo agente, que tendo a representação da possível ocorrência de um fato criminoso, bem como a obrigação do cuidado objetivo, atua sem se conformar com sua realização (art. 15º, a, CP)⁷⁵. Assim, o elemento comum entre o dolo eventual e a culpa consciente está na representação do fato como possível⁷⁶.

Exposta essa brevíssima síntese, àquilo que importa ao crime de *Stalking*, sob o ponto de vista do resultado, pouco importará à vítima se uma conduta foi praticada por dolo eventual ou culpa consciente, se as ações foram capazes de atingir sua saúde psíquica ou sua liberdade de determinação. O agente que pratica uma série de atos, tais como enviar mensagens, cartões, flores, aparecer repentinamente em locais públicos ou privados diante da vítima com o intuito de conquistá-la afetivamente, quando de sua parte há negativas de proximidade, deve (ou deveria) saber que sua conduta poderá afetar sua integridade mental ou liberdade de determinação.

Desse contexto fático-hipotético emerge o questionamento quanto à possibilidade de punição do *stalker* ao nível de culpa consciente. Observe-se que na atual estrutura do Código Português, diferentemente do dolo, a negligência só é

74 Segundo Palma, “No dolo necessário, a realização do facto típico é prevista como consequência necessária da ação, sendo, por isso secundário averiguar qual a posição afetiva relativamente à realização do facto típico (mesmo que não o deseje o agente decide-se pela realização do facto típico).” (PALMA, M. F. **Direito Penal**: Parte Geral... 2017, p. 136).

75 Cf. Palma, para quem a questão do dolo eventual deveria “ser discutida no plano da culpa, como problema de capacidade efectiva de ponderação do risco do resultado perante o contexto motivacional”. PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal. *In*: VALDÁGUA, M.C. (Coord.). **Problemas fundamentais de Direito Penal**: Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, 2002, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, p. 61.

76 DIAS, J.F., 2011, p. 360.

punível quando haja previsão legal (art. 13º, Código Penal). A negligência consiste no descumprimento do dever de cuidado objetivo a que o agente está obrigado diante do bem jurídico tutelado nas circunstâncias do fato, cujo tipo é capaz de representar como possível de acontecimento, sem se conformar com essa situação, ou sequer chegar a representá-lo como possível de realização (art. 15ª, “a”, “b”, Código Penal).

Nessa construção positivista, que teve origem em Engisch⁷⁷, a negligência deve ser caracterizada inicialmente de forma negativa, e apenas num segundo momento de forma positiva. Significa dizer que somente é possível punir-se a negligência quando inexistentes os pressupostos de um crime doloso. Assim, da mesma forma que a caracterização do dolo não reside apenas na identificação de se o sujeito quis o resultado, aprovou ou aderiu a sua realização, a culpa não será identificada apenas no fato de o sujeito não querer ou não aprovar a realização do tipo, mas também na ausência de sua parte de cautela, empenho e atenção⁷⁸.

Segundo Figueiredo Dias⁷⁹, no atual Código Penal Português, a violação de cuidado objetivo na negligência está relacionada não com o resultado, mas sim com a “realização de um facto que preenche um tipo de crime”. Assim, “a norma de ilicitude é mais que uma norma destinada a evitar resultados, uma norma de cuidado no relacionamento interpessoal”. Dessa forma, nos crimes negligentes de mera conduta a “violação de um dever de cuidado de previsão e evitação do resultado” ganha autonomia teórico-dogmática⁸⁰.

Villacampa Estiarte⁸¹, ao analisar o *Stalking* no Código Penal Californiano, destaca que o legislador ao considerar o elemento subjetivo como a intenção (dolo) de colocar a vítima em estado de medo ou pôr em risco sua integridade ou de sua família acaba por desproteger o bem jurídico, pois muitos *stalkers* não têm a intenção de causar danos às suas vítimas, já que em várias situações de *Stalking* afetivo a intenção está dirigida, bem ou mal, a reatar a relação com a vítima⁸².

77 ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964, p. 241.

78 *Ibid.*, p. 267.

79 DIAS, J. F., 2012, pp. 869-870.

80 Figueiredo Dias rechaça a ideia de Engisch no sentido de ser comum aos tipos dolosos e negligentes a violação do dever de cuidado, pois quando se trata destes últimos o que se quer designar é a ausência de cuidado objetivo nas condutas não dolosas que devem ser evitadas (DIAS, J.F., 2011, pp. 869-870).

81 ESTIARTE, 2009, p. 120.

82 Cf. Holmes acerca dos vários tipos de Stalkers. HOLMES, Ronald M. *Criminal Stalking: an analysis of the various typologies of stalkers*. In: DAVIS, A. Joseph; CHIPMAN,

Na Irlanda, o legislador incluiu no *Non-Fatal Offences Against the Person Act* 1997, o artigo 10.2, que previu expressamente ambos tipos subjetivos ao crime *Stalking*, ou seja, a atuação de forma intencional ou negligente capaz de afetar a paz ou a intimidade da vítima, e de causar-lhe dano ou angústia e que, sendo suscetíveis de provocar os referidos efeitos, possam ser deduzidos por uma pessoa razoável⁸³. Assim, o *Non-Fatal* estabelece um padrão médio cognitivo por parte do agente na aferição da conduta negligente⁸⁴, em síntese, na aferição subjetiva do risco sob o qual o bem jurídico é colocado em face de sua conduta.

Não obstante tais tendências, posicionamo-nos no sentido de que a integral proteção ao bem jurídico no ordenamento português – e mesmo no estrangeiro – prescinde da previsão normativa do *Stalking* negligente, tanto na forma consciente como na inconsciente (artigo 15º, “a” e “b”, ambos do Código Penal português). Admitir-se tal leque de incidência criminal significaria um antagonismo a ideia de um Direito Penal mínimo, cuja interferência é esperada apenas em relação àquelas condutas que sejam estritamente necessárias e relevantes à sociedade.

Por outro lado, o argumento de que o *Stalking* negligente aumentaria a proteção do bem jurídico por abranger um número muito maior de fatos potencialmente lesivos, por si só é falacioso, pois não há qualquer estatística que demonstre até o presente momento que uma interferência maior do Estado punitivo inibiu tais condutas.

Ademais, se as dificuldades da comprovação do dolo, em quaisquer de suas modalidades, por vezes, é uma realidade interpretativa de difícil solução no mundo jurídico, já há muito enfrentado pelos operadores do Direito, inegavelmente o será em maior proporção na negligência inconsciente. Ainda que se admita o argumento de que é da natureza do Direito o enfrentamento da compreensão das complexidades fático-jurídicas, um princípio de intervenção mínima do Estado deve ponderar os riscos de um efeito negativo em sociedade no exercício do poder

Marcella A. **Stalkers and Other Obsessional Types**: a review and forensic psychological typology of those who Stalk. New York: CRC Press, 2001, pp. 19-29.

83 ESTIARTE, *op. cit.*, p. 153.

84 Para Roxin, a capacidade do indivíduo abaixo da média não pode conduzir à atipicidade da conduta negligente. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997, pp. 1013-1018. Essa posição é aderida por Figueiredo Dias, ao afirmar que “outra solução significaria um inadmissível esvaziamento do relevo da negligência a nível da culpa” (DIAS, J. F., 2011, p. 873). Concordamos com tal posição, na medida em que de fato a força comunicacional e preventiva da norma perderia sua relevância e eficácia. No entanto, aceitamos que no plano da culpa seja possível sua consideração.

preventivo, ou seja, de fomentar-se insegurança jurídica, na medida em que o ato de aproximação é da natureza das relações afetivas.

3.3. Da tentativa

Torna-se de difícil compreensão a previsão normativa do *Stalking* tentado no artigo 154º-A, nº 2, do Código Penal, se considerada a posição dominante na doutrina⁸⁵ de que o tipo se trata de crime de mera conduta e não de resultado. A tentativa pressupõe que o agente decida praticar um crime ingressando no núcleo do tipo penal, por meio da prática de um ou mais atos do *iter criminis* (art. 22º, CP). Além disso, tratando-se de crime material, os atos praticados devem ser suficientemente idôneos a causar o resultado (art. 22º, 2, b, CP). Por esta linha de raciocínio, nos crimes formais o crime se consuma com a prática por si só do ato.

No entanto, parte da doutrina, a exemplo de Cavaleiro de Ferreira⁸⁶, admite a tentativa em crimes formais ou de mera conduta. Figueiredo Dias⁸⁷⁻⁸⁸, com ressalva, também a admite em tais hipóteses “sempre que a consumação se não verifica logo através da própria atividade, mas exige ainda um certo lapso de tempo”, a exemplo de um falso testemunho que se tenha iniciado, mas não terminou (art. 360º, 3, CP).

No caso do *Stalking*, admitindo-se, em tese, a posição de Figueiredo Dias, é difícil em termos práticos antever-se a tentativa, pois a incidência no tipo dá-se pela “reiteração” de condutas, ou seja, a realização de, pelo menos, duas condutas. Dessa forma, a prática de uma conduta tratar-se-á ou de um crime

85 Não é pacífica na doutrina italiana a possibilidade da tentativa no crime de *Stalking*. Monte admite a tentativa, por exemplo, na hipótese da interceptação de uma carta com conteúdo de ameaçador ante que chegue ao conhecimento da vítima. MONTE, Elio lo. Una nuova figura criminosa: lo stalking (art. 612-bis c.p.). Ovvero L'ennesimo, inutile, guazzabuglio normativo”. **L'indice penale**, Padova, Nuova serie, ano13, n.º 2, pp. 496-497, jun./dez. 2010.

86 Cf. Cavaleiro Ferreira, para quem “na tentativa não se pode falar sempre de causalidade, com referência a um evento material, pois a tentativa também tem lugar nos crimes formais (FERREIRA, M.C.F., 2010, p. 409)”.

87 DIAS, J. F., 2011, pp. 724-725.

88 Cf. Pinto Albuquerque, admitindo a tentativa nos crimes de mera conduta, desde que se trate da tentativa inacabada. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal**: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010, p. 41.

preparatório, não punível⁸⁹, salvo disposição em contrário (art. 21º, CP), ou se tratará de um crime típico em si, que não o *Stalking*.

Cabe referir que a tentativa no *Stalking* foi admitida no caso *People versus Aponte*⁹⁰, em que o Tribunal da Geórgia entendeu que um telefonema ou um e-mail, desde que idôneo a causar medo na vítima, mas que por algum motivo não chegou até a mesma pode ser enquadrado na forma tentada.

Sustentamos o entendimento do descabimento da tentativa no crime de *Stalking*, pois sendo ele integrado por um conjunto de ações que, por esta natureza, tornam-se aptas a afetar a integridade mental e a liberdade de determinação da vítima, torna-se inviável um fracionamento do *iter criminis*⁹¹.

89 Segundo Bárbara Santos, um dos princípios fundamentais do Direito Penal é o da última *ratio*. Logo, os atos preparatórios estão longe da lesão do bem jurídico-penal, sendo descabida sua punição, pois não lhe cabe a formação das pessoas, mas sim a proteção dos bens jurídicos (SANTOS, B. F. R., 2017, p. 118).

90 *Ibid.*, p. 122.

91 SANTOS, B. F. R., 2017, pp. 120-121.

4. A tipificação do *Stalking* como instrumento de prevenção geral e especial

Uma vez compreendido o *Stalking* sob o ponto de vista de seus elementos típicos, impõe-se analisá-lo sob as óticas da Prevenção Geral e Especial, de forma a considerar, diante do diminuto lapso de tempo desde sua tipificação até o presente momento, o grau de recorrência no tipo em relação ao gênero feminino, bem como quais as características dos fundamentos e interpretações dos seus elementos normativos pelos Tribunais da Relação.

Entende-se por Prevenção Geral a imposição e utilização da pena como instrumento político-criminal destinado aos membros da sociedade no sentido de afastá-los do crime por conta da ameaça que esta exerce. Essa atuação apresenta-se sob duas faces, a da prevenção geral positiva e a negativa. Pela primeira, a pena apresenta-se como instrumento que visa “reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal”. Pela segunda, a pena exerce um papel de intimação sobre o sujeito, a fim de que este não pratique crimes. Igualmente fala-se em doutrinas da prevenção especial, que se dividem em prevenção especial positiva, pela qual se busca a ressocialização do criminoso; e a prevenção especial negativa, pela qual se intenta dissuadi-lo da prática de novos crimes⁹².

4.1. O *Stalking* no âmbito dos crimes de violência doméstica

Antes da criminalização do *Stalking*, em 2015, comportamentos que hoje se inserem no contexto do crime de perseguição eram punidos com base em tipos autônomos, tais como a ameaça (art. 153º, CP), a importunação sexual (art. 170º, CP), a difamação (art. 180º, CP), a injúria (art. 181º, CP), a perturbação da vida privada (art. 190º, CP), a devassa da vida privada (art. 192º, CP), a devassa por meio de informática (art. 193º, CP) etc. No entanto, ao praticarem-se comportamentos típicos, outros considerados atípicos não eram punidos, embora praticados com idêntico potencial de afetação à integridade psíquica da vítima.

92 DIAS, J. F., pp. 49-57.

Assim, o fato de o *stalker* aparecer no local de trabalho da vítima ou em locais públicos inesperadamente, mandar bilhetes, flores ou presentes eram desconsiderados, deixando de sofrer incidência penal. Várias condutas do crime de *Stalking*, comumente, são praticadas no âmbito do crime de violência doméstica (art. 152º, CP)⁹³, que tutela a integridade física e psíquica da vítima. Em Portugal, uma das formas mais assentes de perseguição é a do *stalker* rejeitado, ou seja, alguém que teve uma relação afetiva com a vítima, mas que buscando uma reaproximação ou tentativa de reconciliação transmuta sua conduta à perseguição.

Ocorre que, com a tipificação do *Stalking*, o legislador passou a prever uma pena de até três anos, menor àquela aplicada à violência doméstica, que é de um a cinco anos. Consciente de que o *Stalking* pode se operar no âmbito da violência doméstica, fez por bem introduzir na parte final do nº 1 do artigo 154º-A do Código Penal o concurso de normas, que se opera quando há uma relação de “especialidade, de subsidiariedade ou consunção”. Isso significa que quando a matéria de fato sofre a incidência de duas normas simultaneamente, sem que possa valorar ambas ao mesmo tempo, prevalecerá apenas uma qualificação jurídico-penal⁹⁴.

No caso do nº 1 o tipo de concurso que ocorre é o da *subsidiariedade*, que corresponde àquelas hipóteses em que o campo de aplicação de uma das normas concorrentes interfere sobre a outra, sendo impossível a aplicação das duas por ofensa ao princípio do *non bis in idem*⁹⁵. Na hipótese do artigo 154º-A, o próprio legislador indica expressamente qual norma no caso concreto aplicar-se-á.

No que tange às penas acessórias observa-se que o legislador dispôs no número 3 a possibilidade de proibição de contato com a vítima por 6 meses a 3 anos, bem como a frequência a programas de prevenção à perseguição, o que representa um aspecto de significativa importância, ainda que somente na fase de sentença. Comumente, comportamentos de perseguição estão associados a

93 Cf. Walker e Meloy, diagnosticando o *Stalking* integrado num ciclo de violência doméstica que se inicia na fase de construção da tensão, passando pela fase da explosão, ataques verbais, físicos e sexuais até a fase da “lua-de-mel/reconciliação”. WALTER, L.; MELOY, J. *Stalking and domestica violence*. In: MELOY, J. (Ed.) **The psychology of Stalking: clinical and forensic perspectivs**. San Diego: Ademic Press, 1988, pp. 139-161.

94 FERREIRA, M. C., 2010, p. 529.

95 *Ibid.*, pp. 530-531.

distúrbios psiquiátricos que, se não monitorados os riscos⁹⁶, podem evoluir da mera perseguição a graus de agressividade maiores, tais como lesões físicas e homicídios.

O número 4 do artigo 154º-A do Código Penal prevê a pena acessória de afastamento do agressor da residência e local de trabalho da vítima, cuja fiscalização estará sujeita a monitoramento por meio técnico ou eletrônico, tal como a pulseira eletrônica (artigo 35º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro e na Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro).

Essa pena acessória reflete naquelas já contidas aos crimes de violência doméstica, especificamente nos números 4 e 5 do artigo 152º. Curiosamente, não se compreende que ao *Stalking* não tenha havido simetria quanto à imposição de restrição ao uso e porte de armas, analogamente ao nº 4º do art. 152º do Código Penal, já que a possibilidade da prática de um crime com sua utilização é plenamente possível em ambos contextos típicos.

De qualquer forma, não há impeditivo, em havendo suspeitas ou ameaças de uma agressão maior por meio de arma, que por meio de decisão judicial proceda-se *revista e busca* nos termos do artigo 174º do Código de Processo Penal, números 5, “a”, em havendo “fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou integridade de qualquer pessoa”, que podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 177º, nº 3, “a”, do Código de Processo Penal.

4.2. Do procedimento da queixa no crime de *Stalking*

A instauração do procedimento criminal no crime de *Stalking* é semipública e dependerá de queixa da vítima, consoante nº 5 do artigo 154º-A do Código Penal. Dessa forma, caberá à vítima no caso concreto avaliar a conveniência e oportunidade quanto à queixa. Essa opção legislativa parece-nos acertada, na medida em que muito embora possa mesmo ter ocorrido uma

96 Cf. Story e Hart, quanto à relevância do estudo do fatores de risco contra o *Stalking*. STORY, Jennifer E.; HART, Stephen D. How Do Police Respond to Stalking? An Examination of the Risk Management Strategies and Tactics Used in a Specialized Anti-Stalking Law Enforcement Unit. **Journal of Police and Criminal Psychology**, vol. 26, n.º 2, pp. 128–142, out. 2011. Disponível em: < <https://link.springer.com/article/10.1007/s11896-010-9081-8> > Acesso em: 01 jul. 2018.

sequência de fatos que configure o *Stalking*, nem sempre a intervenção penal, como última *ratio*, será a mais efetiva⁹⁷.

Em alguns Estados americanos, a queixa da vítima também é um requisito de procedibilidade da ação penal. No entanto, em determinadas hipóteses, respeitadas algumas restrições legais, é possível que a queixa seja retirada, não restando alternativa ao Ministério Público senão o arquivamento. Sistema similar é adotado por países como Bélgica, Luxemburgo, Hungria, Polônia e Países Baixos⁹⁸.

Em tal contexto, a nosso ver, o legislador português quedou-se inerte ao não prever a modalidade pública à ação no crime de *Stalking* para um catálogo de pessoas em situação de vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, como previsto na violência doméstica (nº 1, “d”, do artigo 152º), já que o crime de *Stalking* pode dar-se fora do âmbito das relações domésticas⁹⁹.

Apesar de o legislador ter avançado com a tipificação do *Stalking*, restaram deficientes questões de ordem de Direito Processual Penal, a exemplo das de natureza cautelar que instrumentalizem a tutela do bem jurídico antes da decisão final. A proteção à vítima de *Stalking* está umbilicalmente ligada às medidas de coação. Para se obstar as ações do agressor são necessários mecanismos jurídicos que antes mesmo do término do processo sejam aptos a coagi-lo, sem o que o bem protegido pela norma situar-se-á em um campo completamente minado¹⁰⁰.

Conforme Inês Ferreira Leite¹⁰¹, “os casos de perseguição não se resolvem com um julgamento penal (o julgamento vai ser apenas a comprovação da censura penal)”. Após apresentação da queixa-crime ao Ministério Público pela prática lesiva do *Stalking*, caso o agressor seja constituído arguido não poderá sofrer restrição de liberdade, ou seja, ser preso preventivamente ou submetido à prisão domiciliar¹⁰², nem mesmo compelido a afastar-se da vítima na dependência do processo. O problema central situa-se em que para a imposição das penas

97 Em determinados casos, o acompanhamento interdisciplinar por parte de órgãos de apoio às vítimas, como a APAV em Portugal, revela-se altamente relevante na avaliação da execução de planos de intervenção contra os atos de *Stalking*.

98 AA, Suzan Van der; RÖMKENS, Renée. The state of the art in stalking legislation: reflexions on European developments. **European Criminal Law Review (EuCLR)**, vol. 3, p. 240, 2013.

99 Sobre o caráter público da ação penal no crime de *Stalking* nas modalidades agravadas em atenção à condição da vítima, cf.: BALLESTEROS, 2016, pp. 205-206.

100 RIBEIRO, Arthur Guimarães. **Stalking: medidas de coação e de punição e tutela da vítima**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 22-26. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

101 LEITE, Inês Ferreira. Crimes novos, lei nova, **Capazes**, Lisboa, jul. 2015. Disponível em: <<https://capazes.pt/cronicas/crimes-novos-lei-nova-por-ines-ferreira-leite/view-all/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

acessórias elas dependerão da tramitação processual e de uma decisão definitiva de culpa.

No entanto, considerando a fase instrutória, bem como os recursos, inclusive para o Supremo Tribunal de Justiça e Constitucional, o tempo até uma decisão final poderá delongar-se até 5 (cinco) ou mais anos, quando só então as medidas de proibição de contato com a vítima e o monitoramento eletrônico serão obrigatórias. O fato é que, independente do resultado do processo, os atos de perseguição poderão continuar a ser perpetrados durante todo esse tempo, com o risco da possibilidade de agravamento do estado psíquico do agressor e de danos irreversíveis à vítima, inclusive seu óbito¹⁰³.

A solução para o problema passa pela imposição das *restraining orders*, já com previsões em vários estados americanos¹⁰⁴. Segundo Pathé¹⁰⁵, as *restraining orders* não são reconhecidas universalmente como eficazes. Consoante estudos de Tjaden e Thoennes, 81% dos homens e 69% das vítimas femininas que obtiveram a medida protetiva tiveram o direito violado em momento posterior. As ordens de restrição não se revelariam eficazes a todos os tipos de perseguidores. Para os narcísicos, por exemplo, a humilhação de ser rejeitado publicamente em decorrência de uma ordem judicial poderia acarretar reações violentas.

Não acompanhamos o pensamento dos autores antes referidos. Um sistema de avaliação de riscos prévio às ordens de restrição é essencial, a fim de evitar-se um dano maior à integridade da vítima. A avaliação do risco nos casos de *Stalking* serve como parâmetro às diferentes soluções a serem adotadas pelos profissionais de apoio às vítimas juntos aos *stalkers*. O risco integra percepções de imprevisibilidade, possibilidade e incerteza de futuros atos. Dimensioná-lo significa antever a ocorrência de um evento que, no caso do *Stalking*, poderá ser irreversível.

102 Cf. ESTIARTE, 2009, p. 182, aduzindo que “a lei que introduziu a *Nachstellung* no StGB” permite a prisão provisória.

103 LEITE, I. F. *op. cit.*, 2015,

104 UNITED STATES OF AMERICA. The National Center for Victims of Crime. **Stalking Orders of Protection**. Disponível em <<http://victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/stalking-orders-of-protection>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

105 PATHÉ, Michele; MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary. Management of victims of stalking. **Advances in Psychiatric Treatment**, vol. 7, ed. 6, p. 402, nov. 2001. Disponível em: < https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5024852423481D0EB0AA59BD675C9546/S1355514600010105a.pdf/management_of_victims_of_stalking.pdf > Acesso em: 28 jun. 2018.

O uso abusivo do álcool, por exemplo, embora não seja determinante, aumenta as chances de agressão. Noutros casos, o *Stalking* associa-se na sua dinâmica a outras formas de violência, tais como a física e a sexual, sendo o feminicídio de notória relevância especialmente quando precedido de violência relacional prévia¹⁰⁶.

No Direito português, em que pese o artigo 200 do Código de Processo Penal ter previsão específica para “proibição e imposição de condutas”, as mesmas são restritas às penas máximas superiores a 3 (três) anos, o que acaba por fragmentar a proteção do bem jurídico quando a pena máxima for de até 3 anos¹⁰⁷.

No entanto, caso o *Stalking* perpetre-se no contexto da violência doméstica (art. 152º, Código Penal) ou na forma agravada do artigo 155º, nº 1, do Código Penal (1 a 5 anos), as penas acessórias serão plenamente aplicáveis, já que a pena máxima abstratamente prevista no artigo 152º do Código Penal é superior a cinco anos.

Por derradeiro, cabe destacar a proposta de Salat Paisal¹⁰⁸, quanto à possibilidade de criação de mecanismos de proteção dirigidos às vítimas de *Stalking* que considerem desnecessária a instauração de um Processo Penal persecutório e com uma possível condenação do *stalker*, o que viabilizaria solver vários casos de perseguição sem a necessidade de intervenção do Direito Penal. Aqui antevemos medidas de afastamento de ordem civil, mesmo que fora do âmbito doméstico, especialmente àqueles casos onde fossem constados menor gravidade.

106 GRANGEIA, H; MATOS, MARLENE. Riscos associados ao stalking: violência, persistência e reincidência. **Revista Psiquiatria, Psicologia e Justiça**, n.º 5, pp. 29-48, 2012. Disponível em: <http://www.spppj.com/uploads/psiquiatria_psicologia_e_justica_2..2.pdf> Acesso em: 13 mar. 2018.

107 RIBEIRO, 2016, p. 27.

108 PAISAL, Marc Salat. Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violencia de género de escassa gravedad: el caso de *stalking*. **Revista para Análises del Derecho**, Lleida, 2018, p. 17. Disponível em: <www.indret.com> Acesso em: 28 jun. 2018.

5. A evolução jurisprudencial do *Stalking* nos Tribunais da Relação de Portugal

Compreendido o *Stalking* no âmbito sistêmico do ordenamento jurídico português, com breves referências descritivas ao Direito estrangeiro, relevante neste ponto analisarmos sua dinâmica ao nível das interpretações dos Tribunais da Relação de Portugal, a partir de sua vigência normativa por meio da Lei 83/2015, de 05-08.

O método utilizado no estudo dos acórdãos consistiu na interpretação dos fundamentos das decisões proferidas nos Tribunais da Relação de Portugal, selecionados a partir de busca eletrônica pelas palavras “*Stalking*” e “perseguição”, compreendidos entre os anos de 2015 até 2018. O período escolhido deve-se à circunstância desses julgamentos abordarem fatos ocorridos na periferia temporal da tipificação, de onde se presume uma maior evolução do pensamento jurídico sobre o tema.

Foram estudados um total de 7 (sete) acórdãos que reconheceram o *Stalking* no contexto de uma relação doméstica e fora dela. Além disso, traçamos uma linha de conexão com a investigação feita por Marchesini¹⁰⁹, no âmbito da Universidade de Coimbra, relativamente a acórdãos anteriores à tipificação no ordenamento português.

5.1. Acórdãos da Relação de Lisboa

Foi encontrado um acórdão entre os períodos de 2015 a 2018, que trata de violência doméstica e não de *Stalking*.

5.2. Acórdãos da Relação de Coimbra

Acórdão nº 60/13.4PCLRA.C1, de 21 de janeiro de 2015¹¹⁰. Este acórdão considerou que “As mensagens denominadas SMS não integram o conceito de

109 MARCHESINI, Sephora. O *Stalking* nos acórdãos da Relação de Portugal: a compreensão do fenómeno antes da tipificação. **Revista de Sociologia Configurações**, n.º 16, pp. 55-74, 2015.

110 PORTUGAL. **Acórdão nº 60/13.4PCLRA.C1**, de 21 jan. 2015. Tribunal da Relação de Coimbra. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

telefonema do artigo 190.º n.º 2 do Código Penal, uma vez que o legislador podia tê-las integrado e optou por não o fazer”. No entanto, conforme poderá ser extraído dos acórdãos da Relação do Porto, proferidos a partir da Lei 83/2015, de maio de 2008, o entendimento é pela admissão das SMS no conceito de telefonema, o que pode ter sido impulsionado em face da expressão “de forma adequada” a provocar medo, inquietação ou prejuízo à liberdade de determinação contido no tipo *Stalking* (154-A, CP).

Portanto, consolida-se o entendimento de que as mensagens de SMS inserem-se no conceito de telefonema na jurisprudência. Circunstância em relação a qual se torna insustentável entendimento diverso, seja pelo conteúdo da lei, seja por se tratar meio plenamente apto à comunicação e manifestação de ofensas ou ameaças.

5.3. Acórdãos da Relação do Porto

Acórdão nº 18/15.9GAPRD.P1¹¹¹, de 07 de julho de 2016. No caso houve uma relação de namoro entre arguido e vítima de 3 anos, com término em 2014, ou seja, anterior à introdução do artigo 154º-A, do Código Penal. Os atos de perseguição iniciaram-se em 09 de março de 2015, através de ameaças, insultos, chamadas telefônicas, mensagens escritas, transmitidas por *SMS*. Apesar de o arguido estar consciente de que a vítima não mais desejava o relacionamento, assim mesmo persistia.

O Tribunal reconheceu que a conduta do arguido se configura como *Stalking*, fundamentando que “a relação extraconjugal também se inclui nas relações análogas de afetividade, pelo que a relação adúltera tem reflexos no domínio da valoração criminal, designadamente para efeitos de violência doméstica”.

Por outro lado, reafirma o entendimento, já externado no Acórdão da Relação do Porto nº 765/08.1PRPRT.P2, de 07/11/2012, de que a perturbação da vida privada pode dar-se através de mensagens escritas (sms), pois estas se incluem no ato de “telefonar”, previsto no tipo¹¹². Entendimento similar foi proferido

111 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 18/15.9GAPRD.P1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

112 MARCHESINI, 2015, p. 65.

no Acórdão n.º 956/10.5JPRT.P1 da mesma Relação, em outubro de 2014, pelo então Relator Moreira Ramos¹¹³.

Acórdão n. 173/14.5GBAND.P1¹¹⁴, de 09.11.2016. Arguido e vítima mantiveram uma vida em convivência a partir de 2012. Passados 3 a 4 meses o arguido desencadeou comportamento de ciúmes doentio, pelo que passou a proferir ofensas à ofendida de que “andava metida com outros homens, tinha relações sexuais dentro das viaturas, olhava para os homens nas ruas, e que era uma *puta*”. A ofendida pôs termo definitivo à relação em 2013, solicitando que deixasse a casa. No entanto, mesmo assim, continuou a perseguir-la ainda durante o ano de 2014.

O arguido restou condenado como incurso nos termos do artigo 152º, nº 1, alínea “b”, e nº 2, do Código Penal, na pena de prisão de 2 anos e 3 meses, e nas penas acessórias de proibição de contato com a vítima, uso e porte de arma pelo mesmo período referido.

O Tribunal da Relação do Porto ratificou o entendimento de que mesmo que os maus tratos psíquicos, configuradores do *Stalking*, tenham sido praticados antes da sua tipificação, podem ser enquadrados no âmbito do crime de violência doméstica, a teor dos acórdãos da Relação do Porto, nº 956/10.5JPRT.P1, de 08/10/2014 e da Relação de Évora, processos nº 741/06.9TAABF.E1, de 18/03/2010, e nº 113/10.0TAVVC.E1, de 08/01/2013.

Acórdão 1184/14.6PIPRT.P2¹¹⁵, de 12/07/2017. Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão de absolvição pelo juízo *a quo* em que a magistrada absolveu o arguido do crime de violência doméstica, por não se encontrar provado o elemento típico dos “maus-tratos psicológicos” (art. 152º, CP). Por outro lado, reconheceu provado o *Stalking* (envio de múltiplas mensagens, presentes, flores etc., por mais de 5 meses), deixando de condená-lo porque as condutas foram praticadas anteriormente à introdução do artigo 154-A do Código Penal.

Para o Tribunal, uma inquietação que perdurou cinco meses não preenche o elemento típico dos “maus-tratos psicológicos”. Excessivas declarações de amor não correspondido, mesmo quando indesejadas e repetidas, provocam um

113 *Ibid.*, p. 66.

114 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão n. 173/14.5GBAND.P1**, de 09 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

115 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão n° 1184/14.6PIPRT.P**. Disponível em <<http://www.trp.pt/d>> Acesso em 05 mar. 2018.

desassossego ou inquietação, mas não configuram os “maus-tratos psíquicos” previstos no tipo legal.

Essa decisão demanda uma interpretação empírica dos fatos, pois não se olvida que em determinadas hipóteses, excessivas tentativas de aproximação ou declarações de afeto causem constrangimento e desassossego, abalando a integridade psíquica da pessoa visada e alterando seu cotidiano de vida. Logo, somente o caso concreto, sob o ponto de vista da vítima é que poderá traduzir o significado da conduta do *stalker* que, mesmo não tendo más intenções, é capaz de ultrapassar a linha limítrofe entre o tolerável e o intolerável.

Curiosamente, do entendimento proferido no Acórdão nº 91/14.7, de 11/03/2015¹¹⁶, pelo próprio Tribunal da Relação do Porto, observa-se ter reconhecido o *Stalking* como uma perseguição prolongada no tempo causadora de “angústia e temor”¹¹⁷. Em suma, o acórdão parece contraditório já que desconsidera que a angústia e o temor, ainda que prolongadas no tempo, sejam meios hábeis a causar “maus-tratos psíquicos.

5.4. Acórdãos Relação de Guimarães

Acórdão n.º 332/16.6PBVCT.G1, de 05/06/2017. Arguido e ofendida foram casados desde outubro de 1981. Em 7 de Julho de 2011, a ofendida abandonou definitivamente o lar conjugal. Há cerca de dois anos, a partir de 2015, o arguido voltou a procurá-la dirigindo-se ao seu trabalho, entregando-lhe cartas e embrulhos na portaria, vigiando-a em sua residência, porta do prédio ou garagem, colocando bilhetes no para-brisas do carro. A ofendida deixou de fazer refeições fora e andar sozinha na rua, por ânsia de se encontrar com o mesmo, mudando sua rotina de vida.

116 Segundo Acórdão nº 91/14.7/2015, “Pode enquadrar-se no crime de *Violência doméstica* a conduta que se reveste das notas características do chamado *stalking*, isto é, uma perseguição prolongada no tempo, insistente e obsessiva, causadora de angústia e temor, com frequência motivada pela recusa em aceitar o fim de um relacionamento”. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão nº 91/14.7PCMTS.P1. Disponível em <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 05 mar. 2018.

117 O fato do Acórdão 91/74.7/2015, consiste, em síntese, num relacionamento entre o arguido e a ofendida que durou cerca de oito meses, sem coabitação. As agressões verbais e físicas iniciaram-se durante a relação, prolongando-se depois de seu fim. Segundo o Acórdão, o arguido agiu consciente e deliberadamente, causando “na ofendida dores físicas, vergonha, humilhação e medo, fazendo-a temer pela sua segurança e bem-estar, pelo facto de ter decidido pôr fim à relação que mantinham”. PORTUGAL. Acórdão nº 91/14.7PCMTS.P1. *Ibid.*

O Tribunal reafirmou posição dominante na doutrina e jurisprudência, de que o elemento subjetivo do *Stalking* é o dolo, em qualquer das suas modalidades, tendo ficado provado – no caso – o dolo direto, deduzido com base nos comportamentos do arguido e da vítima. O arguido ligou diversas vezes, em horários diversos, à vítima, inclusive procurava-a no emprego e residência, perturbando-lhe o sossego. Por outro lado, foram claras as condutas da ofendida no sentido de não desejar manter contato com o arguido, que assim mesmo insistia em persegui-la. A condenação da sentença *a quo* foi mantida, como autor material de um crime de perseguição, com fulcro no art.154º-A, nº 1 do Código Penal, na pena de 1 ano e 3 meses de prisão.

Acórdão nº 214/16.1pbgmr.g1¹¹⁸, de 04 de dezembro de 2017. Arguido e ofendida foram casados por 27 anos, vindo a se separar e divorciar em novembro de 2015. O arguido, motivado por ciúmes, começou a praticar atos de perseguição à vítima, injuriando-a de “puta” e “vaca”, difamando-a através do envio de mensagens aos familiares, dizendo “a tua tia é uma puta”. Esses comportamentos duraram quatro meses, sem que houvesse agressões físicas. No entanto, foram suficientes a causar humilhação, tristeza e vergonha na ofendida, além da perturbação de seu estado psíquico, tendo em vista o receio de sofrer agressão mais grave.

O Tribunal admitiu serem “socialmente toleráveis” discussões mais agitadas e injúrias, puníveis pelo artigo 181º do Código Penal. No entanto, quando repetidas caracterizam “maus tratos”, que afetam a saúde e bem-estar dos ofendidos, hipótese dos autos. Além disso, reconheceu que o *Stalking* se caracteriza como uma perseguição prolongada no tempo causadora de angústia e temor, enquadrável no crime de violência doméstica onde o bem jurídico protegido é a saúde física, mental e psíquica da vítima.

Dessa forma, o primeiro ponto a ser destacado de ambas decisões é o fato de o dolo figurar, em qualquer de suas modalidades, como elemento do tipo no *Stalking*, o que representa um aspecto de maior proteção ao bem jurídico, pois exige do agente um dever de atenção quanto à sua conduta inerente ao dolo eventual. No mais, destaca-se o fundamento do fator da reiteração de atos no tempo, sob o ponto de vista de análise da situação real, ou seja, não será qualquer reiteração de atos, mas sim aquela que ultrapasse o limite do tolerável.

118 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. **Acórdão nº 214/16.1pbgmr.g1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

5.5. Acórdão da Relação de Évora

Acórdão nº 518/14.8PCSTB.E1, de 26 de setembro de 2017. Arguido e ofendida tiveram uma relação de namoro, sem coabitação, que durou 5 anos até maio de 2012, rompendo-se por iniciativa da ofendida. Em outubro de 2012, a ofendida começou a relacionar-se com outra pessoa. Tal fato ao chegar ao conhecimento do arguido, fez com que passasse a ligar inúmeras vezes ao longo do dia, inclusive à noite, exercendo comportamento persecutório. Entre 02 de dezembro de 2013 e 27 de abril de 2014 há o registro de 82 chamadas telefônicas, de voz e MSN, para o telemóvel da ofendida. Algumas das ofensas dirigidas a ela consistiam em chamá-la de “puta”, “vaca” e que “faz o serviço sexual completo”.

O Tribunal reconheceu o *Stalking* no âmbito da violência doméstica, através de vários atos de perseguição. Por outro lado, afastou a tese da defesa no sentido de que é pressuposto da violência doméstica uma relação de “subordinação existencial” entre arguido e ofendida, pois em que pese constituir uma realidade social ela não é elemento do tipo.

Assim, restou condenado a uma pena de 1 ano e 11 meses de prisão, pelo art. 152º, n. 1, “b”, do Código Penal, além das penas acessórias de afastamento (500 m) da residência, local de trabalho, e fiscalização, com base na Lei nº 112/2009, de 16.09 e 152º, nº 5 do Código Penal.

Destaca-se que das pesquisas junto à Relação de Évora, identificou-se o acórdão nº 179/14.4GBRMZ.E1, de 07 de março de 2017, que trata de um escasso caso de *Stalking* cujo arguido é do sexo feminino.

O Tribunal da Relação de Évora foi um dos primeiros a referenciar o termo *Stalking* no ano de 2010 no Acórdão nº 741/06.9TAABF.E1, caracterizado pelas condutas de “perseguir, telefonar, enviar cartas, observar e vigiar, rondar as proximidades do local de trabalho ou residência da pessoa”. Além disso, chamou atenção quanto à discussão doutrinária e jurisprudencial no tocante à componente “medo” no tipo, que não é exigida em países como “Estados Unidos, Malta, Holanda e Austrália”, inversamente do que ocorre na Alemanha e Áustria. As condutas do acórdão nº 741/06 foram enquadradas como um crime de perturbação da vida

privada (art. 190.º n.º1 e 2 do Código Penal), e injúria (art. 180.º n.º1, Código Penal)¹¹⁹.

Por fim, cabe referir quanto ao Acórdão n.º 518/14.8PCSTB.E1, que afasta qualquer possibilidade de êxito da tese da “subordinação existencial da vítima em relação ao agressor”, que quando muito poderia encontrar frágil apoio antes da tipificação do *Stalking*.

119 MARCHESINI, 2015, pp. 64-65.

Conclusões

1. Os dados estatísticos disponibilizados pela APAV antes e depois da criminalização do *Stalking* não permitem, pelo curto espaço de tempo desde a tipificação até a presente data, inferir da real recorrência do tipo em sociedade e nem se seus índices tiveram um retrocesso, sendo natural a elevação do número de registros em face da publicização da criminalização do fato como crime, promovendo-se a busca por direitos. Sugere-se uma nova investigação estatística de no mínimo 5 (cinco) anos desde a tipificação;

2. Os Acórdãos proferidos pelos Tribunais da Relação de Lisboa são escassos, não se podendo afirmar que haja um pensamento jurídico consolidado e linear sobre o *Stalking* após sua tipificação, ressalvadas questões estritamente pontuais;

3. Algumas decisões ratificam julgados anteriores à tipificação quanto ao reconhecimento do dolo, em qualquer de suas modalidades, como elemento do tipo *Stalking*, o que a nosso ver revela-se suficiente sob o ponto de vista normativo à proteção do bem jurídico, não se exigindo uma tipificação do *Stalking* culposo;

4. É possível identificar no âmbito da doutrina e jurisprudência quanto ao crime de *Stalking* consenso em relação ao fato de tratar-se de um crime de perigo “adequado” a “provocar” medo, inquietação ou prejudicar a liberdade de autodeterminação da vítima, circunstância que se coaduna com a ideia de um Direito Penal mínimo;

5. Os acórdãos, na sua maioria, reafirmam que as repetidas mensagens de *MSN*, por telemóvel, são meios aptos a gerar perturbação da vida privada. Assim, não remanesce qualquer margem de dúvida quanto a isso após a tipificação do *Stalking*. O acórdão nº 1184/14.6PIPRT.P2, de 12/07/2017, embora destoe dessa interpretação levou em conta o fato de as mensagens terem sido enviadas anteriormente à tipificação;

6. Carece o ordenamento jurídico português da modalidade pública à ação no crime de *Stalking* para um catálogo de pessoas em situação de vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, conforme previsto na violência doméstica;

7. Entendemos ser tecnicamente inapropriada a forma tentada ao crime de *Stalking*, pois sendo o tipo composto e caracterizado por um conjunto de ações, aptas a afetar a integridade mental e a liberdade de determinação da vítima, torna-se inviável fracionamento do *iter criminis*;

8. Por fim, a ausência das *restraining orders* no crime de *Stalking* configura-se o maior problema na proteção do bem jurídico, ao ponto de poder-se afirmar que a tipificação produziu efeitos meramente simbólicos. É impositiva e urgente revisão legislativa para inclusão das medidas de restrição, tendo em vista a suscetibilidade de novas agressões a que a vítima está sujeita até uma sentença final.

Bibliografia

AA, Suzan Van Der; RÖMKENS, Renée. The state of the art in stalking legislation. Reflecons on European developments. **European Criminal Law Review (EuCLR)**, Munich, vol. 3, pp. 121-270, 2013.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal**: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

ALTMAN, Sheryl. The brilliance of Jodie Foster. **Biography**, vol. 3, n.º 11, p. 46, nov. 1999.

BALLESTEROS, Patrícia Tapia. **El nuevo delito de acoso o Stalking**. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013, p. 90.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5419/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=438638>> Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 11 mar. 2018.

COELHO, Cláudia; GONÇALVES, Rui Abrunhosa. Stalking: uma dimensão da violência conjugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano17, n.º 2, pp. 269-302, abr./jun. 2007.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres**. Istambul, 2011. Disponível em <<https://rm.coe.int/168046253d>> Acesso em: 09 jan. 2018.

COSTA, José Faria. **Noções Fundamentais do Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2012.

DE FAZIO, L. Criminalization of stalking in Italy: One of the last among the current European member states' anti-stalking laws. **Behavioral Sciences & the Law**, vol. 29, n.º 2, pp. 317-323, mar./abr. 2011. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/bsl.983>> Acesso em: 30 jun. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. 1.

ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. Aalen: Scientia, 1964.

ESPAÑA. **Código Penal Español**. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/codigos/>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

ESTIARTE, Carolina Villacampa. **Stalking y Derecho Penal**: relevância jurídico-penal de una nueva forma de acoso. Madrid: Iustiel, 2009.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. Parte Geral II, Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA MONTE, Mário. Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: novos tempos, novos crimes... Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto. **Revista Julgar**, Lisboa, n.º 28, pp. 75-78, jan./abr. 2016.

FINCH, Emily. Stalking the Perfect Stalking Law: An Evaluation of the Efficacy of the Protection from Harassment Act 1997. **The Criminal Law Review**, London, September, pp. 703-718, 2000.

GARGIULLO, Bruno Carmine; DAMIANI, Rosaria. **Lo stalker, ovvero il persecutore in agguato**: classificazioni, assessment i profili psicocomportamentali. Milano: Franco Angeli, 2016.

GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. Da invisibilidade ao reconhecimento do stalking. In: SANI, Ana Isabel Martins. **Temas em vitimologia**: realidades emergentes na vitimização e respostas sociais. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. Riscos associados ao *stalking*: violência, persistência e reincidência. **Revista Psiquiatria, Psicologia e Justiça**, n.º 5, pp. 29-48, 2012. Disponível em: <http://www.spppj.com/uploads/psiquiatria_psicologia_e_justica_2..2.pdf> Acesso em: 13 mar. 2018.

HOLMES, Ronald M. Criminal Stalking: an analysis of the various typologies of stalkers. In: DAVIS, A. Joseph; CHIPMAN, Marcella A. **Stalkers and Other Obsessional Types**: a review and forensic psychological typology of those who Stalk. New York: CRC Press, 2001, pp. 19-29.

JOHNSON, H.; NATALIA Ollus; NEVALA, Sami. **Violence against women**: an international perspective. New York: Springer, 2008.

LARA, R. Introdução aos complexos categoriais do ser social. **Em Pauta**, Rio de Janeiro, vol. 13, n.º 36, pp. 269-292, out. 2015.

LEITE, Inês Ferreira. Crimes novos, lei nova. **Capazes**, Lisboa, jul. 2015. Disponível em: <<https://capazes.pt/cronicas/crimes-novos-lei-nova-por-ines-ferreira-leite/view-all/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. **Stalking**: a propósito da violência no contexto da intimidade. n.p. Disponível em: <https://prezi.com/hc5ooj4wkvue/stalking/?utm_campaign=share&utm_medium=copy> Acesso em: 09 mar. 2018.

KNIGHT, M. A. Stalking and cyberstalking in the United States and rural South Dakota: twenty-four years after the first legislation. **South Dakota Law Review**, vol. 59, n.º 2, pp. 1-43, jun. 2014.

MARAN, Daniela Acquadro (et al.). Stalking Victimization among Italian University Students. **Gender & Behaviour**, vol. 12, n.º 3, pp. 6070-6079, jun. 2014. Disponível em: < search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=97094849&lang=pt-br&site=eds-live > Acesso em: 01 jul. 2018.

MARCHESINI, Sephora. **O Stalking nos acórdãos da Relação de Portugal: a compreensão do fenómeno antes da tipificação.** Revista de Sociologia Configurações, n.º 16, pp. 55-74, 2015.

MATOS, Marlene (et al.). Vitimização por Stalking: preditores do medo. **Análise Psicológica**, Lisboa, vol. 30, n.º 1-2, pp. 171-176, jan. 2012.

_____. **Inquérito de Vitimização por Stalking:** relatório de investigação. Minho: Universidade do Minho, 2011. Disponível em:< <http://www.stalking-gisp.com> > Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. **Stalking.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), dez. 2016, pp. 29-52. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____; PEREIRA, Felipa. Cyber-Stalking Victimization: What Predicts Fear Among Portuguese Adolescents? **European Journal on Criminal Policy and Research**, vol. 22, n.º 2, pp. 253-270, jun. 2016. Disponível em: < <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-015-9285-7> > Acesso em: 01 jul. 2018.

MOLLÉS, Dévrig. Transferencias y luchas culturales transatlánticas: feminismo, librepensamiento y redes masonicas entre Europa y América (1860 – 1910). **Revista de Estudios Históricos de la Masonería Latinoamericana y Caribeña**, Costa Rica, vol. 4, n.º 2, pp. 89-112, dez. 2012. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=369537602006> > Acesso em: 26 jun. 2018.

MONTE, Elio lo. Una nuova figura criminosa: lo stalking (art. 612-bis c.p.). Ovvero L'ennesimo, inutile, guazzabuglio normativo". **L'indice penale**, Padova, Nuova serie, ano13, n.º 2, pp. 479-508, jun./dez. 2010.

NETO, Renato Drummond Tapioca. **A trajetória do movimento feminista.** Rainha Trágicas. 2012. Disponível em: <<https://rainhastragicas.com/2012/12/18/a-trajetoria-do-movimento-feminista/>> Acesso em: 07 jan. 2018.

OXFORD DICTIONARY. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/stalk>> Acesso em: 08 jan. 2018.

PAISAL, Marc Salat. Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violência de género de escassa gravedad: el caso de *stalking*. **Revista para Análises del Derecho**, Lleida, p. 17, 2018. Disponível em: <www.indret.com > Acesso em: 28 jun. 2018

PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal. In: VALDÁGUA, M.C. (Coord.). **Problemas fundamentais de Direito Penal**: Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 45-68.

_____. **Direito Penal**: parte geral, a teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. **Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal**. 2012, pp. 1-12. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tqb_ma_22910.pdf > Acesso em: 29 jun. 2018.

PATHÉ, Michele; MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary. Management of victims of stalking. **Advances in Psychiatric Treatment**, Cambridge, vol. 7, ed. 6, pp. 399-406, nov. 2001. Disponível em: < https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5024852423481D0EB0AA59BD675C9546/S1355514600010105a.pdf/management_of_victims_of_stalking.pdf > Acesso em: 28 jun. 2018.

PORTUGAL. **Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)**. Disponível em: <https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf> Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação de Coimbra. **Acórdão nº 60/13.4PCLRA.C1, de 21 jan. 2015**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 1452/09.9PCCBR.C1**, de 10 março 2010. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 18/15.9GAPRD.P1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 1184/14.6PIPRT.P**. Disponível em: <<http://www.trp.pt/d>> Acesso em 05 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 91/14.7PCMTS.P1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães. **Acórdão nº 214/16.1pbgmr.g1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão n. 173/14.5GBAND.P1**, de 09 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

RIBEIRO, Arthur Guimarães. **Stalking**: medidas de coação e de punição e tutela da vítima. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2016, pp. 09-28. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf>. Acesso em: 09 mar.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.
SANTOS, Bárbara Fernandes Rito. **Stalking**: parâmetros de tipificação e o bem jurídico da integridade psíquica. Coimbra: Coimbra Editora, 2017.

SCHLESINGER, Louis B. Stalking, Homicide, and Catathymic Process: a case study. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, vol. 46, n.º 1, pp. 64-74, 2002. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0306624X02461005>> Acesso em: 29 jun. 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El Derecho Penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los limites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de derecho. Tradução Ângela de la Torre Benitez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero. **Ex aequo**, Lisboa, n.º 31, pp. 105-121, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2018.

STOREY, Jennifer E.; HART, Stephen D.; MELOY, J. Reid. Psychopathy and Stalking. **Law and Human Behavior**, vol. 33, n.º 3, pp. 237-246, jun. 2009.

STORY, Jennifer E.; HART, Stephen D. How Do Police Respond to Stalking? An Examination of the Risk Management Strategies and Tactics Used in a Specialized Anti-Stalking Law Enforcement Unit. **Journal of Police and Criminal Psychology**, vol. 26, n.º 2, pp. 128-142, out. 2011. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11896-010-9081-8>> Acesso em: 01 jul. 2018.

TIGANO, Simona. Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex: dall'introduzione del delitto di stalking alla recente legge n.º 172 del 2012. **Il Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, vol. 42, n.º 1, pp. 350-375, jan./mar. 2013.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Model Stalking Code Revisited**. Disponível em: <<https://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. The National Center for Victims of Crime. **Stalking Orders of Protection**. Disponível em <<http://victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/stalking-orders-of-protection>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

WALTER, L.; MELOY, J. Stalking and domestica violence. In: MELOY, J. (Ed.) **The psychology of Stalking**: clinical and forensic perspectivs. San Diego: Ademica Press, 1988, pp. 139-161.

WHITE, Jaquelyn; KOWALSKI, Robin. M.; LYNDON, Amy; VALENTINE, Sherri. An Integrative Contextual Developmental Model of Male Stalking. *In*: DAVIS, K. E.;

FRIEZE, I. H.; MAIURO, R.D. (eds.). **Stalking**: perspectives on victims and perpetrators. New York: Springer Publishing Company, 2002, pp. 163-185.