

Opinião: Lineamentos sobre a majorante de gênero no stalking

20/04/2021

Recentemente entrou em vigor a Lei nº 14.132/21, que criou o crime de "perseguição ameaçadora", o denominado *stalking* [1], adicionando ao Código Penal o artigo 147-A, cujo *caput* prescreve: "*Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade*".



A despeito da comemoração levada a efeito por muitos

em razão da nova figura delitiva, parece-nos que o tipo é muito aberto, carente de várias complementações, o que o torna campo fértil para o subjetivismo. Em simples palavras: do modo como redatado, viola o princípio da estrita legalidade, no desdobramento da taxatividade.

Como temos insistido:

"O Direito Penal tem na linguagem estrita o limite do exercício constitucional, portanto legítimo, da competência sancionatória do Estado. Os tipos penais devem conter com exatidão a descrição da conduta indesejada e a respectiva sanção penal pelo ingresso da pessoa humana nos termos da conduta tipificada. O regime jurídico-constitucional determina que a lei penal deva ser certa, inadmitindo dúvidas semânticas, porque o questionamento pode representar a tipificação equivocada de uma conduta humana, desencadeando uma invasão na esfera privada, comportamental, da pessoa humana" [2].

Nada a comemorar, portanto, com a chamada figura do *stalking*.

Não obstante a vaguidão semântica do *caput*, a reflexão que agora se enceta, para as modestas finalidades deste escrito, irá se deter no parágrafo §1º, em seu inciso II, no qual se estabelece uma majorante — *de questionável constitucionalidade* —, a qual diz respeito à perseguição efetuada "*contra mulher por razões da condição do sexo feminino, nos termos do §2º-A do artigo 121 deste Código*" [3].

Esta expressão ("*contra mulher, por razões do sexo feminino*") já enfrentou críticas à época de sua entrada em vigor para a criação da qualificadora do feminicídio pois [4], como observado, a doutrina se divide quanto a considerá-la, no homicídio, como fórmula de qualificadora *objetiva*, ou seja, em que basta ser o crime cometido contra mulher e nada mais [5]; de qualificadora *subjetiva*, a qual exigiria, além de se cometer contra mulher, a *parte subjectit* [6], que seria uma motivação ínsita de desprezo pela figura feminina; ou *mista* [7].

Em Direito Penal, porém, a hermenêutica, em que pese admitir diversos vetores para atingir seus fins, não pode jamais distanciar-se por completo da interpretação gramatical, que, apesar de ser tida como técnica singela, tem na letra da lei a contenção primeira e maior do arbítrio e que, por isso mesmo, jamais deve ser ultrapassada quando se trata de imposição de pena a uma pessoa [8].

Nesse sentido, a introdução, no crime de perseguição, da mesma expressão contida na qualificadora do homicídio, conduz-nos, agora ainda mais, à indagação se se trata, dessa feita, de causa de aumento de pena objetiva, subjetiva ou mista.

De saída, afirmamos: é subjetiva!

Não fosse essa a intenção do legislador ao elaborar a norma penal, teria ele inserido tão somente a expressão "contra mulher". Ao fixar o complemento "por razões do sexo feminino", quis explicar a expressão anterior e distingui-la das demais (como a que viesse sozinha no texto), demonstrando, com isso, que há necessidade da concorrência desses dois elementos para que incida a causa de aumento de pena.

A palavra "razões", inclusive no campo semântico, já remete a "explicações", a "fundamentações", a "motivações" da perseguição efetuada. É dizer, se faz necessário que a conduta seja perpetrada contra mulher e motivada por razões do sexo feminino, que aqui se entende como o desprezo e a aversão pela figura feminina.

Entendimento diverso levaria a concluir o absurdo de considerar como causa de aumento de pena até mesmo a perseguição de uma mulher contra outra mulher, afastando-se completamente da finalidade político-criminal para a qual a causa de ascensão da reprimenda foi elaborada.

Além do mais, violaria o princípio da igualdade, estabelecido no *caput* do artigo 5º da Constituição, ao punir de forma mais grave a perseguição efetuada contra uma mulher, que aquela efetuada contra o homem, sendo que, a depender do caso concreto, a reprovabilidade da conduta e lesão ao bem jurídico poderia ser bem maior quando a vítima for homem do que aquela em que a vítima é mulher.

Não bastasse isso, existem consequências práticas consideráveis ao se tomar essa causa de aumento de pena como *objetiva*. É que em eventual concurso de crime de homicídio e crime de perseguição, poderá ser alegada a figura privilegiada do §1º do artigo 121, que é *subjetiva*, mesmo com a incidência do §1º do artigo 147-A, que, no caso, seria entendida como *objetiva*. A jurisprudência entende como perfeitamente possível a incidência de qualificadoras objetivas e subjetivas (ainda que no crime de perseguição seja uma causa de aumento de pena) [9].

Em outras palavras, poderá o autor ser condenado por ter praticado homicídio contra uma mulher e anteriormente lhe perseguido (aludido concurso de crimes), mas com o segundo crime com incidência de causa de aumento de pena (§1º, II, do artigo 147-A), ao mesmo tempo em que, no primeiro crime (homicídio), condenado com a qualificadora do feminicídio (§2º-A do artigo 121), e sendo beneficiado por ter agido por "*motivo de relevante valor social ou moral*" (§1º do artigo 121).

Tal compreensão ofende o raciocínio segundo o qual, do ponto de vista valorativo da conduta, perseguir uma mulher por razões do sexo feminino é algo abjeto e vil, e matá-la em seguida poder ser algo motivado por um sentimento relevante e elevado.

Doutra sorte, se for considerada subjetiva, proteger-se-á a mulher desse absurdo, uma vez que, como acontece no homicídio, o privilégio do §1º, que é *subjetivo*, não pode concorrer com as qualificadoras subjetivas do §2º do mesmo artigo 121 (HC/STF 97.034/MG). Assim, impede-se que alguém, no concurso de crimes, condenado por ter sido impelido por razões abomináveis e desprezíveis na perseguição (contra mulher por razões do sexo feminino), seja beneficiado no homicídio que praticou em seguida por ter se motivado em suposto relevante valor moral, já que, repita-se, se impossível o concurso entre qualificadoras subjetivas e o privilégio do homicídio, igualmente impossível o concurso entre a causa de aumento de pena subjetiva da perseguição (§1º, II, do artigo 147-A) com esse mesmo homicídio privilegiado.

Por fim, quando a causa de aumento de pena da perseguição incidir, restará prejudicada a incidência da agravante genérica do artigo 61, II, "f", parte final, do CP, sob pena de *bis in idem* vedado pelo artigo 61, *caput*, do CP [10].

[1] COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. **Revista Consultor Jurídico — ConJur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policial-stalking-crime-perseguiacao-ameacadora#:~:text=A%20Lei%2014.132%2F21%2C%20que,147%2DA>>. Acesso em 12 abr. 2021.

[2] FARIA, Fernando Cesar de Oliveira; Nunes, Filipe Maia Broeto. Incoerência da interrupção da prescrição penal. *Revista Bonijuris*, vol. 32, n. 2, 663, abril/maio, págs. 126-139.

[3] "Artigo 147-A - (...) §1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: (...) II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do artigo 121 deste Código;
artigo 121. (...) § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher".



[4] Crítica que se encontra em: *Que é feminicídio? Qualificadora subjetiva ou subjetiva? Quais as consequências?* – Jimmy Deyglisson – Advogados Associados / Imperatriz-MA – Jimmy Deyglisson – Advogados Associados / Imperatriz-MA (jimmyadvocacia.com.br). Acesso em 10 abril 2021.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17 ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 455, livro digital. Assim também MASSON: Feminicídio é o homicídio doloso cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. MASSON, Cleber. *Manual de Direito Penal* – v. 2. 11 ed. São Paulo: Método: 2018, p. 73, livro digital.

[6] SANCHES CUNHA, Rogério. *Manual de Direito Penal*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 63.

[7] ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Especial* v. 2. 5 ed. São Paulo: 2018, p. 134, livro digital.

[8] MARTINELLI, João Paulo. *Direito Penal parte geral – lições fundamentais*. 5 ed. São Paulo: D'plácido, 2020, p. 450.

[9] O STJ tem entendimento que a qualificadora do feminicídio pode coexistir com a de motivo torpe, por exemplo, uma vez que aquela tem natureza objetiva (STJ, REsp 1739704/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 18.09.2018, DJe 26.09.2018).

[10] "Artigo 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido o crime: (...) f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica".

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-20/opiniao-lineamentos-majorante-genero-stalking/>