

# ***Stalking* e a Criminalização do Cotidiano**

**Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa**

*Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Juiz de Direito (SC). Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro.*

*Stalking* é a definição daquilo que nós denunciemos na criminologia crítica há tempos! Isso porque o *stalking*, na proposta do novo Código Penal, art. 147, nada mais é do que: perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe física ou psicologicamente, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Essa é a função não declarada do sistema penal, ou seja, fazer *stalking* com os selecionados/estigmatizados, os de sempre.

E o sintoma disso, a saber, a criminalização do nosso cotidiano, nessa perspectiva, nada mais é, ao meu juízo, do que a democratização invertida do sistema penal a partir de duas lógicas que rapidamente exporei aos senhores. A primeira lógica é a do custo benefício, a saber, usar o sistema penal como máquina de controle social, não só no sistema penal, mas também de programas sociais assistenciais, americanizando, por assim dizer, nossa realidade. Todos sabemos que essa novidade criminosa surgiu pelos arroubos de fãs em Hollywood, como veremos. Acredita-se, assim, que punição e controle social máximo são os mecanismos para manutenção da ordem. Essa lógica da punição tem alguns requisitos bem interessantes, porque o sujeito de fato – e eu não tenho muita dúvida disso – ele acredita que o Direito Penal serve para alguma coisa! Ingênua ou ideologicamente, acredita que se pode formatar as pessoas ortopedicamente.

No que se refere ao direito penal, a lógica é a seguinte: nós temos um filho, ele mete a mão na tomada, damos uma palmada. O filho vai lá e mete a mão de novo, nós damos duas palmadas, damos três palmadas e vamos aumentando as palmadas, porque quando chegar no número de palmadas X, ele não botará mais a mão na tomada. É como se ele colocasse o dedo na tomada porque essa fosse uma forma de enfrentar o sistema. A lógica é: quanto mais palmadas, menor a possibilidade de ele colocar a mão na tomada! Logo chegamos ao patamar da criação de tipos penais. A lógica parte do individualismo metodológico extremado, pelo qual, como dito, a ordem está garantida. Perguntem para o meu avô o que ele quer: ele quer ordem; perguntem para o vizinho o que ele quer: ele quer segurança; perguntem para qualquer um o que ele quer: ele quer segurança! E nós do direito penal somos demandados como os grandes capazes de promover essa segurança, não fosse ela ingênua e, por vezes, cínica. Porque todas as tentativas de criminalização significam o quê? A não resolução do problema! Qualquer um que tenha lidos duas linhas de Alessandro Baratta ou Vera Andrade sabe disso.

Hoje a Lei Maria da Penha (todos nós aceitamos que a mulher precisa de proteção, mas não do jeito que está), com a decisão do STF – no que se refere à indisponibilidade da ação penal – a mulher não faz mais registro. Isso aconteceu em Portugal! É óbvio. Grande parte das mulheres não quer encarcerar os seus maridos/companheiros. Elas querem resolver um problema que é da ordem da (im)possibilidade de convivência. Hoje, quem trabalha em Juizado da Violência Doméstica sabe que houve uma retração no registro das ocorrências. Partindo da premissa de que pena resolve e é a resposta correta, a proteção do sistema diminuiu. Há consequências nas decisões tomadas, mesmo as aparentemente de boa-fé ou politicamente corretas.

Essa perspectiva de criminalização faz com que eles acreditem, sinceramente, que o direito penal, com o aumento das punições, diminuirá os crimes. O resultado é a transformação de condutas cotidianas em crime. A explosão da criminalização da vida diária, dos amores, dos ódios, enfim, para além do que se deve esperar do Direito Penal como última *ratio*!

Aí surge a criminalização do *stalking*, nominado de perseguição insidiosa. A orientação de monografia pode trazer algumas surpresas, como no caso do *stalking*, escrita por Jamil Nadaf. Ele pesquisou a trajetória

da construção teórica demonstrando a possível pertinência democrática. Claro que deve ser lida como monografia. Mas é o sintoma de que a monografia pode servir para algo bom.

Daí que uma mulher chamada Rebeca Schaeffer foi perseguida; perseguida porque ela era atriz. A Rede Globo tem esse problema aqui no Jardim Botânico justamente porque as pessoas se apaixonam, as pessoas são interessadas no *glamour*, iludem-se pelas imagens de consumo de felicidade. Estar apaixonado é um estado de suspensão, de fascínio, iniciado pelo encontro. Que é muito bom! Que se pudesse durar para sempre, mas não dura, esse é o problema! A *erotomania*, na verdade, gera alguma coisa que Freud já tinha trabalhado na psicanálise, isto é, a perspectiva de o sujeito se apaixonar por alguém e nesse lugar achar que o sujeito vive para ele. Erotomania é mais ou menos isso: ilusão de amor e compulsão erótica com o objeto/sujeito, revelada, todavia, pelo lugar da impotência. Então ele vive com ideias fixas de amor e que dominam a cena de sua realidade. Quando se trata de pessoas públicas, isso acontece com maior rigor.

Retomando, pois: uma atriz chamada Rebeca Schaeffer, em Hollywood, na Califórnia – essa é uma tipificação hollywoodiana – começou a ser perseguida e as perseguições significaram a possibilidade de ela ser intimidada e, ao final, o sujeito chegou a matá-la. Assim, a Califórnia fez a primeira tipificação do que viria a ser o *stalking*, o que veio depois a ser passado para outros países. Hoje nós temos essa tipificação do *stalking* na Índia, Inglaterra, Austrália, Itália, Canadá, China e Japão. No EUA, o *stalking* pode chegar à pena de 20 anos no estado do Texas.

O que vem a ser na verdade a tipificação real do *stalking*? Alguém que persegue seguidamente outro, intimidando, gerando medo, causando temor. Tem uma amiga minha, que mora em Curitiba, que há 6 anos um cara a persegue. O cara era apaixonado por ela, “ficou” com ela, e ela não quis mais. O cara mudou para o apartamento na frente do dela, na mesma altura. O cara manda flores todos os dias. Ela tem um telefone que o cara liga para ela 40 vezes todos os dias. Ela vai para algum lugar, o cara aparece; ela vai viajar para o exterior, o cara surge no lugar em que ela está. O cara não faz nada ativamente, mas ela vê o cara o tempo inteiro. Parece uma perseguição dessa ordem. Uma pergunta: isso se resolve pelo Direito Penal? O que se falou por aqui, nesse seminário, demonstra que o

Direito Penal como solução de condutas do cotidiano é um embuste. Mas se vai lá criminalizar, com dois anos de pena. Essa é a solução do direito para questões transcendentes como essa? Vamos fazer uma transação penal ou qualquer coisa do gênero, o Direito Penal serve para isso?

No Brasil, não se possui tipificação expressa, salvo na Lei Maria Penha, que, pelo artigo sétimo, dá a entender que *stalking* é a perseguição da mulher; estaria presente no caso dos ex-cônjuges. Dá para resolver por outras maneiras? Dá! Se tem feito ações de indenização por dano moral, de impedimento de se chegar perto, várias ações de obrigação de fazer, de não fazer, que resolvem a questão. O que tem sido trazido aqui é a moda da nova tipificação. O *stalking* está na moda.

A minha percepção é que a comissão, com todo respeito, contratou as pessoas do IBGE, as quais saíram pelo mundo assim: conheces algum tipo penal que não está no código? – Ah, conheço! Anotou e colocou no projeto de código. Aí fizeram um censo mundial e onde tinha um tipo penal diferente, trouxeram. Porque é um projeto de encarcerização mesmo. Só que esse projeto de encarcerização, e aí é que eu acho que a análise econômica do direito pode nos ajudar, traz um custo estatal inviável. É impossível sustentar o sistema com o que se tem de criminalização nova! E é impossível dar cabo do primeiro mês de criminalização disso (novo Código Penal). O que vem aqui é alguma coisa que tem o seu segundo passo. Com o aumento da entrada, ou seja, dos tipos penais, da criminalização primária e secundária (cotidiano), não havendo espaço para prisões, em breve, o monitoramento eletrônico surgirá como o novo eldorado. O monitoramento eletrônico é o segundo passo por assim dizer. A segunda lógica. Não é se prender, mas monitorar por razões econômicas, dado o custo reduzido e aparentemente mais *flex*.

Um parênteses. O IBDFAM (gosto muito da Maria Berenice, do Rodrigo da Cunha Pereira), daquele povo lá que acha que o princípio da felicidade está por trás das reformas do direito de família, mas que não se dá conta de que carrega uma fraude em algumas questões. São manipulados pelo discurso econômico. Esse é o discurso do cara que chega em casa 3 da manhã e diz que o pneu furou. Não é essa a verdade; ele estava em outro lugar. Aqui no direito de família, a lógica é a seguinte: os artigos da análise econômica do direito da década de 80 diziam que as pessoas casadas fazem poupança (quem casa quer casa etc...). A ideia era flexibilizar

as regras do casamento. Tanto assim que no mundo inteiro hoje se pode casar e separar. No Brasil, o que era alguma coisa “prisão perpétua” até 1977, depois desquite, separação, divórcio. Hoje o cara casa sexta e separa segunda. Por quê? Por que todo mundo tem o direito a ser feliz? Não! Porque isso faz com que o mercado gire, há separação de riqueza, transações comerciais... Normalmente, quando separa, se fica mais jovem, mais bonito, mais magro e se consome muito mais. O consumo, a lógica do custo-benefício, entrou aqui. Em relação aos portadores de necessidades especiais, o final das instituições totais não tem nada com Goffman ou Michel Foucault. Isso é uma conta econômica. Os portadores de necessidades especiais são agentes econômicos nulos, não servem para nada, dizem os economistas. Só geram custo estatal e coletivo. Mandar para onde? Para a família deles. O argumento foi: as instituições totais e tal. O que se verificou é que as pessoas colocadas em casa morreram, grande parte delas morreram e isso economicamente é viável. Matar gente que economicamente é inviável é, para o sistema, um benefício; é positivo. E isso não foi uma invenção minha; Hayek escreveu isso no livro “Direito, Legislação e Liberdade”. Pode-se explicar da seguinte forma: aquele que tem uma empresa com 30 anos de existência e não consegue pagar suas contas; o que nós fazemos? Falimos a empresa. Uma pessoa que tem 30 anos e não consegue comer o seu prato de comida; que morra! É duro de assimilar, mas é a lógica do sistema neoliberal. A segunda lógica é esta, a lógica aqui do sistema penal é: manter uma certa ordem. Só que esse discurso de uma certa ordem é um discurso autoritário que veio, na história recente, garantir a ordem e a disciplina, ceifando liberdades. É a prometida ordem mitigadora de um certo discurso de caos e violência constitutivos, todavia.

Em relação ao *stalking*, essa tipificação traz consigo algumas coisas interessantes: “são ações reiteradas de um curso de condutas para perseguição, mas que essas ameaças podem ser levadas a sério e dependem do medo da vítima. Agora, maravilha! O cara sai na noite para conhecer uma mulher e pergunta para ela assim: - Você tem muito medo? Sofre de pânico? É? Porque depois de mandar uma carta para a mulher, um e-mail, for lá no Facebook dela (porque tem também *cyberstalking*..., o cara põe alguma coisa no Facebook e a mulher vai lá e curte tudo...) mas tudo isso, percebam só, no Facebook curtir foto, comentar tudo, vai virar *cybers-talking*. Vai se poder criminalizar uma pessoa como essa, que na verdade

estaria, de alguma maneira, apaixonada ou interessada por outras coisas... As portas dos registros de ocorrências dessa ordem são enormes... Além do que o objeto do processo depende do medo da vítima...

É claro que tem condutas de incomodação. E os argumentos que eles usam..., a comissão na verdade não usa argumento nenhum. Eu fui ler as razões para se colocar o *stalking*: é porque no mundo moderno..., não é bem por aí. Não diz muitas coisas nas razões.

Mas tem algumas coisas interessantes... A pergunta é se isso de fato tem que dizer com o direito penal? Um exemplo: O cara se separou da mulher. Foi numa sala de bate-papo e disse que o sonho dele, passando-se por ela, assim, sonho da mulher, era ser estuprada por um desconhecido e deu o endereço da ex-mulher. Seis caras apareceram na porta dela querendo estuprá-la. Aí o cara foi condenado por *stalking*! A resposta penal resolve, de alguma maneira, a questão? Porque nós temos aqui é um sintoma da criminalização do cotidiano, mas uma criminalização que nos gera um medo às avessas. Um medo de nós não podermos mais nos relacionar. Isso é alguma coisa fantástica do ponto de vista coletivo, dado que faz com que nem aquilo que seria a possibilidade de estar por trás de um computador, pode implicar. Gera, no seu cúmulo, o medo de se relacionar e desfaz, cada vez mais, o projeto político de se sentir engajado em algo coletivo. O individualismo impera...

Outro exemplo. Nós temos aqui, hoje em dia, situações do cotidiano que são entendidas como o *stalking* americano: tem um sujeito que mandou 8 mil mensagens no Twitter dizendo que queria matar uma líder religiosa. É o discurso do ódio que no Brasil é tão intolerado. Esses dias eu respondi por uma vara de registros públicos e autorizei o registro do “Instituto Cannabis Sativa”, o qual pretende discutir a legalização da maconha. Liberdade de expressão! Não interessa se eu sou contra ou a favor. Querem se manifestar pela legalização da pena de morte; é liberdade de expressão, pelo aborto; liberdade de expressão, agora se for pela maconha não pode. Por quê? Porque nós não temos uma cultura democrática em relação a isso tudo. Depois eu deferi o primeiro casamento homo em Florianópolis. Então agora eu sou chamado pejorativamente de um juiz garantista, gay e maconheiro! O estereótipo está marcado lá, garantista, gay e maconheiro. Tudo porque as pessoas não conseguem viver sem apontar a falta no outro. E a liberdade de expressão é tão mal compreendida no Brasil.

As classificações americanas do *stalking* indicadas pela doutrina são de morrer de rir, não fossem trágicas. Eles acham que qualquer um que faça qualquer coisa que o outro não autorize acaba significando *stalking*. Então no Brasil, um país desta dimensão, com as culturas que foram afirmadas pela Vera Andrade anteriormente, qualquer conduta que signifique chegar próximo a alguém, mandar um e-mail, pode no segundo e-mail, por essa circunstância, gerar um boletim de ocorrência e batizar o sujeito no sistema penal. Na verdade, o que me parece aqui é que haverá uma democratização do acesso ao sistema penal mediante a colocação de tipos penais como esse, que no fundo são o sintoma da criminalização democrática do nosso cotidiano.

A Vera Andrade fez com que eu aprendesse algumas coisas nos seus cursos e livros. E uma delas foi que a gente tem que levar a coisa a sério. Então, quando ela falava do Alessandro Barata era preciso levá-lo a sério. Mas quando se fala, de regra, no ambiente forense, de Barata, a maioria pensa que é animal noturno de hábitos rastejantes... e isso é complicado. O cara acha que o mito da caverna é fantasia de escola de samba, Canotilho para juntar com miçanga para fazer fantasia. O sujeito possui um “gap” teórico, e esse “gap” teórico é um problema sério. Porque esse “gap” teórico faz com que ele vá seguindo as modas da estação jurisprudencial..., as modas da estação significam hoje, ao meu juízo, um grande problema da magistratura. Para se passar num concurso, de regra, deve-se saber regras.... direito posto.... ou seja, quase nada da complexidade do fenômeno jurídico. Passei no concurso da magistratura em 98 e não fosse estudar na academia, continuaria a ser um mero reprodutor de repositórios de jurisprudência.... açoitado, atualmente, pela lógica da gestão de unidades produtivas..., quase não se decidindo mais nada... Todos nós sabemos! Não fosse a assessoria, hoje nós estaríamos perdidos. E a assessoria funciona numa lógica de eficiência, para não termos sentenças reformadas... e gente, de regra, que tem qualificação, mas não é muito diferente daquilo que se espera: produtividade sem reflexão. Então nós temos uma gestão hoje da eficiência, da eficiência tratada por um sistema que entende a pena como alguma coisa benéfica, capaz de devolver a ordem e a disciplina. É uma lógica que significa a morte e talvez seja essa a nossa grande função, fazer morrer via sistema penal, agora com as entradas maiores diante da proposta do novo Código Penal.

Eu tenho uma proposta que é motivo de risos, até acho que pode ser mesmo. A lógica é assim: cabe quantos presos? 200. Tem quantas vagas? 50. Quantas varas criminais tem? 50. Um preso por vara. Inverter a lógica. Você tem um limite de pena por mês. Só pode condenar a 45 anos. Ah, é? Não pode ser 50? Não! Tem que ser 45 porque o sistema não aceita mais. Só condena no limite que pode assimilar. É muito maluco isso?? É porque não estamos lá presos! O projeto, da forma que está, além dos insuperáveis erros teóricos, significa criminalizar o cotidiano de maneira abusiva e incompatível com a Criminologia Crítica, ainda que atenda a uma ordem de que mesmo os reformadores talvez nem saibam. Mas a ignorância faz vítimas, sempre. Mais vale perecer pelos extremos do que pelas extremidades, dizia um sujeito chamado Jean Baudrillard. ❖