

Importunação sexual (§ 184i StGB) e delitos praticados por grupos (§ 184j StGB)*

Sexual harassment (§ 184i StGB) and Offenses from groups (§ 184j StGB)

Wolfgang Mitsch

Resumo: Leis mal redigidas prejudicam a reputação da lei e do Estado de Direito; elas desacreditam o Legislativo e forçam seus aplicadores a tomar decisões baseadas em normas que, por serem tão ruins, não são respeitadas. Somente com a consciência pesada é que se pode acusar os destinatários que as descumprem de falta de fidelidade à norma e de obediência à lei. Os delitos dos §§ 184i e 184j do Código Penal alemão (StGB) são dois exemplos da recente produção legislativa, que, como estão, não deveriam ter visto a luz do dia. A seguir, a lista de deficiências que já pode ser encontrada em comentários ao StGB e outras publicações será ampliada em vários pontos.

Palavras-chave: direito penal sexual; importunação sexual; delitos praticados por grupos; condição objetiva de punibilidade; subsidiariedade.

Abstract: Ill-written laws damage the reputation of the law and of the rule of law. They discredit the legislature and force the practitioners of the law to make decisions based on laws that, because they are so poorly written, are not met with respect. To accuse addressees of such laws, who transgress them, of a lack of adherence to the norm and disobedience to the law is only possible with a bad conscience. Sections 184i and 184j of the German Criminal Code (StGB) are two showpieces of recent legislative work which, as they are, should not to have seen the light of day. In the following, the list of defects which can already be found in commentaries on the StGB and other publications is extended by several points.

Keywords: sexual criminal law; sexual harassment; offenses from groups; objective conditions of criminal liability; subsidiarity.

* Publicação original: MITSCH, Wolfgang. Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB). *Kriminalpolitische Zeitschrift*, [s.l.], n. 6, p. 355-360, 2019. Disponível em: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/mitsch-sexuelle-belaestigung-und-straftaten-aus-gruppen.pdf>. Acesso: 28 jul 2023. Tradução de Janice Santin.

Sumário: Introdução; 1 Importunação sexual, 184i StGB; 1.1 Vítima; 1.2 Ação típica; 1.3 Concorrências; 1.4 Casos especialmente graves; 2 Delitos praticados por grupos, § 184j StGB; 2.1 Fato punível; 2.2 Concurso de agentes fomentador do fato punível; 2.3 Condição objetiva de punibilidade; 2.4 Subsidiariedade; Conclusão; Referências.

Introdução

Os novos crimes sexuais não são apenas político-criminalmente controversos; a forma técnico-legislativa e linguística do texto vigente no StGB (Código Penal alemão) também levanta muitas dúvidas que nem de longe foram esclarecidas no debate até agora realizado. É compreensível que a irritação com o ato impensado do legislador não estimule a disposição dos especialistas a realizar sólidos comentários sobre as normas e, eventualmente, apresentar sugestões de melhoria¹. Isso vale, sobretudo, quando – como em breve será explicitado – as correções necessárias tendem a ter um efeito de alargamento da punibilidade. Sabe-se *per se*, contudo, que o direito penal vigente está sujeito ao controle científico, que cumpre à ciência essa tarefa de exame e, também, que se deve aceitar como possível consequência dessa análise crítica um indesejável alargamento da punibilidade. Somente sobre tais bases poderão ser feitas demandas concretas – como a descriminalização ou pelo menos um esclarecimento – aos legisladores de Berlim. A seguir, serão apresentados os pontos que entendo nevrálgicos dos §§ 184i StGB² e 184j StGB³, além de sugestões para a compreensão do texto e sua correção *de lege ferenda*.

-
- 1 RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, §184j, nm. 1: “A explicação desse dispositivo não requer, portanto, qualquer comentário, e sim uma paródia”.
 - 2 Nota da Tradutora (NT): § 184i StGB. *Importunação sexual*: (1) Quem, de modo sexualmente determinado, tocar fisicamente uma outra pessoa e, assim, importuná-la, é punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou multa, a menos que o ato seja ameaçado com pena mais grave em outras disposições dessa seção. (2) Em casos especialmente graves, a pena privativa de liberdade é de três meses a cinco anos. Em regra, ocorre um caso especialmente grave quando o ato é praticado por várias pessoas em conjunto. (3) O crime somente será processado em caso de representação, a menos que seja necessária a intervenção de ofício dos órgãos de persecução penal em razão do interesse público.
 - 3 NT: § 184j StGB. Delitos praticados por grupos. Quem fomenta um fato punível envolvendo-se em um grupo de pessoas que pressiona outra pessoa a cometer um fato punível é punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou multa quando um envolvido no grupo praticar um fato punível nos termos dos §§ 177 ou 184i e esse não for ameaçado com pena mais grave em outras disposições.

1 Importunação sexual, § 184i StGB⁴

1.1 Vítima

A importunação sexual precisa ser dirigida contra “outra pessoa”, que pode ser do sexo masculino, feminino ou diverso. A lei não traça um limite etário; deve-se questionar, porém, se o contato físico com um recém-nascido, um bebê de seis meses ou uma criança de um ou três anos de idade pode ser considerado uma importunação sexual. Para o recém-nascido e a criança de colo de seis meses, a resposta é certamente negativa⁵, mas, no caso da criança de três anos, a decisão não é assim tão fácil. O que isso mostra: do lado da vítima, há um evidente limite mínimo de idade, acima do qual se inicia o âmbito da tipicidade, mas não se extrai da lei e tampouco dos primeiros comentários sobre o ainda novo § 184i do StGB onde é que esse limite se situa. Na carência de uma demarcação legal explícita, a tarefa que se apresenta é, em um primeiro momento, encontrar o elemento do tipo penal do § 184i Abs. 1 StGB, cuja interpretação torne visível o círculo de vítimas idôneas. O “modo sexualmente determinado”, que possivelmente só pode ser direcionado a pessoas que têm um grau mínimo de maturidade sexual, já é bastante enigmático; isso depende se esse elemento se baseia em uma finalidade objetiva ou em uma intencionalidade subjetiva. De qualquer modo, o elemento “importunado” apresenta exigências à vítima idônea do fato, que podem ser descritas como a “capacidade passiva de importunação”, o que sem dúvida não possui aquele que nem sabe o que é sexualidade⁶. Assim como não se pode importunar com o barulho uma pessoa surda ou com o mau cheiro alguém que perdeu seu olfato, tampouco é possível importunar sexualmente alguém a quem falta a compreensão do caráter importunador do contato físico. Esse ponto de vista é confirmado pela doutrina da ofensa, que não está muito longe da importunação. Para o § 185 StGB, a opinião majoritária constrói igualmente

4 NT: No Brasil, o tipo penal de importunação sexual foi incluído no Código Penal por meio da Lei nº 13.178, de 24 de setembro de 2018. De acordo com o art. 215-A do Código Penal brasileiro, constitui o crime de importunação sexual “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, conduta essa punida com pena de reclusão de um a cinco anos, caso o ato não constitua crime mais grave. Diferentemente da importunação sexual prevista no § 184i do StGB, o art. 215-A do Código Penal brasileiro não exige o “tocar fisicamente” outra pessoa. Em todos os casos (sejam eles especialmente graves ou não), o crime de importunação sexual é processado mediante ação penal pública incondicionada (art. 225 do Código Penal brasileiro).

5 Sobre violação sexual, ver WOLTERS/NOLTENIUS, *SK-StGB*, § 177, nm. 10.

6 EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184i, nm. 8: “A importunação requer, portanto, uma percepção emocional negativa de certo peso relacionada à autodeterminação sexual – como um choque, susto, medo, nojo, repulsa, indignação, raiva ou violação do sentimento de vergonha”.

um horizonte de destinatários e exige que o sentido ofensor da declaração tenha sido compreendido⁷, enquanto os representantes da posição contrária salientam a necessidade de proteção penal da honra das pessoas com deficiência ou de crianças pequenas⁸. O paralelo com o tema no contexto do § 184i StGB é óbvio; quem não conhece nada de sexualidade não pode ser importunado sexualmente e, nessa medida, não é protegido pelo direito penal. Mas é duvidoso se há aqui, realmente, uma necessidade de proteção penal.

1.2 Ação típica

Sobre o elemento da ação “tocado fisicamente”, pode-se ler em todas as publicações – especialmente nos comentários ao StGB – a observação que se trata de um delito de mão própria⁹, mas não são dadas justificativas para isso¹⁰. Não compreendo a tese de *Monika Frommel* no *Nomos-Kommentar* de que “se trata de um delito de mão própria, como aponta o Abs. 2 do § 184i”:¹¹ do § 184 i Abs. 2 não consigo extrair qualquer indicação de que se está diante de um delito de mão própria. Esse tratamento do tema é estranho. A figura do delito de mão própria é tudo menos incontroversa e de forma alguma é algo totalmente esclarecido quais delitos o são e quais não o são¹². Como exemplo *Fischer*, que afirma sem justificativa que o tipo previsto no § 184i StGB é um delito de mão própria, refere que “a legitimidade político-criminal e o âmbito de aplicação desses delitos são pormenorizadamente contestáveis”¹³. Por isso, é de se esperar um pouco de argumentação para a inserção de alguma nova disposição penal no grupo dos delitos de mão própria. Geralmente os tipos penais podem ser praticados na forma de autoria mediata, sendo que a grande maioria dos crimes previstos na legislação penal em vigor não são delitos de mão própria. O requisito de mão própria é uma exceção, que requer uma fundamentação¹⁴, e o ônus dessa fundamentação não é daquele que questiona essa restrição do tipo penal como delito de mão própria¹⁵.

7 EISELE/SCHITTENHELM, *Schönke/Schröder-StGB*, § 185, nm. 16.

8 SCHRAMM, *FS-Lenckner*, p. 561.

9 VALERIUS, *BeckOK-StGB*, § 184i, nm. 10; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 184i, nm. 3; RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, §184i, nm. 13; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184i, nm. 11; NOLTENIUS, *SK-StGB*, § 184i, nm. 9.

10 HEGER, *Strafgesetzbuch*, § 184i, nm. 2, é circular: “Porque o próprio autor tem que tocar fisicamente o corpo da vítima, [...] trata-se de um crime de mão própria”.

11 FROMMEL, *NK-StGB*, § 184i, nm. 3.

12 HERZBERG, *ZStW* 82, p. 896; ROXIN, *Strafrecht AT II*, § 25 nm. 288; WOHLERS, *ZStR* 1998, p. 95.

13 FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 13, nm. 42a.

14 SATZGER, *Jura* 33, p. 103.

15 GERHOLD/KUHNE, *ZStW* 124, p. 980.

Acima de tudo, a alegação de que se trata de um crime de mão própria deve ser estabilizada com uma explicação sobre o motivo pelo qual os casos que estão fora do âmbito de punibilidade não devem ser merecedores de pena. Em todo o caso, da mais importante fonte de conhecimento jurídico – a letra da lei – não se obtém nenhum esclarecimento sobre o § 184i StGB; não se verifica da descrição do fato uma limitação do tipo a comportamentos de importunação praticados de mão própria e igualmente não se reconhece uma causa de restrição teleologicamente fundada. Um exemplo pode ilustrar isso: de acordo com a opinião predominante, se alguém manda um inimputável tocar fisicamente uma mulher, de um modo que seria “sexualmente determinado” e “importunador” caso o próprio mandante tivesse assim agido, uma punibilidade é excluída em razão da autoria mediata. Desde que aplicado o § 26 StGB¹⁶, esse não é um resultado ruim. Isso não funciona, contudo, quando a pessoa instigada não for ou não apenas não for inimputável, como não tiver dolo no que se refere à determinação sexual ou ao caráter importunador. Na ausência de um ato principal doloso, o instigador não pode ser punível por incitação. Assim, de acordo com a doutrina majoritária, o homem de trás permanece impunível. Questiona-se onde está a distinção relevante para o merecimento de pena do toque corporal direto com componente de importunação sexual. O caráter da importunação deve ser determinado da perspectiva da vítima: a pessoa afetada deve se sentir importunada, e esse caráter não é menor no caso de importunação praticada em autoria mediata do que no caso da importunação por meio do toque direto. Em regra, a pessoa afetada não reconhecerá se aquele que lhe toca com as mãos ou qualquer outra parte do corpo está agindo dolosamente ou não, com imputabilidade ou inimputabilidade. Por isso, o resultado da importunação não pode depender de tais diferenciações; o elemento “importunado” do tipo não exige mais do que a causa objetivamente imputável do resultado da importunação. Também o contato físico nada mais é do que tocar o corpo da vítima por meio de uma parte do corpo de outra pessoa, ou seja, a causação do resultado. A alegação de que o corpo que toca o outro corpo só pode ser o da pessoa que é punível pelo § 184i StGB não pode ser derivada da redação do tipo penal ou de qualquer outra fonte interpretativa relevante¹⁷ de compreensão.

16 NT: § 26 StGB. *Instigação*. É punido como instigador da mesma forma que o autor aquele que dolosamente levar outro a cometer um fato ilícito.

17 É duvidoso se é possível reconhecer as justificativas da lei como relevantes quando o assunto não foi profundamente refletido no processo legislativo que lhe deu origem.

Nenhuma linha clara no tratamento da temática da autoria de mão própria é reconhecível quando outros tipos penais relacionados são levados em consideração: atos exibicionistas, no sentido do § 183 StGB¹⁸, somente são possíveis por mão própria¹⁹; já o tipo penal de provocação de escândalo público por meio da prática pública de atos sexuais (§ 183a StGB), ao contrário, não²⁰⁻²¹. Ambas as visões não são incontroversas: objetivamente, não há nenhuma razão que obrigue a restrição do tipo penal. Tanto o § 183 StGB quanto o § 183a StGB descrevem fatos cujo desvalor do resultado é a situação criada pelo autor em que outras pessoas precisam notar, contra a vontade delas, ações exibicionistas ou outras ações sexuais²². Não é compreensível, dessa forma, o motivo pelo qual deve ser excluído aquele que usa como “ferramenta” quem executa o ato com as próprias mãos da imputação desse desvalor do resultado, nos termos do § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB²³.

A restrição que a opinião majoritária impõe ao Judiciário na aplicação do § 184i do StGB invoca inevitavelmente problemas de delimitação em relação ao § 177 (violação sexual). Que o elemento da ação do § 177 Abs. 1 StGB não exige a realização do delito com as próprias mãos, é evidente. Por essa razão, nos comentários do § 177 StGB ou não há manifestações sobre se tratar de um delito de mão própria ou há a constatação expressa de que não se exige uma realização do tipo com as próprias mãos²⁴. Por fim, a “tolerância a atos sexuais de terceiros” é explicitamente abrangida. Isso corresponde exatamente ao nosso exemplo da vítima que tem seu corpo tocado por alguém sem dolo ou por um imputável e que age por determinação do “homem de trás”. Casos na zona fronteira entre “importunação” e “violação” se intensificam, por conseguinte, em uma difícil decisão entre punibilidade e impunibilidade quando o autor não toca ele mesmo o corpo da vítima, mas manda que um terceiro o faça. Esse ônus do processo é desnecessário: visto que a diferença entre a violação e a importunação sexual não

18 NT: § 183 StGB. *Atos exibicionistas*. (1) Um homem que importuna outra pessoa por meio de um ato exibicionista é punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou com pena de multa [...].

19 EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 183, nm. 7.

20 EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 183a, nm. 7; diferente, HÖRNLE, *MüKo-StGB*, § 183a, nm. 10.

21 NT: § 183a StGB. Provocação de aborrecimento público. Quem pratica atos sexuais publicamente e, com isso, intencional ou conscientemente, provoca uma perturbação, é punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou com pena de multa, desde que o ato não seja punível de acordo com o § 183 StGB.

22 HÖRNLE, *MüKo-StGB*, § 183, nm. 1, § 183a, nm. 10; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 183, nm. 1, § 183a, nm. 1.

23 NT: § 25 StGB. Autoria. (1) É punido como autor quem realiza o fato pessoalmente ou por meio de outrem. (2) Se várias pessoas realizam o fato em conjunto, cada qual será punido como autor.

24 RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, § 177, nm. 171.

é qualitativa, mas quantitativa, não há qualquer razão para tratar a temática da autoria de mão própria de forma diferente entre os §§ 184i e 177 StGB. Assim, é possível a realização do tipo penal “importunação sexual” por meio da autoria mediata.

1.3 Concorrências

A punibilidade da importunação sexual é subsidiária aos delitos que são ameaçados com penas mais graves. Isso se refere, em primeiro lugar, às ações nas quais a importunação faz parte de um ataque à autodeterminação sexual, que é punível a título de violação sexual, conforme o § 177 StGB. No entanto, o texto legal parece também abranger constelações nas quais o crime com pena mais grave protege não a autodeterminação sexual²⁵, mas um bem jurídico diverso²⁶. Quando com a importunação sexual o autor comete simultaneamente uma lesão corporal dolosa, o § 184i StGB parece ficar em segundo plano diante do § 223 StGB (lesão corporal). Se isso estivesse correto, seria necessário perguntar por que os delitos com ameaça de pena mais baixa geralmente não são afastados diante de delitos com um nível sancionatório mais alto, como, por exemplo, o dano (§ 303 StGB) diante de lesões corporais (§ 223 StGB) ou do homicídio (§ 212 StGB). Esse sem dúvida não é o caso, pelo qual há uma razão convincente: se cada delito mais brando fosse afastado diante de cada delito mais grave, o teor do julgamento perderia uma parte de sua função esclarecedora. A sentença apenas expressaria qualitativamente o conteúdo do injusto do fato julgado de modo fragmentado e esconderia especialmente o fato de que o acusado violou outros bens jurídicos por meio de sua ação além daqueles que formam a base do julgado. Aquele que, com um único soco no rosto, lesiona a saúde da vítima e danifica seus olhos, viola os bens jurídicos integridade física e patrimônio. Se o autor fosse considerado culpado apenas pelo § 223 StGB, o caráter de seu ato de dano à propriedade permaneceria sem menção; por isso, o julgamento precisa determinar a lesão corporal em unidade de fatos com o dano à propriedade. Não é compreensível que tal princípio não deva valer para a concorrência do § 184i StGB com um tipo penal que não proteja a autodeterminação sexual. Como no tipo penal do § 246 StGB²⁷, que padece do mesmo problema, o âmbito de aplicação da cláusula de

25 EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184i, nm. 1.

26 FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 184i, nm. 16; HEGER, *Strafgesetzbuch*, § 184i, nm. 6; NOLTENIUS, *SK-StGB*, § 184i, nm. 13.

27 HOYER, *SK-StGB*, § 246, nm. 46.

subsidiariedade do § 184i StGB deve, portanto, ser limitado aos fatos puníveis que atinjam a autodeterminação sexual e sejam ameaçados com penas mais altas²⁸. Isso não significa uma violação ao art. 103 Abs. 2 GG²⁹. A forma de concorrência não pertence às condições da punibilidade legalmente determinada de um comportamento. Quando o julgamento exprime que o acusado também praticou o tipo penal de importunação sexual, ele não fica em situação pior do que ficaria se esse tipo penal, por causa da subsidiariedade, não fosse mencionado no julgamento.

1.4 Casos especialmente graves

O único exemplo-regra do § 184i Abs. 2 StGB é baseado na comissão conjunta, § 184i Abs. 2 S. 2 StGB. Aqui a doutrina majoritária, com sua afirmação sobre a característica de delitos de mão própria, sobrecarrega-se com problemas de interpretação que não são simples. O requisito de autoria de mão própria também se aplica ao segundo colaborador mínimo exigido? Isso exclui, por exemplo, o caso no qual a segunda pessoa não toca na vítima, mas facilita, por meio de seu comportamento ameaçador, que o outro colaborador cometa o crime? Se se respeitam os limites do texto legal, essa restrição do exemplo-regra é inevitável. Pois “ato... cometido” não significa outra coisa senão ter agido tipicamente. Exige-se, portanto, uma perpetração conjunta, na qual cada coautor deve tocar o corpo da vítima com suas próprias mãos³⁰. O segundo colaborador, que está presente, mas não age de tal maneira que possa ser acusado de ter praticado o ato de “importunação sexual”, não contribui, assim, para a satisfação do exemplo-regra. Apesar da redação quase idêntica, o significado de “em comum” do § 184i Abs. 2 S. 2 StGB é, por conseguinte, substancialmente mais restrito que o do § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Nessa nem sequer um envolvimento em coautoria é necessário³¹. Na prática, a estreiteza do exemplo-regra não impede a admissão de um caso especialmente grave inominado de acordo com o § 184i Abs. 2 S.1 StGB; no entanto, o esforço de fundamentação do Tribunal que a técnica do exemplo-regra serve para reduzir é maior. Se a afirmação de que se trata de um delito de mão própria

28 VALERIUS, *BeckOK-StGB*, § 184i, nm. 11; HÖRNLE, *NStZ* 2017, p. 20; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184i, nm. 14.

29 NT: Art. 103 Abs. 2 GG. Um fato somente pode ser punido se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento.

30 EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184i, nm. 13; diferente, VALERIUS, *BeckOK-StGB*, § 184i, nm. 12.

31 STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder-StGB*, § 224, nm. 11a.

for corretamente abandonada, também não terão lugar os problemas aqui esboçados do § 184i Abs. 2 S.2 StGB.

2 Delitos praticados por grupos, § 184j StGB

2.1 Fato punível

Esse dispositivo penal, fortemente criticado pela literatura especializada, não é realmente o perfeito exemplo de uma sofisticada arte legislativa³². As deficiências técnicas são inúmeras e nem todas elas foram abordadas nos comentários precedentes. Provavelmente a falta de consciência do uso exato da linguagem é responsável pelo fato de que, com a palavra “fato punível” (*Straftat*) presente em três lugares no texto da lei, o escopo de aplicação acabou sendo reduzido a um nível que provavelmente não estava na mente do legislador. “Fato punível” é um fato típico, ilícito e culpável³³. Se o texto legal contém essa palavra, restam excluídos os fatos praticados por um autor inimputável (§ 20 StGB³⁴). Isso porque, quando os fatos típicos e ilícitos que são cometidos por um inimputável devem fazer parte do conteúdo norma, a expressão “fato punível” não pode ser utilizada; em vez disso, utiliza-se a designação “fato ilícito” (*rechtswidrige Tat*) – o StGB contém exemplos suficientes dessa técnica (veja-se, assim, os §§ 26 e 27 ou os §§ 63, 64, 69 e 70). Essas normas corroboram a suposição de que onde a terminologia do StGB se refere a “fato punível”, ela está a se referir necessariamente a um fato ilícito e culpável. Se o fato, que poderia ser punível nos termos do § 184j StGB porque preenche os tipos dos §§ 177 ou 184i StGB, tiver sido cometido em estado de inimputabilidade (§ 20 StGB), nenhum dos participantes do “grupo de pessoas” é punível pelo § 184j StGB, na medida em que o fato não é um fato punível. Isso não mudaria caso as partes integrantes desse grupo de pessoas não fossem elas próprias inimputáveis. Se se leva em conta que os acontecimentos no “Réveillon de Colônia”, ocorridos em 31.12.2015 e 01.01.2016, deram o impulso à criação desse novo tipo penal³⁵, também se verifica que o consumo de

32 RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, §184j, nm. 1: “[...] tipo penal que é inaplicável devido à sua contradição interna”.

33 Impreciso, assim, RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, § 184j, nm. 14: “A prática de um tal fato punível por um membro do grupo deve, sob todos os pressupostos, ser considerada típica e ilícita [por que não também culpável? W. M.]”; corretamente, HEGER, *Strafgesetzbuch*, § 184j, nm. 6.

34 NT: § 20 StGB. Inimputabilidade em virtude de perturbações anímicas. Age sem culpabilidade aquele que, ao cometer o fato, não era, em virtude de perturbação anímica doentia, perturbação profunda da consciência, fraqueza mental ou uma outra grave degeneração anímica, capaz de conhecer o injusto do fato ou de agir de acordo com esse conhecimento.

35 FISCHER, *FS-Neumann*, p. 1090; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184j, nm. 1.

álcool em tais incidentes pode desempenhar um papel não insignificante. É ainda mais incompreensível que, pela estreiteza da redação legal, tenha-se atribuído ao abuso de álcool o efeito de “anular” a punibilidade nos termos do § 184j StGB. Tanto é assim que se apenas uma pessoa integrante do grupo apresentar concentração de álcool no sangue de acordo com o grau exigido pelo § 20 StGB – de aproximadamente 3,0% –, e não for possível determinar quem desse grupo agrediu a vítima de forma punível, deve-se presumir, de acordo com o princípio do *in dubio pro reo*, que o fato foi realizado pela pessoa que, devido à condição alcoólica, era inimputável; como consequência, todos os demais participantes escapam impunemente (mais detalhes no item 2.3, a seguir). O legislador deixou passar despercebido o fato de que pelo menos os casos de embriaguez completa punível do § 323a StGB, em que o ato de embriaguez preenche o tipo do § 184i ou do § 177 StGB, deveriam ter sido incluídos no texto legal do § 184j StGB.

2.2 Concurso de agentes fomentador do fato punível

A punibilidade do § 184j StGB se baseia em uma cumplicidade presumida de alguém em autoria colateral, na qual não é exigido o dolo em relação ao “fato principal”³⁶. O “concurso” requer apenas um estar presente ativo³⁷, sendo certo que os estritos requisitos dogmáticos do §§ 25 e seguintes do StGB não servem de parâmetro para o preenchimento desse elemento do tipo penal³⁸. Por isso, não se pergunta se dos demais membros do grupo pelo menos um concorreu dolosamente. Alguém que concorra dolosamente também pode ser punível se houver outros envolvidos, ainda que eles não tenham fomentado dolosamente o fato punível. Fora aquele que cumpre a condição objetiva de punibilidade, os demais concorrentes não precisam desenvolver nenhuma agressão ativa que pudesse expô-los à acusação de terem “concorrido” dolosamente. Eles precisam apenas contribuir para que várias pessoas estejam presentes a fim de que se possa falar de um “grupo de pessoas” e, por meio de seu comportamento, assegurar que esse grupo de pessoas “pressiona” uma outra pessoa. Dado que “pressionar” é um elemento objetivo do tipo penal³⁹, também pode ser realizado sem dolo. Isso pode certamente se dar em forma de um “cerco”, “rodeio” ou “bloqueio” por pessoas que sequer

36 HÖRNLE, *NStZ* 2017, p. 21: “No mérito, a punibilidade do colaborador é estendida no aspecto subjetivo”.

37 De acordo com VALERIUS, *BeckOK-StGB*, § 184j, nm. 8; RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, § 184j, nm. 16; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184j, nm. 15, o concurso de agentes na autoria mediata é excluído.

38 VALERIUS, *BeckOK-StGB*, § 184j, nm. 5; HÖRNLE, *NStZ* 2017, p. 21; NOLTENIUS, *SK-StGB*, § 184j, nm. 7.

39 EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184j, nm. 5.

percebem a pessoa pressionada, ou seja, não têm o dolo de pressioná-la – quiçá outra pessoa. As condições da punibilidade são aqui – tomando-se como parâmetro de comparação o § 27 StGB – extremamente afrouxadas. Esse abrandamento é, no entanto, neutralizado em grande medida pela barreira incomumente alta que foi criada por meio da exigência de um “fato punível” no âmbito da condição objetiva de punibilidade.

Além do envolvimento como autor há – como no § 231 StGB – também o envolvimento geral com base nos §§ 26 e 27 StGB. É suficiente incitar ou fomentar um envolvido em estado de inimputabilidade (§ 20 StGB), contanto que outro envolvido tenha cumprido a condição objetiva de punibilidade “fato punível”. Nessa relação é ainda menos compreensível que a condição objetiva de punibilidade estabeleça tão alto o limite da punibilidade. *Tatjana Hörnle* sugere que uma norma como o § 184j StGB deveria ser mais apropriadamente inserida na Parte Geral do StGB, dentro da Seção sobre “autoria e participação”⁴⁰. Isso é louvável, sobretudo porque talvez também abrisse os olhos do legislador para o fato de que qualquer fato individual cometido no contexto de um grupo precisa ser apenas um fato ilícito, e não um fato punível.

A crítica afiada de que o § 184j StGB é um dispositivo inaplicável devido às suas contradições internas⁴¹ é, em qualquer caso, justificada em um ponto: o § 184j StGB não é aplicável em face da pessoa que tenha cometido “o fato punível nos termos do § 177 ou § 184i” e que, com isso, cumpre a condição objetiva de punibilidade. Isso porque esse autor não pode satisfazer a tipicidade objetiva do § 184j StGB; para isso, ele teria que “fomentar” um delito por meio de seu concurso em um grupo de pessoas. Esse delito não corresponde a um fato qualquer, mas àquele que ele próprio cometeu. Contudo, seria completamente ilógico afirmar que o autor “fomentou” seu próprio ato por meio de seu concurso em um grupo de pessoas – ele não fomentou o ato, e sim o “praticou”; portanto, ele é o autor desse fato. “Fomentar” é um sinônimo de cumplicidade⁴². Nenhum autor pode ser seu próprio cúmplice. Por isso, esse autor é punível nos termos dos §§ 177 ou 184i StGB, mas não do § 184j StGB, sendo certo que tal não é uma consequência da subsidiariedade legalmente ordenada pelo § 184j StGB (ver item 2.4, a seguir). Talvez possa ser diferente no caso de haver mais autores, na medida

40 HÖRNLE, *NStZ* 2017, p. 21.

41 RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, § 184j, nm. 1.

42 RENZIKOWSKI, *MüKo-StGB*, § 184j, nm. 13.

em que a respectiva comissão do fato poderia, ao mesmo tempo, ser o fomento da prática do fato por outro autor.

2.3 Condição objetiva de punibilidade

O “fato punível nos termos dos §§ 177 ou 184i” é, de acordo com a doutrina majoritária, uma condição objetiva de punibilidade⁴³. A lei⁴⁴ destaca isso ao inserir essa condição de punibilidade na estrutura da norma em uma sentença condicional iniciada com “se” após a ameaça de punição “será punido”. Essa técnica também é posta em prática, por exemplo, no § 231 StGB e § 323a (1) StGB. No § 186 StGB e no § 283 Abs. 6 StGB, embora a posição da frase seja diferente, a oração subordinada é introduzida com “se”, isso é claramente um indício de uma condição objetiva de punibilidade⁴⁵. Essa hipótese encontra a sua confirmação no direito das contraordenações (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) por meio do § 130 Abs. 1 OWiG. A “infração” é uma condição objetiva à sancionabilidade da contraordenação de “violação do dever de vigilância”⁴⁶. O § 14 Abs. 2 da Brandenburgischen Pressegesetzes (Lei de Imprensa de Brandenburgo) confirma que nem sempre se pode confiar no sinal de reconhecimento linguístico “se”: de acordo com a opinião majoritária, as palavras introdutórias “o tipo de uma lei penal é realizado por meio de uma obra impressa” descrevem uma condição objetiva de punibilidade, cujo cumprimento depende da punibilidade especial do redator ou do editor responsáveis⁴⁷. Mas também é uma sentença condicional, pois se poderia mover a palavra “é” para o final da frase e, em seguida, inserir a palavra “se” no seu início. Os fatos por meio dos quais são preenchidas as condições objetivas de punibilidade não pertencem ao tipo objetivo; dolo e culpa não precisam se referir a esses fatos⁴⁸. Com isso a punibilidade é ampliada. Além disso, o estabelecimento do substrato do julgamento no processo é facilitado por meio da configuração da condição objetiva de punibilidade do § 184j StGB, por-

43 VALERIUS, *BeckOK-StGB*, § 184j, nm. 6; HÖRNLE, *NStZ* 2017, p. 21; HEGER, *Strafgesetzbuch*, § 184j, nm. 6; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184j, nm. 13.

44 De acordo com EISELE/HEINRICH, *Strafrecht* AT, nm. 93, são condições objetivas de punibilidade “os pressupostos [da punibilidade] estabelecidos em lei”, em relação aos quais o dolo não precisa se relacionar. Como é possível reconhecer isso no texto da respectiva disposição não está explicado. Essa é uma lacuna, sobretudo porque os autores apropriadamente enfatizam que as condições objetivas de punibilidade “devem ser estritamente diferenciadas dos elementos objetivos do tipo”. Os estudantes não poderão fazer mais nada além de memorizar os casos relevantes.

45 RÖNNAU, *JuS* 2011, p. 697.

46 ROGALL, *KKWiG*, § 130, nm. 77.

47 KÜHL, *Presserecht*, § 20 LPG, nm. 144.

48 HÖRNLE, *NStZ* 2017, p. 21; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, § 53 III 1; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, Vor § 13, nm. 126; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht* AT, nm. 214.

que, no caso ideal, não é necessário esclarecer qual pessoa importunou ou agrediu a vítima sexualmente; a lei exige apenas que o ato tenha sido cometido “por um envolvido no grupo”. No entanto, esse efeito de desobrigação foi em grande parte destruído pelo aumento do limite de punibilidade ocorrido com o uso da expressão “fato punível”: se a palavra “fato punível” tivesse sido substituída por “fato ilícito”, bastaria no processo constatar que algum envolvido no grupo cometeu uma importunação ou um abuso sexual; não seria necessário identificar o autor específico. Contudo, como a lei exige um comportamento punível, deve-se descartar a hipótese de que o fato tenha sido cometido por um membro do grupo que era inimputável. Se um entre os concorrentes se encontrava em estado de inimputabilidade, é preciso pelo menos estar claro que ele ou era sim imputável ou não foi o autor do delito. Caso não seja possível eliminar as dúvidas relevantes, o processo deve ser encerrado com base no *in dubio pro reo* sob a suposição de que o delito sexual é atribuído a uma pessoa inimputável e, portanto, não é um “fato punível”. Pode-se imaginar as dificuldades que tornam sobrecarregada a aplicação prática do § 184j StGB em um caso não irrealista de um grande número de envolvidos em grupos consideravelmente alcoolizados.

2.4 Subsidiariedade

A punibilidade nos termos do § 184j StGB se sujeita à ressalva de que o “fato não seja ameaçado com pena mais grave em outras disposições”. Essa subsidiariedade parece se referir mais especificamente ao envolvido que, com sua ação criminosa, cumpriu a condição objetiva de punibilidade. Se o fato punível constituir uma agressão sexual no sentido do § 177 StGB, a sanção é baseada em uma gama de penas consideravelmente maior. Também no caso de importunação sexual, nos termos do § 184i StGB, a “pena mais grave” será baseada nessa disposição, dado que devido à colaboração de outros membros do grupo haverá um caso especialmente grave, de acordo com o § 184i Abs. 2 S 2 StGB. Já foi esclarecido acima, porém, o motivo pelo qual a cláusula de subsidiariedade não se aplica ao autor do fato punível, a menos que haja pelo menos um segundo autor: o autor não fomenta o fato punível cometido, ele o pratica. Isso, no entanto, tem como consequência o fato de que o seu comportamento não preenche o tipo objetivo do § 184j StGB. Quem cumpre as condições de punibilidade do § 184j StGB “apenas” como concorrente é punível, tendo em vista a subsidiariedade, exclusivamente pela ofensa do que tem prioridade dado seu nível de pena mais alto. Conforme a opinião majoritária, não importa se esse tipo penal protege a autodeterminação sexual ou um outro bem jurídico. Assim, se no meio de um empurra-empurra um membro do grupo furtar a carteira de um outro membro

do grupo, aplica-se o § 242 StGB em desfavor do § 184 j StGB⁴⁹. Defender esse ponto de vista é no mínimo inconsequente se, ao mesmo tempo, a “autodeterminação sexual” for o bem jurídico protegido pelo § 184j StGB⁵⁰. Portanto, como no § 184i StGB (visto antes no tópico 1.4), é preferível limitar a subsidiariedade a tipos penais que têm como objetivo a proteção da autodeterminação sexual. Se uma pessoa cumpre as condições de punibilidade do § 184j StGB e do § 242 StGB, ela é punível de acordo com o § 184j StGB em unidade de fatos (§ 52 StGB) com o § 242 StGB.

Conclusão

A legitimidade das queixas sobre o aumento de leis mal elaboradas é comprovada tanto pelo § 184i StGB quanto pelo § 184j StGB. A razão para isso também deve ser vista no fato de que, nas Faculdades de Direito, não se ensina e não se aprende como as leis são redigidas e produzidas. Junto com outras disciplinas básicas, os estudos legislativos precisam novamente obter maior importância nos programas de ensino das Faculdades de Direito. Então, certamente, em algum dia, existirão leis melhores.

Referências

- EISELE, Jörg. Vor § 13. In: SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- EISELE, Jörg. § 183. In: SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- EISELE, Jörg. § 183a. In: SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- EISELE, Jörg. § 184i. In: SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- EISELE, Jörg; SCHITTENHELM, Ulrike. § 185. In: SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- EISELE, Jörg; HEINRICH, Bernd. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil für Studienanfänger. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2017.

49 FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 184j, nm. 22; HEGER, *Strafgesetzbuch*, § 184j, nm. 8; EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184j, nm. 16; NOLTENIUS, *SK-StGB*, § 184j, nm. 18.

50 Assim, EISELE, *Schönke/Schröder-StGB*, § 184j, nm. 1.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 66. ed. Munique: C.H. Beck, 2019. 2745 p.

FISCHER, Thomas. "Straftaten aus Gruppen" (§ 184j StGB) – Ein Lehrstück zwischen Horden, Dogmatik und deren Simulation. In: SALIGER, Frank (hrsg.). *Rechtsstaatliches Strafrecht*: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 1089-1118.

FROMMEL, Monika. § 184i. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (hrsg.). *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2017.

GERHOLD, Sönke; KUHNE, Elisa. Über den bislang unbeachteten Einfluss des 2. Strafrechtsreformgesetzes auf die Eigenhändigkeitsdoktrin speziell im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 124, n. 4, p. 943-990, 2012. DOI: 10.1515/zstw-2012-0039.

HEGER, Martin. § 184i. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian (hrsg.). *Strafgesetzbuch*: Kommentar. 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.

HEGER, Martin. § 184j. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian (hrsg.). *Strafgesetzbuch*: Kommentar. 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Eigenhändige Delikte. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 82, n. 4, p. 896-947, 1970. DOI: 10.1515/zstw.1970.82.4.896.

HÖRNLE, Tatjana. § 183. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, t. III, 2017.

HÖRNLE, Tatjana. § 183a. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, t. III, 2017.

HÖRNLE, Tatjana. Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München, v. 37, n. 1, p. 13-21, 2017.

HOYER, Andreas. § 246. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*: Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KÜHL, Kristian. § 20 LPG – Strafrechtliche Verantwortlichkeit. Presse-Inhaltsdelikte. In: LÖFFLER, Martin. *Presserecht*: Kommentar zu den deutschen Landespressegesetzen mit systematischen Darstellungen zum pressebezogenen Landesrecht, Anzeigenrecht, Werbe- und Wettbewerbsrecht, Urheber- und Verlagsrecht, Arbeitsrecht, Titelschutz, Mediendatenschutz, Jugendmedienschutz und Steuerrecht. 6. Auflage. München: C.H. Beck, 2015. p. 991-1036.

- NOLTENIUS, Bettina. § 184i. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- NOLTENIUS, Bettina. § 184j. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- RENNIKOWSKI, Joachim. § 177. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, v. III, 2017.
- RENNIKOWSKI, Joachim. § 184i. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, v. III, 2017.
- RENNIKOWSKI, Joachim. § 184j. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, v. III, 2017.
- RÖNNAU, Thomas. Grundwissen – Strafrecht: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit. *Juristische Schulung*, [s.l.], n. 8, p. 697-699, 2011.
- ROGALL, Klaus. § 130. In: MITSCH, Wolfgang (org.). *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, v. II, 2003. (= *Derecho penal*. Parte general. Especiales formas de aparición del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, t. II, 2014.)
- SATZGER, Helmut. Die eigenhändigen Delikte. *Juristische Ausbildung*, [s.l.], v. 33, n. 2, p. 103-110, 2011. DOI: 10.1515/jura.2011.024.
- SCHRAMM, Edward. Über die Beleidigung von behinderten Menschen. In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1998. p. 539-564.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. § 224. In: SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- VALERIUS, Brian. § 184i. In: HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd v. (org.). *Beck'sche Online-Kommentare*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.
- VALERIUS, Brian. § 184j. In: HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd v. (org.). *Beck'sche Online-Kommentare*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau. 49. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2019. (Há tradução para o espanhol da 46. ed.: *Derecho penal*: parte general. El delito y su estructura. Tradução: Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacifico, 2018.)

WOHLERS, Wolfgang. Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bern, v. 118, p. 95-111, 1998.

WOLTERS, Gereon; NOLTENIUS, Bettina. § 177. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Wolfgang Mitsch | E-mail: wmitsch@uni-potsdam.de

Doutor em Direito (Uni-Würzburg/Alemanha). Professor catedrático (Uni-Postdam/Alemanha).

Recebimento: 19.12.2022

Aprovação: 03.08.2023