

O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

SEXUAL HARASSMENT IN WORK RELATIONS

Nestor Alcebíades Mendes Ximenes*

Romulo Rhemo Palitot Braga**

Recebimento em 04 de setembro de 2017.

Aprovação em 29 de novembro de 2017.

Resumo: O presente artigo analisa as hipóteses de incidência da norma penal nas condutas tipificadas como assédio sexual. Sua estreita relação com o Direito do Trabalho traz consequências também nas esferas cível e administrativa aos agentes que praticam tais condutas. O Direito Penal complementa o ordenamento jurídico para proteger não só a liberdade individual e sexual, bem como garantir a todo trabalhador um ambiente de trabalho livre e saudável, como garantia fundamental da pessoa, independente do emprego, cargo ou função que ocupe no ambiente público ou privado.

Palavras-chave: Assédio sexual. Relação de emprego. Relação de trabalho. Criminalização.

Abstract: The present article analyzes the hypotheses of incidence of the criminal norm in the behaviors typified as sexual harassment. Their close relationship with Labor Law also has consequences in the civil and administrative spheres for the agents who practice such conduct. Criminal Law complements the legal system to protect not only individual and sexual freedom, but also to ensure a free and healthy working environment, as a fundamental guarantee, regardless of the job, position or function that occupies in public or private environment.

Keywords: Sexual harassment. Employment relationship. Work relationship. Criminalization.

Resumen: En este artículo se analizan las hipótesis de incidencia de la norma penal teleó comportamientos como el acoso sexual. Su estrecha relación con la Ley del Trabajo también traen consecuencias en los agentes de las esferas civiles y administrativas que practican este tipo de comportamiento. El Derecho Penal complementa el sistema legal para proteger no sólo el individuo y la libertad sexual, así como para asegurar a todos los trabajadores un ambiente de trabajo saludable y libre como una garantía fundamental de la persona, independientemente de su empleo, cargo o posición que ocupa en el público o el medio ambiente privado.

Palabras clave: El acoso sexual. Relación de trabajo. Relación de trabajo. Criminalización.

* Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Federal do Piauí - UFPI. Advogado. Email: nestorximenes@ufpi.edu.br

** Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportivo – STJD. Advogado.

INTRODUÇÃO

O assédio sexual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela lei nº 10.224, de 15.05.2001 que introduziu o art. 216-A ao Código Penal. Assim, há mais de 16 anos o crime de assédio sexual encontra previsão no ordenamento pátrio. No entanto, verifica-se uma pequena quantidade de processos criminais dessa natureza. Então, quais os fatores desencadearam a necessidade de criminalizar tal comportamento no âmbito penal? Quais as dificuldades encontradas pelas vítimas em representar contra os autores desses delitos? Quais comportamentos humanos são identificados como assédio sexual?

Trata-se de tipo penal previsto no art. 216-A do Código Penal, cuja conduta é: “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. A pena prevista para o crime em comento é de detenção de 01 a 02 anos, mas pode ser aumentada em até um terço se a vítima for menor de 18 anos. Referida causa de aumento, prevista no §2º, foi acrescida pela lei nº 12.015/2009, que alterou significativamente os crimes contra a dignidade sexual.

O motivo inicial da criminalização da referida conduta é proteger a liberdade nas relações de trabalho e, via reflexa, mas não menos importante, a liberdade e a dignidade sexual, como bem jurídico penalmente tutelado. De início, verifica-se que o crime se encontra elencado no Código Penal dentre as infrações contra a dignidade sexual (Título VI) e não nos crimes contra a organização do trabalho.

Mesmo com a frequência de casos relatados sobre assédio sexual no ambiente de trabalho, raríssimas são as condenações por essa infração penal. Vários autores defendem que as condutas dessa natureza, embora covardes e repugnantes, merecem rígida punição, mas não no âmbito do Direito Penal. Entretanto, o Direito do Trabalho, o Direito Civil e o Direito Administrativo trazem um leque de opções para punir o infrator do assédio sexual, sem a necessidade da intervenção do punitivismo penal, em razão do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal (*ultima ratio*).

1. O ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

No início dos anos 70 as feministas americanas da universidade de Cornell designaram sob o nome de “assédio sexual” as práticas discriminatórias advindas do quadro das relações de trabalho. A partir de 1975 este conceito disseminou-se nos países anglo-saxões.

O primeiro país a criminalizar o assédio sexual foi a Espanha, em 1995, denominando-o de “acoso sexual”, cominando apenas uma pena de limitação de fim de semana. Em 2003, com a reforma penal espanhola, o tipo passou a ter pena de prisão de três a seis meses ou multa. No entanto, não se verificou a diminuição de casos de assédio sexual naquele país, como era de se esperar.

O Código Penal Espanhol adotou a interpretação extensiva, ao contrário do Código Penal brasileiro, pois reconheceu para o “acoso sexual”, as hipóteses de superioridade laboral, docente ou hierárquica.

O art. 184 do Código Penal Espanhol estabelece:

1.El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva e gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2.Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3.Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

Nos ordenamentos jurídicos que tipificam o crime independentemente da relação de subordinação entre as partes, o assédio denomina-se ambiental (CUNHA, 2015, p. 445)

A França só veio a criminalizar tal conduta a partir da lei nº 98-468, de 1998 (Bitencourt: 2010. p. 73). A lei francesa diz em seu Art. 222-33:

Le fait de hâceler autrui (L.n. 98-468 du 17 juin 1998) “en donnant des ordres, profèrent des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves” dans le but d’obtenir des faveurs de nature sexuelle, par

une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un na d'emprisonnement et de 100.000 F d' amende¹.

Nos últimos anos o problema do assédio tem sido reconhecido pela grande maioria dos países, fato que foi traduzido na elaboração e adoção de textos legislativos na Bélgica, França, Alemanha, Itália, Irlanda, Países Baixos, Áustria e Espanha, bem como por convenções coletivas em certos setores da Espanha, Reino Unido, Países Baixos e Dinamarca.

A Alemanha e a Áustria possuem uma aceção ampla do que vem a ser assédio sexual, incluindo todas as alusões sexistas, enquanto que outros países como a França possuem uma visão mais restritiva, exigindo a superioridade hierárquica como elemento caracterizador essencial.

No Japão, o assédio é conceituado como “qualquer ato ou palavra que possa ferir a intimidade e dignidade da pessoa, prejudicando o ambiente de trabalho”, podendo ser caracterizado de duas formas: pela compensação, quando o chefe ou algum superior se aproveita de seu cargo para promover alguém em troca de favores sexuais e, o que se denomina assédio ambiental, quando não há prejuízo econômico, mas que com sua repetição, atrapalha o trabalho.

A definição de assédio sexual para a Organização Internacional do Trabalho (OIT) pode ser compreendida como: atos, insinuações, contatos físicos forçados, convites impertinentes, desde que apresentem uma dessas características: a) ser uma condição clara para manter o emprego; b) influir nas promoções de carreira do assediado; c) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima (CNJ, 2016).

Nos Estados Unidos, onde uma pesquisa da Langer Research Associates mostrou que 24% das profissionais já tinham sofrido assédio sexual, possuem as leis mais rígidas em relação a essa prática. França e Nova Zelândia tratam do assédio sexual em suas legislações trabalhistas. Assim como no Brasil, Espanha, Itália e Portugal abordam o tema no Código Penal.

Comparada às demais legislações alienígenas, a lei brasileira parece muito tímida, tendo em vista que taxativamente prevê o crime de assédio sexual apenas nas relações de trabalho, mais especificamente nas relações de emprego, abrangendo o setor público e o privado. Há uma visão restritiva, exigindo que a conduta seja realizada

¹ Assediar (n ° 98-468, de 17 de Junho de 1998) ", dando ordens, fazendo ameaças, a imposição de restrições ou carregando uma forte pressão", a fim de obter favores de natureza sexual, por uma pessoa abusando a autoridade conferida por suas funções, é punido com pena de prisão e 100.000 F em multas.

quando o agente constringe alguém prevalecendo-se de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

2. O ASSÉDIO SEXUAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Necessária, a princípio, a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, para facilitar a compreensão do âmbito de incidência da lei penal, em obediência ao princípio da estrita legalidade, que prepondera no Direito Penal. Nesse sentido, válida a lição de Maurício Godinho Delgado, com propriedade, distingue a relação de trabalho da de emprego, como se verifica:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. [...]

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. (DELGADO, 2007, p. 285).

Infere-se que a relação de trabalho, mais genérica, abrange todos os vínculos jurídicos caracterizados por objetivarem um labor humano. Já a relação de emprego é um tipo de jurídico específico dentre aqueles abrangidos pela relação de trabalho. Em síntese, a primeira é o gênero do qual a segunda é a espécie.

É preciso proteger o trabalhador e sua liberdade sexual, entretanto, é preciso punir o infrator somente com sérias e fundadas provas da prática de assédio sexual, a fim de evitar as frequentes vitimizações espúrias, com o escopo de alcançar alguma vantagem, patrimonial ou não, visando apenas prejudicar um desafeto. Em que pese a dificuldade de reunir provas que possam incriminar o superior hierárquico, pois essas infrações são cometidas em momentos íntimos, quando as partes estão a sós, sem a presença de testemunhas, não é possível condenar alguém com meras suspeitas.

Nesse sentido merecem destaque as palavras de Guilherme Nucci (NUCCI, 2010):

Se para a condenação de estupradores, por exemplo, já se encontra imensa dificuldade, por vezes sendo o juiz levado a acreditar, unicamente, na palavra da vítima, o que dizer do assédio sexual? Poderia alguém, demitido injustamente, vingar-se do seu superior, denunciando-o à autoridade pela prática de assédio sexual, possibilitando o indiciamento a até o processo-crime, fundado na palavra da parte ofendida. Ainda que haja absolvição por insuficiência de provas, lastreada a decisão no princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), o prejuízo é evidente e o constrangimento gerado, também.

O núcleo do tipo é “constranger”, resultando em uma modalidade específica de constrangimento ilegal, sem violência ou grave ameaça à pessoa, senão incorreria o agente em crime de estupro. Portanto, a conduta consiste em molestar, perturbar, intimidar a pessoa, afetando sua intimidade e seu bem-estar, com o propósito de alcançar vantagem ou favorecimento sexual. Assim, a norma exige um elemento subjetivo específico.

Cezar Bitencourt assevera que: “Assediar sexualmente, ou melhor, constranger, implica importunação séria, grave, ofensiva, chantagista ou ameaçadora a alguém subordinado (...) simples gracejo ou paqueras não tem idoneidade para caracterizar a ação de constranger” (BITENCOURT, 2010, p. 76).

O agente deve utilizar-se de sua ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, constrangendo o subalterno a realizar seus desejos sexuais, desde que decorrentes dos poderes que lhe são conferidos pela relação de trabalho. Essas condutas geralmente são acompanhadas de ameaças ao impedimento de uma promoção, ou simplesmente resultar em remoção desnecessária e infundada, caso o desejo sexual do agente não seja atendido na forma proposta, o que poderá até acarretar uma demissão do empregado ou colaborador.

Emprego é a relação trabalhista estabelecida na esfera civil particular entre aquele que emprega, pagando remuneração pelo serviço prestado, e o empregado, aquele que presta serviços de natureza não eventual, mediante salário e sob ordem do primeiro. Cargo, para fins do delito em estudo, é o público correspondente ao posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios. Função, para fins do delito em estudo, é a pública consistente no conjunto de atribuições inerentes ao serviço público, mas não correspondentes a um determinado cargo ou emprego (NUCCI, 2010, p. 962).

Não se pretende punir simples gracejos ou flertes, que são naturais das relações humanas, principalmente nos dias atuais, onde as pessoas passam a maior parte do tempo no ambiente de trabalho, o que proporciona naturalmente uma maior

aproximação entre elas. O que se protege é a intimidação séria, insistente, acompanhada de ameaças ao bom desempenho das relações de trabalho.

Válido destacar que o assédio sexual é praticado a partir de uma relação de subordinação, decorrente do exercício de emprego, cargo ou função entre o superior e o empregado ou funcionário, haja vista que o crime pode ocorrer no âmbito da Administração Pública ou nas relações de direito privado.

Para Rogério Greco, a expressão *superior hierárquico* indica uma relação de Direito Público, vale dizer, de Direito Administrativo, não se incluindo nela as relações de Direito Privado (GRECO; 2011. p. 518). No entanto, a lei utiliza a expressão ascendência, inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. No primeiro, obviamente, se aplica às relações regidas pelo Direito do Trabalho, ou seja, decorrente da relação de emprego, havendo prestação de serviço não eventual, mediante remuneração e sob subordinação.

Trata-se de crime próprio ou especial, já que somente pode ser praticado por quem se encontre na posição de superior hierárquico ou ascendência em relação à vítima. Assim, não podemos falar em assédio sexual quando o sujeito ativo estiver no mesmo plano hierárquico ou em posição inferior em relação ao sujeito passivo. Júlio Fabbrini Mirabete leciona que o crime é bipróprio, ou seja, exige uma situação especial tanto do sujeito ativo como do sujeito passivo (MIRABETE, 2013. p. 421).

Não importa o sexo ou a opção sexual dos envolvidos, podendo abranger as relações heterossexuais ou homossexuais. O tipo admite a participação de terceiros no ato, aos quais se comunicará a elementar de cunho pessoal referente à condição de sujeito ativo (art. 30, CP).

Analisando a possibilidade da conduta ser praticada comissiva ou omissivamente, via omissão imprópria, ou seja, na qualidade de garantidor para evitar a prática do delito (art. 13, §2º, CP), quando o empregador dolosamente se omite. Portanto, válido citar o magistério de Valdir Sznick (2002. p. 47), que assim preleciona:

Quando o agente ativo é empregado, independentemente de sua função ou cargo, o assédio no trabalho passa à responsabilidade do empregador. Nesse caso, é responsável tanto o assediador com o empregador; este só se livrará da responsabilidade caso prove que o ambiente de trabalho na empresa não pactua com atitudes como assédio sexual e que a empresa adotou as providências cabíveis para coibir tal procedimento.

2.1 RELAÇÃO ENTRE PROFESSOR(A) E ALUNO(A)

Uma divergência doutrinária e jurisprudencial surgiu no que tange à relação professor e aluno. Há divergência quanto à existência de uma relação de superioridade hierárquica entre professor e aluno, mas longe de caracterizar uma relação empregatícia ou funcional exigida pelo tipo, para configurar a hipótese da prática do crime de assédio sexual entre essas pessoas, pois não se verifica uma relação derivada do exercício de emprego, cargo ou função no que tange aos discentes, que não são funcionários do estabelecimento de ensino, público ou privado (MASSON; 2016. p. 48). Assim, não haveria como o aluno ser prejudicado em sua relação de trabalho, eis que essa é inexistente.

Corroborando esse entendimento Rogério Greco (2011. p. 525) assinala que:

Da mesma forma, não se considera como subsumível ao comportamento tipificado no art. 216-A do Código Penal a conduta do(a) professor(a) que assedia seu(sua) aluno(a), fazendo-lhe propostas sexuais, sob o argumento de que poderá, por exemplo, prejudicá-la(lo) em suas notas.

O fato, da mesma forma que no caso anterior dos líderes espirituais, poderá se amoldar a outra figura típica, a exemplo do constrangimento ilegal, estupro etc., pois não existe entre eles a relação exigida pelo delito de assédio sexual.

Havendo o emprego de violência ou grave ameaça por parte do professor, que constrange o(a) aluno(a) à prática de ato libidinoso, poderá o docente incorrer na hipótese bem mais grave, que é o crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal.

Guilherme Nucci (2010. p. 924) adota o mesmo posicionamento, assinalando que:

Não configura delito. O tipo penal foi bem claro ao estabelecer que o constrangimento necessita envolver superioridade hierárquica ou ascendência *inerentes* ao exercício de emprego, cargo ou função. Ora, o aluno não exerce emprego, cargo ou função na escola que frequenta, de modo que na relação entre professor e aluno, embora possa ser considerada de ascendência do primeiro no tocante ao segundo, não se trata de vínculo de trabalho.

Busato (2014, p. 820), do mesmo modo, defende que: “não configura o tipo de assédio, o constrangimento exercido pelo professor contra a aluna, já que aqui não há relação de trabalho”.

Em sentido contrário, André Estefam defende que, se o professor condiciona a aprovação do aluno no curso ou a boa avaliação à prática de contatos sexuais, é possível a subsunção do ato à figura típica, haja vista que o professor, em razão do emprego, cargo ou função que ocupa, detém ascendência sobre o corpo discente (ESTEFAM; 2011. p. 163).

Em análise à escassa jurisprudência sobre o tema, verificou-se que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a hipótese de assédio entre professor e aluno, mantendo a condenação de um professor da Universidade Federal de Roraima por crime de assédio sexual em relação a várias alunas, cujo aresto tem a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÕES FINAIS. DILIGÊNCIAS. REABERTURA DE PRAZO. ASSÉDIO SEXUAL. 1. A reabertura de prazo para apresentação de alegações finais, após cumprimento de diligência, não as tornam extemporâneas ou eivadas de nulidade, posto que não evidenciado qualquer prejuízo ao direito de defesa dos acusados. 2. **Suficientemente demonstrados nos autos o cometimento do crime previsto no artigo 216-A, do Código Penal, posto que o réu, valendo da relação de ascendência inerente ao exercício do cargo de professor da Universidade Federal de Roraima, constrangeu alunas propondo-lhes tratamento diferenciado, com a intenção de obter favorecimento sexual.** 3. Recurso de apelação improvido. (TRF-1ª Região - ACR: 1458 RR 0001458-58.2004.4.01.4200, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 28/02/2011, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.429 de 04/03/2011). (grifo nosso)

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) que decretou a perda do cargo de um professor da rede pública de ensino por ato de improbidade. Ele foi acusado de assediar sexualmente diversas de suas alunas, em troca de boas notas na disciplina de matemática. Assim, segundo o STJ, o professor teria violado o disposto no art. 11 da lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Nesse caso, houve apenas reconhecimento de ato de improbidade administrativa, que estabelece sanções de natureza política e administrativa.

Não parece que o texto legal tenha optado por reconhecer em tal relação a hipótese de subsunção ao tipo penal, tendo em vista que o texto original do parágrafo único do art. 216-A do CP, com redação dada pela lei nº 10.224/2001, foi vetado. A redação do parágrafo único vetado tinha o seguinte teor:

Incorra na mesma pena quem cometer o crime:
I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; I
I – com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério.

O então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em consulta ao Ministério da Justiça, que opinou pelo veto do parágrafo único do art. 216-A do Código Penal, enviou a Mensagem de veto nº 424/2001 ao Presidente do Senado Federal, justificando que o art. 226 do CP já previa situações idênticas, que importam em causa de aumento de pena para todos os crimes contra a dignidade sexual inseridos entre o art.

213 e o art. 218-B, CP. Assim, as demais situações de superioridade fora do ambiente do trabalho, foram extirpadas do tipo penal, adotando o sistema restritivo. Não se sabe se foi intencional ou equivocada interpretação a respeito da não incidência do tipo nas relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade.

Entretanto, ao igualar as penas ao caso de assédio sexual, o projeto de lei favorecia o réu, pois retirava o agravamento das penas na hipótese concreta. Por essa razão foi vetado (BUSATO, 2014, p. 819).

Depreende-se a partir da doutrina majoritária, que a *mens legis* restringe a aplicação do mencionado preceptivo, apenas às relações decorrentes de emprego, cargo ou função. Circunstâncias outras estão fora da abrangência da norma penal, consoante determina o princípio da legalidade estrita, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, combinado com o art. 1º do Código Penal e art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992).

Com maestria Cezar Bitencourt (2010; p. 82) leciona que a norma não alcança a relação docente-discente. *In verbis*:

Nessa linha, acreditamos que tampouco o eventual assédio sexual entre professores e alunos encontra-se recepcionado no art. 216-A, na medida em que a relação docente-discente não implica relação de superioridade ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, nem mesmo em se tratando de instituições de ensino público. Com efeito, ainda que o professor de instituição pública exerça cargo ou função, sua relação com o aluno é inerente à docência, não prevista no limitado tipo penal em exame. Nesse particular, a previsão do art. 184 do Código Penal Espanhol não sofreria essa restrição, pois contém expressamente em seu texto legal que o abuso deve ocorrer em uma “situação de superioridade laboral, docente ou hierárquica”. Por essas razões, equivocam-se aqueles que admitem que eventual assédio sexual entre alunos e professores esteja recepcionado pelo art. 216-A do CP. Pensar diferente seria dar interpretação extensiva à norma penal incriminadora, inadmissível na seara penal, por violar a função taxativa da tipicidade penal. Contudo, o(a) professor(a) também pode ser sujeito do crime de assédio sexual, ativo, no caso de praticá-lo contra sua(seu) secretária(o) ou assessor(a), ou passivo, quando sofrê-lo por parte de seu superior ou empregador.

2.2 RELAÇÃO ENTRE LÍDER ESPIRITUAL E FIEL

Não se aplica a redação do tipo à relação entre líderes religiosos (padres, bispos, pastores etc) e seus seguidores, ainda que se manifeste a subserviência em decorrência da fé. Obviamente não há qualquer relação de emprego, cargo ou função. Caso haja constrangimento de líder religioso em relação ao fiel, com o intuito de obter vantagem de natureza sexual, não há que se falar em assédio sexual. Na hipótese da conduta ser

realizada mediante violência ou grave ameaça, poderia subsumir-se ao delito de estupro (art. 213, CP). Nesse sentido, Cleber Masson (2016, p. 48):

Os líderes religiosos gozam do respeito e até mesmo da subserviência irrestrita dos seus seguidores, proporcionados sobretudo pela fé. Conseqüentemente, o constrangimento do líder religioso dirigido a um fiel, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, não acarreta o crime tipificado no art. 216-A do Código Penal, sem prejuízo do delito de estupro, a ser avaliado na situação fática, desde que o meio de execução consiste em violência ou grave ameaça.

Com o mesmo entendimento, dentre outros, JESUS (2010, p. 55).

2.3 A PROSTITUTA COMO VÍTIMA DE ASSÉDIO SEXUAL

A prostituta pode ser vítima do crime de assédio sexual, mas não em relação à sua atividade sexual. Na hipótese de uma mulher, funcionária de uma empresa, que paralelamente realiza programas sexuais remunerados. Pode ela ser chantageada a submeter-se às propostas sexuais do seu superior hierárquico, caso ele tenha descoberto a atividade paralela da funcionária, ameaçando contar seu segredo ao presidente da empresa. Assim, estaria caracterizado o assédio sexual.

2.4 A EMPREGADA DOMÉSTICA E O ASSÉDIO SEXUAL

No que tange às empregadas domésticas (ou empregados domésticos), Greco (2011; p. 525) leciona que, havendo uma relação de emprego, poderá ocorrer o delito de assédio sexual, ainda que a relação não seja diária. Assim, na opinião do citado autor, as diaristas podem ser assediadas sexualmente, uma vez que existe entre o tomador e o prestador do serviço uma relação de trabalho, na qual há ascendência funcional. Caso a diarista não concorde com os propósitos libidinosos do “patrão”, deixará de trabalhar naquele local.

César Bitencourt (2010; p. 82) igualmente leciona que: “a própria diarista também pode ser vítima desse crime, uma vez que, ainda que passageiramente, encontra-se inferiorizada na relação laboral”

Em sentido contrário, Damásio de Jesus (2010; p. 54) defende que “a diarista não pode ser sujeito passivo do crime em comento, uma vez que não realiza atividade inerente a emprego”.

Em geral, a jurisprudência dos Tribunais superiores considera que a diarista não possui emprego, na acepção do termo². A doutrina especializada entende que a relação de eventualidade se contrapõe à continuidade e não à questão propriamente de tempo para definir a relação de emprego. Propõe-se, então, uma análise tópica, para reconhecer a relação de emprego da diarista que comparece em dia e horário preciso da semana, com continuidade, para realização de tarefas predeterminadas, em contraposição àquela pessoa que é chamada simplesmente de modo eventual e irregular para a realização de tarefa específica a ser definida naquele momento. No primeiro caso, existiria emprego, no segundo, não (APÓSTOLO *apud* BUSATO, 2014, p. 821).

Pelos motivos delineados no veto, acredita-se que o tipo só pode ocorrer na relação de emprego, protegendo o(a) empregado(a) doméstico(a), mas nunca na relação de trabalho. Não se pretende diminuir a importância da relação de trabalho eventual, mas para o Direito Penal a interpretação não pode ser extensiva, haja vista que o vetado parágrafo único previa sanção àquele que, prevalecendo-se das relações domésticas, bem como do abuso ou violação de dever inerente ao ofício ou ministério. Diante da ausência de tipicidade estrita, entende-se que o tipo penal incriminador não contempla tal hipótese.

Assim, propõe-se a análise casuística para definição de tipo de relação laboral estaria sujeita a diarista, a fim de não excluí-la definitivamente da condição de potencial vítima do crime em apreço.

2.5 ASSEDIO SEXUAL E ASSÉDIO MORAL

O crime de assédio sexual não se confunde com o assédio moral. No assédio sexual o constrangimento é dirigido à obtenção de vantagem ou favorecimento sexual. No assédio moral a conduta consiste em humilhar, constranger moralmente a vítima, colocá-la em situação vexatória etc. O assédio moral não está tipificado no Direito Penal, mas esses casos são solucionados pelo Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Administrativo e até mesmo pelo Direito Penal como constrangimento ilegal ou ameaça (CP, arts. 146 e 147), conforme o caso (BITENCOURT, 2010, p. 88).

CONCLUSÕES

² TST, Recurso de Revista 776.500/2001.

O assédio sexual pode ocorrer em qualquer lugar, embora sua incidência mais frequente seja no próprio ambiente de trabalho. Caso as investidas ocorram em ambiente diverso do local de trabalho e sem qualquer relação com a atividade laboral, poderá surgir uma contravenção penal, definida como importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

Não havendo conotação sexual, a depender do tipo de constrangimento, poderá o agente incorrer na hipótese delitiva do *constrangimento ilegal*, com previsão no art. 146 do CP, desde que haja o emprego de violência, grave ameaça, ou que venha a reduzir a capacidade de resistência da vítima.

O delito é formal, consuma-se com o simples constrangimento da vítima, destinado à obtenção de favores sexuais. A efetiva realização da conduta esperada pelo agente configurará mero exaurimento, influenciando na dosagem da pena, quando da apreciação das circunstâncias judiciais genéricas previstas no art. 59 do Código Penal.

Admite-se a tentativa se a conduta do agente se der por meio escrito, hipótese em que poderá ser interceptada e não chegar ao conhecimento do destinatário.

O ato de disparar e-mail constrangedor já configura ato de execução, realização do plano do autor, porém, ao não chegar ao seu destinatário, não se promove o constrangimento, que constitui o resultado.

A lei nº 12.015, de 07.08.2009, acrescentou o §2º ao art. 216-A do Código Penal, prevendo uma causa especial de aumento de pena. Assim, o dispositivo prescreve que: “A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos”.

É sabido que a legislação trabalhista admite o trabalho do menor de 18 anos, com as limitações impostas pelo art. 7º, XXXIII, da Constituição da República. Portanto, para que seja aplicada a causa de aumento de pena acima mencionada, é necessário que o agente conheça a idade da vítima, caso contrário, poderá alegar erro de tipo (art. 20, CP).

Na exposição de motivos do projeto da lei nº 12.015/2009, no que tange ao ponto em que foi introduzido o §2º do art. 216-A, CP, verifica-se a referência ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990) pertinente a permissão do trabalho do adolescente, cujo constrangimento em situação de subordinação hierárquica no trabalho deveria implicar em específica situação de garantia, em razão de sua peculiar condição de risco e sua vulnerabilidade na defesa do assédio (BUSATO, 2014, p. 828).

A ação penal para o crime em comento é pública condicionada à representação da vítima, salvo quando a vítima for menor de 18 anos ou considerada vulnerável, hipótese em que será pública incondicionada, consoante preconiza o art. 225 do Código Penal.

A competência para o processo e julgamento do crime de assédio sexual será do Juizado Especial Criminal, admitindo medidas despenalizadoras, como a transação penal ou a suspensão condicional do processo, havendo incidência da majorante do §2º. Importante ressaltar que o processo corre em segredo de justiça, conforme dispõe o art. 234-B do Código Penal.

Segundo o site Uol Economia, não há levantamentos sobre quais profissões são mais afetadas, mas especialistas são unânimes em dizer que o ambiente mais propício ao assédio sexual é o da secretária. Diante da suspeita, o Sindicato das Secretárias do Estado de São Paulo realizou pesquisa na categoria e o resultado foi 25% responderam que já foram assediadas sexualmente pelos chefes.

Não raras vezes as investidas que ocasionam situação de assédio são objeto de ações de indenização por dano moral no âmbito da Justiça do Trabalho, independentemente de apuração na esfera criminal, haja vista a autonomia e independência das lides penal e trabalhista.

Ressalta-se, como adverte Bitencourt (2010, p. 74), o efeito deletério de confusão que boa parte da mídia passou a fazer entre casos de estupro, definindo-os como assédio sexual.

Importante salientar que, não configura o crime, a situação de constrangimento imposta, qualquer que seja a circunstância, a uma vítima que detenha o mesmo nível hierárquico no trabalho em face de quem pretende constrangê-la, salvo de remanescer alguma forma de ascendência (GRECO *apud* BUSATO, 2014, p. 820).

Entretanto, a ascendência não precisa estar precisamente referida a uma condição funcional de superioridade de cargo, mas pode traduzir-se em outra forma de influencia, derivada das relações de trabalho. Como no exemplo citado por Paulo Busato (2014, p. 822): “comenta-se o caso do empregado mais experiente, que, não obstante ocupe o mesmo nível hierárquico que sua colega, por ter mais tempo de casa, exerce ascendência capaz de determinar o assédio”.

Depreende-se que o legislador criou uma forma de antecipação de obstáculo de imputação, tendo em vista que não é necessária a ocorrência efetiva da relação sexual, bastando o constrangimento dirigido à proposta de conotação sexual.

Assim, conclui-se que a legislação brasileira, embora tímida no que tange a abrangência do tipo penal, deve prever mecanismos mais eficazes de fiscalização e amparo às vítimas de assédio sexual, principalmente em relação às mulheres, que são consideravelmente mais vitimadas por tais infrações penais, ficando à mercê da manutenção no emprego, diante da escassa oferta de vagas no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2013/03/08/52-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-no-trabalho-falta-de-provas-dificulta-condenacoes.htm>. Acesso em 05/05/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81706-cnj-servico-assedio-sexual-nao-e-cantada-e-tem-punicao>. Acesso em: 09/06/2017.
- BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**. Vol. 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas. 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial**. 7 ed. Salvador: Juspodium. 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTR. 2007.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal**. Vol.3. São Paulo: Saraiva. 2011.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial. volume III**. 8 ed. Niterói, RJ: Impetus. 2011.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Vol. 3. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- LIPPMAN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTr, 2005.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Vol. 3. 6 ed. São Paulo: Método. 2016.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal. Vol. 2**. 30 ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT. 2010.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio Sexual na relação de emprego**. São Paulo: Ltr, 2001.
- SZNICK, Valdir. **Assédio sexual e crimes sexuais violentos**. São Paulo: Ícone. 2002.