



Assédio praticado por padre ou pastor não é crime

Pela Lei 10.224, de 15 de maio de 2001, introduziu-se no Código Penal o art. 216-A, com a seguinte redação: “Assédio sexual – art. 216-A. 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.” (AC) – Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.” (AC).

A criminalização do assédio sexual é tema polêmico (cf. Tribuna do Direito de junho/01, p. 18). Dentre tantas outras razões que costumam ser invocadas para justificá-la eis algumas (cf. Silvia Pimentel e Valéria Pandjarian, FSP de 08.06.01, p. A3): “O assédio sexual, segundo o ‘Documento sobre Violência contra a Mulher’, do Departamento de Igualdade de Gênero da OIT (Organização Internacional do Trabalho), viola o direito das trabalhadoras à segurança no trabalho e à igualdade de oportunidades, pode criar condições prejudiciais ao seu bem-estar físico e psicológico e interfere no ambiente de trabalho ao criar uma atmosfera que fragiliza e desmoraliza a mulher trabalhadora.

Se ignorado, tem alto custo para as empresas em termos de diminuição de produtividade, de alto nível de faltas ao trabalho entre as mulheres afetadas, de reiteradas licenças médicas, de treinamento de novo pessoal e de ‘baixo astral’. Pode, ainda, afetar a imagem pública da empresa e diminuir os lucros devido à possibilidade de ações judiciais já que acarreta custos legais.

Em recente pesquisa da Força Sindical, ‘Pergunte a uma Trabalhadora’, as mulheres elegeram suas maiores prioridades: a) salários mais altos; b) respeito no local de trabalho (não ao assédio sexual, não à violência) e c) creche para as crianças, antes e depois do colégio”.

Vigência

Consoante o disposto no art. 2º, a lei entrou em vigor na data de sua publicação, que se deu em 16 de maio de 2001. A partir dessa data passou o assédio sexual a crime (autônomo) no Brasil.

Direito intertemporal

Toda lei penal nova não possui eficácia retroativa. Logo, só vale para fatos ocorridos de 16 de maio de 2001 para frente. Não pode esse diploma legal alcançar (retroativamente) fatos ocorridos antes dessa data. Os fatos precedentes devem continuar regidos pelo direito precedente (constrangimento ilegal, importunação ofensiva do pudor, perturbação da tranqüilidade etc.).

Conceito e características

Sucintamente, assédio sexual, de acordo com o texto legal que entrou em vigor, nada mais é que um constrangimento (ilegal) praticado em determinadas circunstâncias laborais e subordinado a uma finalidade especial (sexual).



Assédio sexual e assédio moral

São coisas distintas. França foi o primeiro país na Europa a prever o delito de assédio sexual e agora também é o pioneiro na incriminação do assédio moral (cf. OESP de 26.05.01, p. A17). A diferença fundamental entre os dois delitos não está tanto no meio de execução (constrangimento), senão sobretudo na finalidade especial do agente: no assédio moral o que se pretende é o “enquadramento” do empregado, a eliminação da sua autodeterminação no trabalho ou a degradação das suas condições pessoais no trabalho, que traz conseqüências drásticas para a integridade física e psíquica do trabalhador. Em suma, sua transformação em um robô.

O comportamento do industrial Maxime Bonnet (consoante o OESP de 26.05.01, p. A17), que não permitia que suas operárias sorrissem ou levantassem a cabeça de suas máquinas de costura durante o trabalho, é citado como exemplo típico de assédio moral. Sintomas desse assédio na vítima: perda da vontade de sorrir, depressão, perda da auto-confiança, isolamento etc., chegando-se às vezes ao suicídio.

A questão do “merecimento” e da “necessidade” da “norma de conduta” (da criminalização) do assédio sexual no Brasil.

Muito se discute sobre a pertinência da criminalização do assédio sexual. Em torno do tema há um longo debate. Não se discute que os bens jurídicos envolvidos (liberdade sexual, honra e liberdade e não discriminação no trabalho) são relevantes. São bens jurídicos “merecedores” de tutela. O que se questiona é se é “necessária” a tutela “penal”, ainda mais quando se considera que no Brasil já temos: constrangimento ilegal (CP, art. 146), ameaça (CP, art. 147), importunação ofensiva ao pudor (LCP, art. 61), perturbação da tranqüilidade (LCP, art. 65), injúria (CP, art. 140), atentado violento ao pudor (CP, art. 214), ato obsceno (CP, art. 233), sedução (CP, art. 217), tentativa de estupro (CP, arts. 213 c.c. art. 14, II) etc. De outro lado, contamos ainda com leis civis (indenização) e trabalhistas que incidem sobre o assunto.

Em princípio, a sensação que se tem é a de que a criminalização seria desnecessária. Seria a Lei 10.224/01, nesse sentido, “puramente” simbólica.

Apesar das controvérsias, tendo em conta os bens jurídicos tutelados, não se pode negar que a norma de conduta do assédio sexual (que tem como destinatário o potencial delinqüente e era chamada antigamente de norma primária) conta com múltiplas virtudes: (a) tutela específica desses bens jurídicos; (b) a criminalização tem a função de motivar concretamente as pessoas rumo à obediência da norma; (c) tem ainda o valor de definir o âmbito do injusto; (d) pode agora desencadear uma série de providências dentro das empresas no sentido de prevenir o delito; (e) dissipou todas as dúvidas de enquadramento típico que havia.(1)

Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e “norma de sanção”

O legislador acertou na decisão de elaborar a norma de conduta desde a perspectiva penal mas violou



flagrantemente o princípio da subsidiariedade do Direito Penal na construção da norma de sanção (que tem como destinatário o juiz). A pena jamais poderia ser de prisão. E se fosse adequada essa pena, jamais poderia ser superior a um ano (para permitir as soluções consensuadas dos juizados especiais criminais).

O único “uso alternativo do direito” possível, no caso, diante da impossibilidade das soluções consensuadas da Lei dos Juizados (Lei 9.099/95), é a concessão da suspensão condicional do processo, que, para ser justa, somente poderá ter como condições tudo que se reconduz ao consenso (indenização, por exemplo). As demais condições legais da suspensão condicional do processo, em geral, apresentar-se-ão desproporcionais. Devem ser evitadas (como regra geral).

Bens jurídicos protegidos

Vários são os bens jurídicos tutelados pela norma de conduta: (a) liberdade sexual (ninguém é obrigado a se relacionar sexualmente com outra pessoa sem seu consentimento); (b) honra (sentimento da dignidade pessoal); (c) liberdade no exercício do trabalho; (d) autodeterminação no trabalho; (e) não discriminação no trabalho. A delimitação do bem jurídico, como se sabe, é fundamental para a boa compreensão do tipo penal (tipo de injusto).

Tipo objetivo: a conduta de constranger

Constranger significa compelir, coagir, obrigar, forçar, determinar, impor algo contra a vontade da vítima. Ou apenas causar um embaraço sério (incomodar). Não cuidou o legislador da indicação do meio de execução do crime: logo, é crime de execução livre.

Deveria ter sido mais explícito e não foi.⁽²⁾ Conseqüência: qualquer meio idôneo pode ser utilizado para o constrangimento: palavras, gestos, escritos etc. Mas é preciso bom senso para distinguir o constrangimento criminoso do simples flert, do gracejo, da “paquera”. Nem toda “abordagem” é assédio. O assédio implica uma importunação séria, ofensiva, insistente, embaraçosa, chantagiosa.

Em caso de contato físico, pode configurar crime distinto: atentado violento ao pudor, por exemplo. Como veremos, esse constrangimento, de outro lado, além de ter finalidade sexual, ainda requer determinadas condições: só é típico (para os fins do art. 216-A) se ocorrer dentro de uma relação de subordinação empregatícia.

O assédio tem que ter relação com o emprego ou cargo público. Havendo ameaça de mal grave e injusto, além do constrangimento, dá-se concurso material de crimes: 216-A mais 147 do CP (ofensa a bens jurídicos distintos).

Pela própria natureza do verbo (constranger) é praticamente impossível imaginar esse delito na forma omissiva (ainda que imprópria, que exigiria um especial dever jurídico de evitar o resultado).



Constrangimento existe mesmo que a vítima não pratique nenhuma conduta positiva. Aliás, pode ser que o favor sexual que se pretende seja em relação a uma terceira pessoa: o superior constrange o inferior para interferir num favorecimento sexual que deve ser prestado por um terceiro.

Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio (ou especial). Exige uma especial qualidade (condição) do sujeito ativo: “condição de superior hierárquico ou ascendência”. Um terceiro, sem essa condição, pode ser partícipe, nunca autor. Em outras palavras: o assédio sexual só pode ser praticado de cima para baixo nunca de baixo para cima. De outro lado, pode ser pessoa de qualquer sexo: masculino ou feminino. Também o homossexual (masculino ou feminino) pode ser sujeito ativo.

Sujeito passivo

Do mesmo modo, não é qualquer pessoa que pode ser sujeito passivo do delito: antes de tudo é preciso reunir a qualidade de inferior hierárquico ou sujeito a uma ascendência. Se a vítima não tem nenhum vínculo de subordinação, não há o delito. Como vimos, o assédio sexual só pode ser praticado de cima para baixo nunca de baixo para cima. Se a vítima ocupa posição igual ou superior ao agente, não há o delito do art. 216-A. Não importa o sexo da vítima (masculino ou feminino). Não interessa se a vítima é homossexual.

Concurso de crimes

Se além do constrangimento há ameaça, como vimos, temos dois crimes: 216-A mais 147 do CP. Hipótese de vários atos de constrangimento: um só crime (a reiteração do constrangimento não ofende várias vezes os bens jurídicos; apenas intensifica a ofensa; o juiz deve levar isso em consideração). Se o agente, além do constrangimento, no mesmo e único contexto fático, pratica algum ato sexual (toque voluptuoso, beijo concupiscente, coito etc.): o crime maior absorve o menor. Não sendo contexto fático único, isto é, se o sujeito assediou por um certo período e, depois, praticou algum ato sexual temos concurso material de crimes: 216-A mais o crime praticado (atentado ao pudor, por exemplo).

Tipo subjetivo

Cuida-se de crime doloso. Não existe assédio sexual por culpa (imprudência). Dolo significa ter consciência dos requisitos objetivos do tipo (de que constrange, de que há uma pessoa subordinada etc.). Para além do dolo, o tipo exige um requisito subjetivo especial: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual”. Não basta constranger. O que ilumina o assédio sexual é o requisito subjetivo transcendental mencionado. A lei nada diz, mas é possível que a satisfação sexual seja para si ou para outrem (um superior hierárquico pode constranger a secretária para obter proveito sexual para si ou para terceira pessoa: para o dono da empresa, por exemplo).

A lei fala em “vantagem ou favorecimento sexual”: logo, qualquer tipo de ato sexual é válido para a configuração do crime (qualquer ato que venha a satisfazer a libido ou a concupiscência do agente).(3) O



constrangimento, de qualquer modo, tem que ter uma finalidade voluptuosa. É preciso, de outro lado, que isso fique inequívoco. Um simples convite para um almoço dificilmente configurará o crime. Lógico que o que manda é o contexto, não o texto (leia-se: o convite em si). Dizer que o inferior está lindo (ou linda), você está bonito (bonita) etc. Nada disso, em princípio, constitui assédio sexual.

Dois extremos são preocupantes: (a) vítima exageradamente sensível, que interpreta qualquer expressão ou gesto ou palavra como ato fálico (esse tipo de comportamento só Freud explica); (b) algumas idiotices e imbecilidades típicas de alguns norte-americanos: não se pode tomar elevador sem a presença de testemunhas, não se pode pedir para o subordinado ficar no trabalho mais cinco minutos, não pode o professor mencionar qualquer ato sexual na sala de aula, não se pode olhar fixamente para a secretária etc.

Recorde-se que foi nos E.U.A. que o menino Pevette de seis anos de idade foi punido porque beijou a bochecha de sua amiguinha na escola. Vislumbrou-se nessa criança um “tarado sexual”. Quem melhor explica essa volúpia por punir atos sexuais alheios, que no fundo representam a repressão das próprias atitudes sexuais, é Freud.

Relação de superioridade hierárquica ou ascendência

O tipo penal exige essa relação de superioridade hierárquica ou de ascendência. Como vimos, é imprescindível essa qualidade no sujeito ativo. Só existe assédio sexual se praticado de cima para baixo nunca de baixo para cima. Sem relação de superioridade ou ascendência não há crime. A superioridade hierárquica pode dar-se nas relações laborais de direito privado ou de direito público. A ascendência, do mesmo modo. Na superioridade hierárquica há uma escala, há degraus da relação empregatícia (há uma carreira). Na ascendência não há degraus, não há carreira. Há só uma posição de domínio, de influência, de respeito e às vezes de temor. Remarque-se que a lei fala em “emprego, cargo ou função”. Emprego: relações privadas. Cargo ou função: relações públicas.

Duas outras exigências típicas: (a) o sujeito deve prevalecer-se de sua condição; (b) é preciso que a superioridade seja “inerente” ao exercício de emprego, cargo ou função. O constrangimento deve estar relacionado diretamente com o prevalecimento da posição superior ou ascendente. Se a proposta sexual feita pelo superior nada tem a ver com essa condição, não há o crime. Fora das respectivas funções, pode o superior num encontro casual fazer proposta sexual (uma “cantada”) para um inferior. Se não está prevalecendo-se da sua hierarquia, não há delito.

A superioridade e a ascendência devem ser “inerentes” ao exercício de emprego, cargo ou função. Não é qualquer ascendência que permite o tipo penal. A relação pai e filha, por exemplo, está fora da lei (porque não é empregatícia). A ascendência religiosa também está fora do tipo penal. Patrão (empregador) que assedia empregada doméstica comete o crime (porque aí há uma relação empregatícia). Recente decisão do TACRIM-SP (AC 1.216.785/0, relator Luis Soares de Mello, Rolo/flash 1360/126), num caso em que o “patrão molestou a empregada, com assédio e galanteios sexuais”, deu como certa a tipificação do fato no art. 65 da LCP (perturbação da tranquilidade). Esse é um caso típico de assédio sexual, segundo o novo tipo penal (art. 216-A).



Assédio contra uma diarista, que não é considerada empregada (segundo o Direito do Trabalho), não configura o delito. Não basta, como se vê, a relação doméstica. O determinante é a relação empregatícia. O assédio sexual, no Brasil, bem que poderia ser chamado de assédio sexual laboral: só existe nas relações laborais.

Se é assim, o professor (que conta com ascendência) só comete o delito de assédio sexual se essa ascendência docente for inerente a algum emprego, cargo ou função. Se se trata de um professor particular, que leciona como profissional autônomo, não há o crime.

O veto do parágrafo único do art. 216-A

Dizia o parágrafo único do art. 216-A: “Incorre na mesma pena quem cometer o crime: I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; II – com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério”.

As razões do veto: “No tocante ao parágrafo único projetado para o art. 216-A, cumpre observar que a norma que dele consta, ao sancionar com a mesma pena do caput o crime de assédio sexual cometido nas situações que descreve, implica inegável quebra do sistema punitivo adotado pelo Código Penal, e indevido benefício que se institui em favor do agente ativo daquele delito. É que o art. 226 do Código Penal institui, de forma expressa, causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A. Assim, no caso de o parágrafo único projetado vir a integrar o ordenamento jurídico, o assédio sexual praticado nas situações nele previstas não poderia receber o aumento de pena do art. 226, hipótese que evidentemente contraria o interesse público, em face da maior gravidade daquele delito, quando praticado por agente que se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

Crasso e indescritível equívoco na fundamentação do veto: salientou-se que se o parágrafo único permanecesse o agente seria beneficiado, porque aí não incidiria o art. 226. Assim procedendo, eliminou o delito de assédio para várias hipóteses. O legislador havia aprovado o assédio sexual (a) laboral (caput), (b) doméstico, (c) proveniente de coabitação (d) ou de hospitalidade, (e) de abuso inerente a ofício ou (f) de ministério. Em suma: o texto aprovado contemplava seis modalidades de assédio sexual. Com o veto do parágrafo único, tudo se reduziu a uma só (laboral).



Conclusão: assédio de uma diarista (doméstico): não é crime; assédio de uma enteada que vive no mesmo teto (coabitação): não é crime; assédio de uma sobrinha que o agente está recebendo por uns dias (hospitalidade): idem; assédio cometido por quem exerce um ofício (trabalhos com especial capacitação manual): idem; assédio praticado por padre ou pastor: idem. Em suma, benefício em favor do agente quem instituiu foi o veto. Todas essas condutas não encontram enquadramento típico no caput. Logo, são condutas atípicas (do ponto de vista do assédio sexual). Em outras palavras: nessas situações, não se aplica o art. 226 nem o art. 216-A. Exemplo típico de “profecia que se auto-realiza”. O veto fez a profecia da impunidade. Ele mesmo é o responsável pela impunidade.

Consumação e tentativa

Na terminologia e classificação clássicas (ultrapassadas) estaríamos diante de um crime formal (não se exige a consumação do resultado naturalístico). No princípio cheguei a imaginar que se tratasse de crime de mera conduta; na verdade não é; porque o tipo descreve o resultado: favorecimento sexual; apenas não o exige para a consumação do crime. Nessa perspectiva tradicional, formalista, o crime se consumaria com a simples conduta e não admitiria tentativa.

Segundo o Direito Penal da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) dá-se consumação quando os bens jurídicos são concretamente afetados (lesionados). Não basta a realização da conduta (constranger). É preciso que os bens jurídicos entrem no raio de ação da periculosidade (*ex ante*) da conduta. Não basta o simples desvalor da ação (segundo os finalistas). É imprescindível o desvalor do resultado (jurídico), que consiste na ofensa aos bens jurídicos. Se o agente praticar ato de constrangimento (exigência) e isso não abalar em absolutamente nada a vítima, se a vítima não se importunar, não há que se falar em crime. Nenhum bem jurídico resultou afetado. Nessa perspectiva material, é possível tentativa: se o agente realiza o ato do constrangimento, com capacidade ofensiva (*ex ante*) e a vítima não chega a tomar conhecimento disso há tentativa. Constrangimento por escrito (sério) que não chega ao conhecimento da vítima.

Norma de sanção

O delito de assédio sexual (laboral) é punido com detenção, de um a dois anos. Não se trata de infração de menor potencial ofensivo (pena máxima superior a um ano). Não é assunto da competência dos juizados especiais criminais, portanto. Mas cabe suspensão condicional do processo e aplicação de penas substitutivas (vide os comentários lançados no n. 7, supra).

Ação penal

Nos termos do art. 225 do CP, em regra a ação penal será privada. Mas se a vítima for miserável (225, I) a ação penal será pública condicionada.

Causas de aumento de pena

Apenas duas das três causas de aumento de pena do art. 226 do CP podem ter incidência: inc. I (concurso de pessoas) e inc. III (agente casado). O inc. II (se o agente é empregador ou tem autoridade



sobre a vítima) não pode ter incidência porque haveria *bis in idem*.

Aspectos probatórios

O ônus da prova é de quem faz a alegação (CPP, art. 156). Não existe inversão do ônus da prova. Se o inferior hierárquico alega que foi assediado a ele compete provar. Todos os meios de prova são admitidos, em princípio (regra de liberdade de provas). Autogravação ambiental ou telefônica: o STF vem admitindo como prova.

Notas de Rodapé

1- Nesse sentido cf. *Silva, Vera Lúcia da, in Informe (TFR 1ª Região) n. 101, junho/2001, p. 6-7.*

2- Cf. as críticas de Camara, Edson de Arruda, Assédio Sexual, direito positivo e necessidade de interpretar, em *Consulex* ano V, n. 106, de 15.06.01, p. 56-57.

3- “Depois da penetração vaginal, o beijo é a prática sexual preferida dos brasileiros. Citado por 88,4% dos homens e 81,0% das mulheres, o beijo deixa para trás variantes como abraço, sexo oral, masturbação e sexo anal (...) São dados de um estudo coordenado por Camita Abdo, do Projeto Sexualidade do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas... foram ouvidas 2.835 pessoas” (FOLHA DE S. PAULO de 24.06.01, p. C2).

Date Created

11/07/2001