O assédio sexual e a sua aplicabilidade

A lei que criou o crime de assédio sexual no Código Penal completou 20 anos em maio. Quando inovação, inspirada no Direito Penal norte-americano. Trazida ao Brasil por pressão dos movimentos sociais e feministas pátrios, com a ajuda da comunidade internacional, tivemos, então, a impressão de que as mulheres ficariam mais protegidas da hierarquia que constantemente colocava o homem em posição de comando e a mulher em condição de subalternidade, principalmente no local de trabalho.

O texto, até hoje em vigor, diz:

"Assédio Sexual. Artigo 216-A do Código Penal — 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 do emprego, cargo ou função.
Pena: detenção de 1(um) a 2 (dois) anos.
§2º. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 anos".

Observe-se que o *caput* do artigo 216-A foi acrescentado pela Lei nº 10.224, de 15/5/2001 e o §2º do mesmo artigo foi inserido pela Lei nº 12.015/2009, deixando-se uma lacuna estranha em relação ao §1º, que não existe. Aparentemente, trata-se de um lapso do legislador ou mesmo de um acidente na redação do dispositivo legal, que se encontra mal redigido e, por isso, tornou-se de difícil aplicação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ocorre que, ao sancionar a lei, a presidência da República à época vetou partes do texto anteriormente produzido pelo Congresso Nacional, deixando a nova figura penal de então com certas falhas difíceis de serem sanadas. Tal situação foi parcialmente minimizada com a criação posterior do tipo penal de importunação sexual, em 24/9/2018, que abrange parcialmente lacunas do assédio, e cujo texto é o seguinte:

"Artigo 215-A — Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
Pena: reclusão de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave".

Embora a intenção dos(as) legisladores(as) tenha sido a melhor, tanto no caso do assédio sexual quanto no caso da contravenção transformada em crime de *importunação* as imprecisões acabaram por prejudicar a aplicabilidade das mencionadas figuras penais, acima de tudo a do artigo 216-A do CP.

No caso do assédio sexual, a cominação penal se confunde, em certa medida, com a importunação sexual. Ainda assim, há outros artigos previstos entre os crimes contra a dignidade sexual que acabam se adequando melhor à realidade do dia a dia do que o artigo 215-A do Código Penal, que começa dizendo *"constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual…"*. É de se perguntar: constranger como? Quem "constrange" o faz para obter o quê? Constranger com o "intuito" de obter vantagem sexual seria o quê? Na Justiça do Trabalho essa figura penal acaba sendo mais utilizada do que na área criminal, mas a ideia inicial nunca foi essa. É certo que o intuito dos(as) legisladores(as) de 2001 foi criar um delito que impedisse os abusos ocorridos nos locais de trabalho, aproveitando-se o patrão de sua ascendência sobre as funcionárias. Porém, o mencionado crime, em sua redação, não exige que a conduta seja praticada no local de trabalho, diz apenas *"prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função"*. Essa redação da lei acaba dificultando a aplicação da mencionada figura penal. Dentista tem ascendência sobre a paciente? Médico tem ascendência sobre clientes, ou esposas e filhas de clientes? Professor tem ascendência sobre a aluna? Podemos entender que sim, claro, mas a jurisprudência é titubeante. Há caso de absolvição sumária pelo Tribunal de Justiça de São Paulo porque a acusação não logrou comprovar a superioridade hierárquica como sendo eventual "ascendência". O histórico do caso dizia *"que o funcionário teria esfregado seus genitais contra as nádegas da estagiária formalmente subordinada a outro departamento"*. Assim, não se logrou comprovar a "superioridade hierárquica" como "eventual ascendência" (TJ-SP. APR: 00115483201668260566. 9ª Câmara de Direito Criminal. Publicado em :02/12/2019). Ou seja, será preciso reescrever o crime de assédio sexual para que o dispositivo penal passe a proteger efetivamente as vítimas.

Resta observar ainda que, conforme explicado pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público do Estado de São Paulo, *"se a conduta for cometida nas ruas, nos meios de transporte ou outros contextos, o crime será importunação sexual ou estupro de vulnerável, se a vítima não puder oferecer resistência"*.

Por fim, resta observar que no Carnaval os abusos praticados por foliões, como apalpação, beijos e abraços não autorizados, não podem ser considerados "assédio sexual", mas, sim, *"atos libidinosos de importunação sexual"*.

Date Created
29/09/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.