

FACER FACULDADES
UNIDADE DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



**ASSÉDIO SEXUAL CONTRA A MULHER NA RELAÇÃO
TRABALHISTA**

Orientador: Rogério Gonçalves Lima

Orientanda: Érika Julyane Silva

RUBIATABA

2014

FACER FACULDADES
UNIDADE DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



ÉRIKA JULYANE SILVA

ASSÉDIO SEXUAL CONTRA A MULHER NA RELAÇÃO
TRABALHISTA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina de Monografia, do Curso de Direito da FACER – Unidade de Rubiataba, sob a orientação do Professor Rogério Gonçalves Lima, especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

5.0514710

Tombo nº	20484
Classif:	
Ex:	1
Origem	d
Data	25-05-15

RUBIATABA

2014

Primeiramente, ao Senhor Deus que é o meu refúgio e a minha fortaleza.

Aos meus avós, Maria Vieira e Sebastião Damásio pelo apoio incondicional e que vibram com as minhas alegrias como se fossem as suas próprias, para que saibam o quanto seu apoio e presença são importantes na minha vida.

A minha tia, Marilsa Vieira pelos dias em que adiou a resolução de seus dilemas para que eu desfrutasse dos benefícios do tempo até a chegada da reta final.

Ao Professor e Especialista Rogério Gonçalves Lima, a quem tive o privilégio de ter como orientador, mas que por mim já é considerado um verdadeiro educador, por seu exemplo de humildade, humanidade e devido à maestria na condução de suas aulas.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Érika Julyane Silva

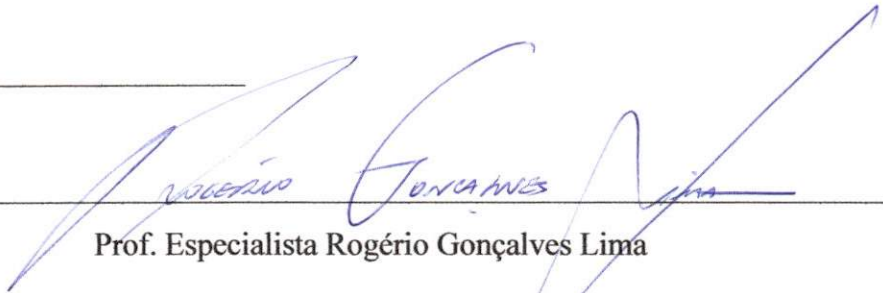
Assédio Sexual Contra a Mulher na Relação Trabalhista.

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM
DIREITO PELA FACER – FACULDADES - UNIDADE DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador: _____


Prof. Especialista Rogério Gonçalves Lima

1º Examinador (a): _____


Prof. Especialista Edilson da Silva

2º Examinador (a) _____

Prof. Especialista Wilson Luiz da Silva

RUBIATABA

2014

RESUMO

O tema abordado no presente trabalho é: “Assédio Sexual Contra a Mulher na Relação Trabalhista”. O Código Penal, no artigo 216-A, define o crime de assédio sexual como o ato de 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. O tema foi escolhido em razão de observar-se a necessidade de fazer um estudo, não só para identificar as causas desse atentado contra a mulher, mas apontar também, soluções das controvérsias relacionadas a prática do assédio sexual na relação de emprego no âmbito da Constituição Federal, Consolidação das Normas Trabalhistas e do Código Penal. No que tange o assédio sexual contra a mulher na relação trabalhista, e análise da aplicação jurídica quanto ao caso. A partir da noção de que a mulher é considerada o sexo frágil, a legislação trabalhista estatuiu normas para proteger o reconhecer o seu potencial, adotando assim, uma política de desigualdade. Metodologicamente, será feita uma prévia teorização do tema escolhido, o tipo de técnica a ser utilizada será a de pesquisa bibliográfica, ou seja, serão utilizados levantamento de dados contidos em livros, artigos publicados na internet, sites e outros trabalhos desenvolvidos sobre o tema existirá o crime quando a liberdade sexual é violada de forma abusiva. Se o indivíduo sofreu um único ato que configure assédio pode sim, tomar suas providências.

Palavras-Chave: Assédio Sexual, Constranger, Crime, Emprego.

ABSTRACT

The subject of this work is: "Sexual Harassment Against Women in the Labor Relationship". The Criminal Code, Article 216-A, defines the crime of sexual harassment as the act to constrain someone for the purpose of obtaining sexual advantage or favor, whichever is the agent of its top-ranking status or ancestry inherent to the use of exercise, position or function. The theme was chosen because of the need to observe to do a study, not only to identify the causes of this attack on the woman, but also point, solutions of disputes related to the practice of sexual harassment in the employment relationship under the Constitution Federal Consolidation of Labor Standards and the Criminal Code. Regarding sexual harassment against women in labor relations, and analysis of the legal application on the case. From the notion that the woman is considered the weaker sex, labor legislation laid down detailed rules to protect recognize their potential, thus adopting a policy of inequality. Methodologically prior theorizing theme will be chosen, the type of technique to be used will be the literature, that is, will be used survey data contained in books, articles published on the Internet, websites and other work done on the topic exist crime when sexual freedom is violated abusively. If the individual suffered a single act which harassment can indeed take their providences.

Keyword: Sexual Harassment, Embarrass, Crime, Employment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art – Artigo

CP – Código Penal

Pg – Página

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. O CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL.....	13
2.1 Breve Contexto Histórico dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.....	13
2.2 Conceito	14
2.3 Elementos Caracterizadores do Crime.....	15
2.4 A Questão do Veto Presidencial ao Parágrafo Único do Art. 216 - A do Código Penal	17
2.5 Pluralidade de Bens Jurídicos	17
3. DA PROVA.....	22
3.1 Do Ônus da Prova	22
3.2 Princípio da Necessidade da Prova	23
3.3 Princípio da Unidade da Prova	24
3.4 Princípio da Proibição de Prova Obtida por Meio Ilícito	24
3.5 Princípio do Livre Convencimento do Juiz e da Persuasão Racional.....	26
3.6 Princípio da Obrigatoriedade	26
3.7 Princípio da Imediação	27
3.8 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	27
3.9 Princípio da Aquisição Processual.....	28
3.9 Da inversão do ônus da prova	29
3.10 Dos meios de prova.....	30
3.11 Da prova testemunhal.....	31
4. DO PROCEDIMENTO PENAL NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL.....	32
4.1 Da Fase Investigatória	32
4.2 Ação Penal do Crime de Assédio Sexual.....	37
4.3 Direitos do Acusado.....	39
4.4 Juizados Especiais Criminais e a Lei nº 9.099/95.....	40
5. CONFLITO APARENTE DE NORMAS NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL.....	42
5.1 Princípios Para Resolução do Conflito Apparente de Normas	42
5.2 Distinções.....	44
5.2.1 Assédio Moral	44

5.2.2 Constrangimento Ilegal (CP, art. 146)	45
5.2.3 Estupro (CP, art. 213).....	46
5.2.4 Violação Sexual Mediante Fraude (CP, art. 215)	46
5.2.5 Estupro de Vulnerável (CP, art. 217-A).....	47
5.2.6 Ato Obsceno (CP, art. 233).....	48
5.2.7 Distinção Entre o Crime de Assédio Sexual dos Crimes Contra a Honra (Capítulo V, Título I, Parte Especial do CP)	49
5.3 Tutela Extrapenal do Assédio Sexual	49
a) ESFERA TRABALHISTA	49
b) ESFERA CÍVEL	50
5.4 Questões Prejudiciais no Processo do Crime de Assédio Sexual	50
6. CONCLUSÃO.....	52
7. REFERENCIAS.....	54
8. ANEXO.....	58

1. INTRODUÇÃO

A análise do crime de assédio sexual previsto na legislação atual é de suma importância para que se possa apurar sobre uma doença social muito antiga, buscando demonstrar algumas razões para punir quem pratica tal ato e passar a limpo algumas normas de tutela do trabalho da mulher. Desta forma, o trabalho monográfico a ser desenvolvido versará sobre o seguinte tema: “Assédio Sexual Contra A Mulher Na Relação Trabalhista”.

Sob este ponto de vista, observa-se a necessidade de fazer um estudo, não só para identificar as causas desse atentado contra a mulher, mas apontar também, soluções das controvérsias relacionadas a prática do assédio sexual na relação de emprego no âmbito da Constituição Federal, Consolidação das Normas Trabalhistas e do Código Penal.

Segue adiante as problemáticas, onde no decorrer do presente trabalho serão discutidas acerca de possíveis soluções para tentar controlar o problema, são elas: Quem pode ser responsabilizado por assédio sexual ocorrido no estabelecimento trabalhista? Como a vítima poderá provar que sofreu assédio? Em que momento o assédio é consumado? É possível consumir assédio fora do estabelecimento trabalhista?

Considerando a problemática apresentada, podem-se levantar as seguintes hipóteses, no que tange o assédio sexual contra a mulher na relação trabalhista, e análise da aplicação jurídica quanto ao caso: A perspectiva mórbida de enxergar o sexo feminino como frágil e incapaz e devido à resistência de seu trabalho e muitas vezes estas acabam sendo vítimas de assédio sexual.

O presente estudo tem como objetivo geral analisar o delito de assédio sexual cometido propriamente contra mulher na relação trabalhista e a aplicabilidade de normas jurídicas quanto ao caso. E quanto aos objetivos específicos, são eles: Estudar a conduta, indicar os elementos configuradores do assédio sexual, questões controvertidas, propor possíveis soluções quanto à discriminação da mulher no mercado de trabalho, examinar os direitos da mulher na relação de trabalho e a ofensa ao princípio da dignidade humana.

As razões que justificam o tema se propõem ao exame de circunstâncias que envolvem a prática do assédio sexual na relação trabalhista, que, infelizmente não sendo um fato raro, culminam em graves incertezas no tocante a sua configuração e a responsabilização do empregador. Destarte, torna-se indispensável compreender o que é considerado assédio sexual ou não. Basta à simples condição de superior hierárquico ou ascendência na relação de emprego para configurar o delito. Por esta razão, é que se faz necessário analisar a conduta

praticada contra a mulher na relação trabalhista e quais as situações que o caracterizam no ponto de vista jurídico. São as razões que justificam o tema e que serão objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

A metodologia a ser utilizada será a científica. Inicialmente se fará uma prévia teorização do tema escolhido, o tipo de técnica a ser utilizada será a de pesquisa bibliográfica, ou seja, serão utilizados levantamento de dados contidos em livros, artigos publicados na internet, sites e outros trabalhos desenvolvidos sobre o tema.

Para tanto, o presente trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos, iniciando-se pela análise das circunstâncias configuradoras do crime de assédio sexual, explicando quem é o sujeito ativo e passivo, sua consumação, tentativa, ação penal, causas de aumento de pena. Em seguida, cuidamos dos meios de prova, pois a apresentação de provas é de suma importância para o ordenamento jurídico, sendo que, são necessárias para que a vítima tenha fundamentos suficientes para alcançar o direito pretendido. Em seguida, serão tratados a respeito do procedimento penal do crime de assédio sexual, ou seja, de como a vítima deverá proceder ao sofrer assédio. Por fim, no último capítulo é tratado a respeito do conflito aparente de normas no crime de assédio sexual, buscando-se distinguir o referido crime de outros crimes contra a dignidade sexual.

2. O CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

2.1 Breve Contexto Histórico dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

Estando o Assédio Sexual inserido no capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, convém analisar o contexto histórico dos crimes previstos no Título VI, Capítulo I, parte especial do Código Penal. Na década de 1940, quando o Código Penal foi editado, a vida das pessoas eram muito diferentes. Os tabus, os paradigmas, os problemas eram muito diversos. Foi uma época em que a sociedade sofreu uma modificação muito grande. Em razão disso, em 2009, entrou em vigor uma Lei enumerada como 12.015/2009.

Os crimes sexuais constituem um dos capítulos mais interessantes e curiosos do direito penal, pleno de paternalismo, hipocrisia, tabus e preconceitos morais.

Aliás, no particular tão íntima é a relação entre direito e moral que é praticamente impossível saber onde começa um e termina o outro. Justamente por isso, convém formular e responder, inicialmente, à seguinte pergunta: por que reprimir práticas sexuais, se a atividade sexual é essencial à perpetuação da espécie? Ou, ainda, por que punir algo tão necessário e útil (e mesmo prazeroso) à espécie?

A resposta mais provável seria: não se pune a atividade sexual em si mesma, mas a relação sexual violenta, não consentida ou indesejada, razão pela qual o que se busca proteger é a própria liberdade de autodeterminação sexual de homens e mulheres.¹

Trata-se de uma legislação que tem como objetivo limpar um pouco a nossa lei atual de resquícios do passado de uma sociedade que não é mais a nossa. A denominação anterior era “Dos Crimes Contra os Costumes”, atualmente, no século XXI, seria curioso tratar de crimes gravíssimos de violação da liberdade sexual como crimes violadores apenas dos bons costumes. Portanto, é uma nomenclatura bastante desatualizada e por isso não está mais em vigor, hoje, chamamos de “Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A liberdade sexual por encerrar a possibilidade de envolver a vontade mais íntima do indivíduo, assim como, outros fatores de ordem moral e cultural que são próprios do mesmo pode ser considerada uma espécie do gênero direito a integridade moral. A discriminação que ocorre em regra, em relação ao sexo feminino, tem raízes em nosso comportamento social que acabou consolidando determinados conceitos e condutas conservadoras na vida familiar e também na sociedade, onde são reforçadas diferenciações negativas do homem para a mulher.

¹ Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/crimes-contr-a-dignidade-sexual-2/>.
Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

A educação no sentido estrito, herdada pelas gerações, não encoraja a mulher a ampliar seu nível de escolaridade, de tal forma que a faz reforçar tal idéia de que esta deve ser aquela que deve apenas tomar conta dos afazeres domésticos, não tendo uma profissão fora de casa. Vale lembrar que este raciocínio é histórico.²

São tratados no Capítulo I, do Título VI, da parte Especial do Código Penal. Trata-se de crimes quanto à liberdade de escolha do parceiro sexual. Antigamente, tratavam-se de 4 (quatro) crimes: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude. Hoje são apenas 3 (três): estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual.

2.2 Conceito

De acordo com o autor Ferreira, em Aurélio Século XXI, o dicionário da Língua Portuguesa (3 ed revista e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988), a palavra *Assédio*, em uma concepção vulgar e figurada, significa “insistência importuna, junto de alguém, com perguntas, propostas, pretensões etc.” Gomes traz o seguinte conceito de assédio sexual:

É um constrangimento (ilegal) praticado em determinadas circunstâncias laborais e subordinado a uma finalidade especial (sexual). Três, por conseguinte, são as características desse delito: (a) constrangimento ilícito (constranger significa compelir, obrigar, determinar, impor algo contra a vontade da vítima etc.); (b) finalidade especial (vantagem ou favorecimento sexual); (c) abuso de uma posição de superioridade laboral”.³

Acontece que, o legislador ao introduzir o verbo “constranger” sem mencionar os meios executórios na construção da figura típica, deu margens a dificuldades para interpretação do tipo penal, ficando assim, a seguinte dúvida: constranger a que? . Considerando-se o próprio significado de “assédio”, compreende-se como: “importunar, molestar, com perguntas ou pretensões”. Segundo site da Folha UOL, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), configura-se assédio sexual quando estiverem presentes as seguintes características:

² Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2430/assedio-sexual-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 15 de Dezembro de 2014.

³ Lúiz Flávio Gomes, Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas, disponível em: <http://www.direitocriminal.com.br>, acesso em 19 de maio de 2014.

1) ser claramente uma condição para dar ou manter o emprego; 2) influir nas promoções ou na carreira do assediado; 3) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.⁴

Isto quer dizer, existirá o crime quando a liberdade sexual é violada de forma abusiva. Se o indivíduo sofreu um único ato que configure assédio pode sim, tomar suas providencias. A condição é a de superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de cargo, emprego ou função. O art. 216-A do Código Penal, *in verbis*, dispõe:

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.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (Vetado)

§ 2º. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.⁵

Como se sabe, o Direito Penal tem a função de proteger os valores da sociedade, não dispensando outras formas de tutela a respeito do tema. Com a incriminação do tipo penal, espera-se que sejam criados programas de prevenção para tentar controlar o problema, especialmente no ramo do direito do trabalho.

O dispositivo penal em tela protege, precipuamente, a faculdade de livre escolha do parceiro sexual. Pode-se dizer, que, o assédio sexual, além de se tratar de crime contra a dignidade sexual, também se trata de crime de caráter pluriofensivo, justamente por atingir a honra, a liberdade no exercício da função trabalhista e o direito a não discriminação no trabalho.

2.3 Elementos Caracterizadores do Crime

Primeiramente, a lei não esclarece os meios de execução desse crime, pois trata-se de crime de ação livre, podendo ser cometido por meio de gestos, palavras, bilhetes, etc. Também trata-se de crime bipróprio, ou seja, para configuração do crime é necessário que o agente tenha uma condição de superioridade hierárquica em relação a vítima, falando de um

⁴ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/9/20/cotidiano/8.html>. Acesso em: 19 de Maio de 2014.

⁵ BRASIL. Decreto – Lei N. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

modo simplista, o crime existirá entre: Empregador (a) e Empregada (o). O elemento subjetivo especial do crime é o dolo, pois, consiste na vontade livre e consciente do agente de constranger a vítima para obter vantagem ou favorecimento sexual. Gonçalves (2011, Pgs. 23-26), estabelece os seguintes elementos caracterizadores:

Sujeito ativo. Pode ser homem ou mulher. O delito pode envolver pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.

É necessário que o agente importune a vítima prevalecendo-se de sua superioridade hierárquica ou ascendência inerente ao exercício de emprego (relação laboral privada), cargo ou função (relação laboral pública). Na hipótese de hierarquia existe um superior e um subalterno, o que não ocorre na hipótese de ascendência em que o agente apenas goza de posição de prestígio, influência em relação à vítima (exs.: desembargador em relação a juiz; professor de faculdade em relação a aluno).

Sujeito passivo. Qualquer pessoa, homem ou mulher, que seja subordinado ao agente ou que esteja sob sua influência.

Elemento subjetivo. O crime só existe se o sujeito age com intenção de obter vantagem ou favorecimento sexual (conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso).

Consumação. É fácil concluir pela redação do dispositivo que se trata de crime formal cuja consumação ocorre no exato instante em que o agente importuna a vítima, independentemente de obter a vantagem ou favorecimento sexual visados.

Tentativa. É possível, por exemplo, na forma escrita (bilhete que se extravía).

Causas de aumento de pena. De acordo com o § 2º do art. 216-A, a pena é aumentada de um terço se a vítima do assédio é menor de dezoito anos. Esse dispositivo foi introduzido no Código Penal pela Lei n. 12.015/2009.

Ação penal. Nos termos do art. 225 do Código Penal, a ação penal é pública condicionada à representação, exceto se a vítima for menor de dezoito anos, hipótese em que será pública incondicionada.

Segredo de justiça. Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram esta modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.⁶

No tocante ao momento da consumação e tentativa, existem duas correntes. Uma diz que o crime se perfaz apenas com o ato de constrangimento, independentemente se o agente obteve ou não a vantagem sexual esperada. Para outros, o crime configura-se com a prática de atos reiterados. A respeito deste último entendimento Jesus e Gomes (2002, Pgs. 121 e 122) trazem a seguinte explicação:

Como regra geral, o assédio sexual depende, para sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada. Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social. Todavia, excepcionalmente, há precedentes jurisprudenciais no direito comparado que

⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contatos físicos de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento desse requisito. (...) Apesar deste ‘desprezo jurisprudencial’ por tal requisito, a sua menção nos parece fundamental, uma vez que, salvo eventual divergência fundamentada em direito positivo (em que valerá o brocardo *dura Lex, sede Lex*), é sintomática a observação de que o afastamento desse requisito se dá sempre como exceção.⁷

Dependendo do posicionamento adotado, poderá ser admitida ou não a tentativa. Considerando o crime como habitual, não se admite tentativa. Mas, se for levado em conta apenas um ato de assédio, está diante de um *conatus*, ou seja, admite-se a tentativa ainda que seja difícil sua configuração.

2.4 A Questão do Veto Presidencial ao Parágrafo Único do Art. 216 - A do Código Penal

O parágrafo 2º foi acrescentado erroneamente pela Lei 12.015/2009, isso porque o dispositivo não tinha o parágrafo 1º, uma vez que o parágrafo único que antes existia tinha sido vetado. Estabelecendo assim a majorante de 1/3 (um terço) da pena caso a vítima seja menor de 18 (dezoito) anos. Quanto à questão do veto ao parágrafo único do artigo 216-A do código penal, no antigo dispositivo cometeria o crime aquele que agisse prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade e aquele que cometesse abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério (religioso). O veto ocorreu sob a alegação de que o parágrafo único descrevia as mesmas situações que já previstas no art. 226 do Código Penal, o que poderia ocorrer o *bis in idem*. Em relação ao art. 216-A, só não se aplica a circunstância do inciso II, que refere à situação de superioridade ou ascendência laboral em relação à vítima. Após o veto, ficou estabelecida a figura do assédio somente na relação laboral.

2.5 Pluralidade de Bens Jurídicos

Pode-se observar também que, o ilícito atinge, concomitantemente, outros bens jurídicos além da liberdade sexual, tais como: a honra, o direito a não-discriminação no trabalho, o direito a não-discriminação nas relações educacionais etc. Enfim, o tipo penal, encontra-se inserido no capítulo “dos crimes contra a dignidade sexual” justamente por atingir

⁷ JESUS, Damásio E. de ; GOMES, Luiz Fávio Coord. Assédio Sexual. São Paulo: Saraiva, 2002.

a faculdade de livre escolha do parceiro sexual. Como se sabe, a Constituição Federal preza muito pela dignidade humana, a respeito do tema, disserta Sarlet (2012. Pgs 99-101):

A dignidade independe de circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade.⁸

Sendo assim, a mulher merece consideração no trabalho, inclusive quando a sua dignidade for violada. De acordo com o aferido princípio constitucional, é proposto a implementação de um Estado Democrático de Direito, buscando combater desigualdades, associando à uma justiça social e valorizar pessoas não apenas perante à Lei, mas a vida. Contemporaneamente, o ambiente de trabalho impera como fator dignificante da pessoa humana, ou seja, é através do esforço de seu trabalho que o ser humano confirma sua identidade e extrai benefícios sociais e psicológicos do trabalho.

É uma conduta que ofende a honra por violar os atributos morais e intelectuais da vítima. Por exemplo, se a vítima recebe de seu empregador uma eventual promoção ou proposta de emprego que não seja em razão de seu desempenho no trabalho, com o intuito de receber algum favorecimento sexual.

Ofende o direito a não - discriminação no trabalho, pois, não pode-se negar que o assédio sexual é uma forma de agressão e de atentado contra a dignidade da mulher. Além de proteger a liberdade sexual da pessoa humana, protege-se também a pureza ou a incolumidade da pessoa que se encontra nas dependências hierárquicas na relação trabalhista.

A perspectiva mórbida de enxergar o sexo feminino como frágil e incapaz, se soma à resistência de seu trabalho e muitas vezes estas acabam sendo vítimas de assédio sexual. Não restam dúvidas de que a conduta do assédio sexual ofende a honra, pois, a sociedade sempre associou a ideia da utilização do corpo feminino para obter algum tipo de vantagem, mas nem todos aderem a esse tipo de pensamento.

O código penal não prevê a figura do assédio sexual entre colegas de trabalho, mas sim a tentativa de constrangimento da mulher em ter conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A partir da noção de que a mulher é considerada o sexo frágil, a legislação trabalhista estatuiu normas para proteger o reconhecer o seu potencial, adotando assim, uma política de desigualdade. De acordo com Basile (2013, pg. 64):

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha igualado as mulheres aos homens em direitos e obrigações, devido ao histórico de exploração e discriminação registrado ao longo de décadas, foi introduzido um comando constitucional próprio de proteção ao mercado de trabalho da mulher, executado mediante incentivos específicos e tratado em um capítulo autônomo na CLT – DA PROTEÇÃO E TRABALHO DA MULHER, inserindo assim, uma política antidiscriminatória trabalhista, em razão do repúdio a qualquer marginalização em razão de sexo, idade, cor, situação familiar, estado de gravidez e, interpretando-se extensivamente, origem, raça, estado civil, religião ou outro motivo distintivo.⁹

Tudo o que gera desconforto ou impossibilidade de convivência no local de trabalho, interessa ao ramo do direito, pois, são condutas que podem afetar a produção laboral. E é um problema que ocorre cada vez mais nas empresas (principalmente nas empresas privadas). Vale dizer que, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) pautou-se na previsão do art. 5º da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

Previsão basilar da proteção do mercado de trabalho da mulher e também de política antidiscriminatória, da qual poderá servir de base para que adiante sejam passadas a limpo algumas normas da tutela do trabalho da mulher.¹⁰

É inegável que, não há nada de mais peculiar e pessoal no ser humano em termos de comportamento do que a sua conduta sexual. Existem as pessoas mais tímidas, as mais atiradas e aquelas que não impõem limites quanto o lugar e o momento de manifestarem a atração ou o desejo sexual por alguém.

Quando no ambiente de trabalho houver condutas desnecessárias tais como: pedir uma massagem à secretária, trocar de roupa em sua presença, pedir para ela experimentar um biquíni, convidá-la para e propor um aumento de salário. Todos estes são atos condizentes à conduta do assédio sexual, ou seja, são atos praticados por alguém que se prevalece de sua superioridade hierárquica ou da ascendência inerente ao cargo.

O trabalho não se trata apenas, estritamente, de uma relação empregado – empregador = remuneração. Vai muito além disso. É também entendido como um ato de autorrealização do ser humano. Aquele que trabalha está exercendo seu direito humano e fundamental, realizando suas necessidades humanas e também obtendo aprendizado.

⁹ BASILE, César Reinaldo Offa. *Direito do Trabalho: Duração do Trabalho a Direito de Greve*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Por outro lado, quando não existe uma relação laboral é possível, só que, não existe a incidência do direito penal para o assédio sexual, justamente pelo fato de valer-se das características de cargo\emprego\função. Portanto, é necessária a existência de 02 (dois) elementos: a condição de inferior e superior e de que se tire o proveito dessa condição. O tipo penal fala em constranger alguém, isto quer dizer, tanto o homem quanto a mulher pode ser vítima. Porém, na prática, a mulher é a maior vítima desse tipo de crime. Girão (2004, pg. 34) argumenta:

Em suas primeiras palavras, não encontravam acordo os doutrinadores, uns opinando pela desnecessidade da tutela do assunto, em face da existência de normas de caráter genérico, em todas as áreas do direito, capazes de tutelar eventuais ocorrências; outros, em sentido oposto, defendendo a conveniência de uma previsão específica diante do aumento da casuística; e ainda houve aqueles que não vislumbravam, por diversas razões, a necessidade ou merecimento de uma tutela na seara do direito penal.¹¹

Muitas vezes o Poder Judiciário julga desfavoravelmente as vítimas nas ações que envolvem o problema do assédio sexual. A inclusão da figura típica desse crime que se tornou realidade através da Lei 10.224/2001, ela demonstra certo amadurecimento do legislador pátrio ao render-se aos reclames da sociedade, manifestados de diversas formas tanto na doutrina como nas decisões dos tribunais brasileiros. Segue um exemplo do crime cometido por um ator contra suas colegas de trabalho:

Irmão de Ben Affleck, Casey Affleck também é ator e diretor, mas teve seu nome muito comentado na imprensa em 2010, quando foi acusado de assédio sexual por duas mulheres. Durante as gravações do documentário 'Joaquin Phoenix: I'm Still Here', Magdalena Gorka e Amanda White, membros da equipe de produção, abriram processos no valor de US\$ 2,25 milhões e US\$ 2 milhões, respectivamente. A disputa foi resolvida no mesmo ano, "com mútua satisfação das partes", informou representante de Affleck.¹²

Atualmente, com a previsão do Princípio da Isonomia previsto na Constituição Federal de 1988, resta evidente que, as mulheres possuem os mesmos direitos que os homens em qualquer relação e inclusive nas relações de trabalho. Há discriminações no emprego em razão do sexo que acontecem no dia-a-dia, esse tipo de discriminação, infelizmente, ainda é muito expressiva no mercado de trabalho brasileiro.

¹¹ GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

¹² Disponível em: <http://diversao.terra.com.br/gente/assedio-sexual-conheca-famosos-que-sofreram-processos-milionarios,195ae0325ac5a310VgnCLD200000bbcc0aRCRD.html>. Acesso em: 16 de Dezembro de 2014.

Destarte, torna-se indispensável compreender o que é considerado assédio sexual ou não. Basta a simples condição de superior hierárquico ou ascendência na relação de emprego para configurar o delito. Se o assédio for proveniente de relações domésticas, de coabitação e de hospitalidade, ou aquele proveniente de abuso de dever inerente a ofício ou ministério, este será considerado atípico. Caso a proposta seja feita a uma criança, por exemplo, configura tentativa de estupro de vulnerável e não assédio sexual.

3. DA PROVA

3.1 Do Ônus da Prova

Sabe-se que, a apresentação de provas é de suma importância para nosso ordenamento jurídico. Nesse caso, para o crime de assédio sexual é necessário que sejam elas apresentadas tanto nas áreas cíveis, trabalhistas ou penais para que a acusação feita pela vítima tenha fundamentos suficientes para que seja alcançado direito pretendido.

Infelizmente, o fato é que existem dificuldades principalmente no âmbito trabalhista para comprovar que realmente a vítima sofreu assédio, ficando assim, a palavra da vítima contra a de seu superior hierárquico. Nesse mesmo sentido, o artigo 156 do Código de Processo Penal estabelece:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.¹³

Ocorre que, trata-se de um crime que geralmente acontece às escondidas, dificultando sua comprovação por meio de testemunhas. Existem casos em que a vítima encontra-se impulsionada por algum desejo de vingança, tornando assim suas declarações suspeitas, mas, mesmo assim, não poderão ser descartadas a palavra da vítima, uma vez que, esse tipo de crime geralmente não é praticado às vistas de outras pessoas. Portanto, a palavra da vítima merece adquirir um relevo especial.

Quando a ação penal for privada (exceção para os casos em que a vítima for menor de dezoito anos), o ônus da prova caberá ao acusador (seja o Ministério público ou o próprio ofendido), cabendo ao próprio juiz criminal a proceder de acordo com as diligências determinadas no artigo 156 acima disposto *in verbis*, visando assim esclarecer os pontos obscuros. De acordo com Prado (2001, pg. 131), o poder instrutório que é dado ao juiz, no ponto de vista do sistema acusatório, é questão passível de discussão:

¹³ Brasil. Decreto – Lei N. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O exercício da jurisdição, em um Estado Constitucional Democrático, está, tanto quanto o exercício de qualquer outro poder no âmbito deste Estado, condicionado a regras de impessoalidade. Não basta apenas assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.¹⁴

Dessa forma, o juiz não deve usar apenas o seu poder de livre convencimento, mas também pautar-se nos demais princípios que autorizam a instrução probatória, tentando, desse modo, evitar que ocorram injustiças, pois, o assédio sexual é um crime grave. É necessária a utilização de alguns princípios no qual o magistrado deverá se basear para julgar os crimes de assédio sexual. Devem ser utilizados os seguintes princípios no processo probatório: Princípio da necessidade da prova, Princípio da unidade da prova, Princípio da proibição da prova obtida por meio ilícito, Princípio do livre convencimento do juiz ou persuasão processual, Princípio da obrigatoriedade, Princípio do contraditório e da ampla defesa, Princípio da aquisição processual e Princípio da imediação.

3.2 Princípio da Necessidade da Prova

O referido princípio diz que é obrigação das partes apresentarem em juízo a prova de suas alegações, ou seja, aquele que acusa tem que provar, e fatos não provados são considerados como fatos inexistentes no processo. Tendo em vista que a existência de provas é necessária para se chegar à verdade real e formal no processo, o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ordena:

Art. 818 – A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.¹⁵

Desta forma, pode-se compreender que somente as alegações das partes em juízo não se constituem fundamentos suficientes para solucionar o caso concreto. Seus interesses devem ser demonstrados de maneira fundamentada, ou seja, serão através das provas que o juiz dará a sentença. São à base da solução dos conflitos judiciais.

¹⁴ Prado, Geraldo. Sistema Acusatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁵ BRASIL. Decreto- Lei N. 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

3.3 Princípio da Unidade da Prova

As provas devem ser analisadas tanto na causa de pedir como no pedido de maneira conjunta, e não isoladamente. Levando assim, a uma apreciação de todos os elementos apresentados ao judiciário para que sejam feitas análises minuciosas dos fatos apresentados. O doutrinador Teixeira Filho (2003, pg. 69) considera:

Não importa a diversidade dos meios probatórios analisados, mas sim que se revistam de eficácia para provar o que pretendem, atuando desta maneira, na formação do convencimento do julgador.¹⁶

Caso houvesse uma análise isolada de provas contraditórias, por exemplo, isso geraria instabilidade quanto às partes que compõem a lide. No crime de assédio sexual, nada obsta que o juiz julgue favoravelmente por uma parte ou outra, justamente por ser um processo de difícil comprovação dos fatos.

3.4 Princípio da Proibição de Prova Obtida por Meio Ilícito

Princípio de reflexo constitucional, este aprecia também a proporcionalidade e a razoabilidade, não admite que as partes ajam de má-fé por meio de provas ilícitas, tais como: gravações fraudulentas ou revista íntima, devendo as mesmas ser retiradas de algum documento do processo. Neste mesmo princípio, aprecia-se também a lealdade processual. A respeito do uso de provas obtidas por meio ilícito no crime de assédio sexual, Girão (2004, pgs. 180-181) diz:

Prescreve o artigo 5º, XIII, da CF, na busca da preservação da intimidade dos cidadãos, que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Mais a frente, para preservação da lisura do processo, o legislador, no inciso LVI, não admite, em caráter absoluto, que sejam a ele trazidas as provas obtidas por meios ilícitos.

Com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), se a prova foi obtida ilicitamente, conseqüentemente seus frutos também não serão

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003.

lícitos. As provas poderão ser ilícitas por derivação, ou seja, se foi transmitida por meios ilegais. O surgimento da teoria foi baseado em um dos ensinamentos da Bíblia Sagrada (1995, Lucas 6:43-45):

Porque não há boa árvore que dê mau fruto, nem má árvore que dê bom fruto. Porque cada árvore se conhece pelo seu próprio fruto; pois não se colhem figos dos espinheiros, nem se vindimam uvas dos abrolhos. O homem bom, do bom tesouro do seu coração, tira o bem, e o homem mal, do mau tesouro do seu coração, tira o mal, porque da abundância do seu coração fala a boca.¹⁷

Em relação ao crime de assédio sexual, tendo por base os demais princípios apreciados conforme dito antes, a doutrina não é unânime em relação ao uso de provas ilícitas no procedimento penal do referido crime. Em razão disso, Nucci (2002, pgs. 302-303 *apud* Girão 2004, Pg. 182) explana:

Sintetiza Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, que existem duas teorias a orientar a aceitação ou a rejeição a prova obtida por meios ilícitos.

Pela primeira, dita prova ilícita por derivação ou frutos da árvore envenenada, “quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham”.

Pela segunda, chamada de teoria da proporcionalidade, da razoabilidade ou do interesse predominante, deve-se tentar equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, de maneira que não se deve rejeitar de forma obstinada prova obtida por meios ilícitos. Esta segunda teoria é rejeitada pelo autor, que considera inapropriado para recebê-la o sistema processual penal brasileiro, que é “imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais”. Diz ele, porém, que “necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância”.¹⁸

Diante do exposto, a prova ilícita poderá ser admitida dependendo da posição doutrinária que o nobre julgador decidir. São consideradas ilícitas as obtidas pelo emprego eletrônico conhecidas como “gravação ambiental clandestina”, por ser um crime de difícil comprovação, muitas vezes é necessário a utilização das mesmas como comprovação perfeita de que realmente houve o fato típico.

¹⁷ ALMEIDA, João Ferreira de. Bíblia Sagrada. 2ª Edição. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 *apud* GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

3.5 Princípio do Livre Convencimento do Juiz e da Persuasão Racional

As decisões de um magistrado baseiam-se através da produção de provas. Refere-se também a reflexão do magistrado ao analisar as provas processuais de acordo com a veracidade dos fatos, o que equivale a ter uma persuasão racional para decidir algo conforme sua consciência. Com relação ao referido princípio, Capez (2012, pg. 69) explica:

O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais, devendo observar, na sua apreciação, as regras legais porventura existentes e as máximas de experiência. É o sistema que vale como regra. Opõe-se ao sistema da prova legal, que atribui valor absoluto aos elementos probatórios, obrigando o juiz a aplicá-los mecanicamente, sem qualquer valoração subjetiva (p. ex.: depoimento de uma única testemunha não vale), e ao sistema do julgamento *secundum conscientiam*, onde a decisão é livre de qualquer critério (Júri popular).¹⁹

Talvez seja o princípio mais utilizado no caso de crime de assédio sexual pelas dificuldades em torno probatório, nesse sentido, o juiz poderá utilizar-se de artifícios que achar adequado, não desconsiderando as provas apresentadas ou as que não foram apresentadas nos autos processuais. Tal princípio encontra respaldo no artigo 131 do Código de Processo Civil.

3.6 Princípio da Obrigatoriedade

Esse princípio diz que as provas devem ser produzidas, preferencialmente, na presença do juiz. Possuindo o juiz, liberdade para a condução das provas, é de preferência que as mesmas sejam apresentadas na própria audiência de instrução e julgamento. Quanto ao princípio da obrigatoriedade, Capez (2012, pg. 160) ensina:

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diametralmente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade), segundo o qual o titular da ação está obrigado a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários, e o da oportunidade, que confere a quem cabe promover-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo.²⁰

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. de acordo com a Lei nº 12.403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Saraiva: 2012.

²⁰ Idem.

Vigorante também em matéria de Processo do Trabalho, além da prova ser do interesse das partes é também de interesse do Estado. Encontra-se fundamentado nos seguintes dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) Artigos: 845, 848, 852 e 852-H.

3.7 Princípio da Imediação

Segundo tal princípio, juiz deve proceder diretamente e pessoalmente na produção de provas. Isso permite que o mesmo tenha maior percepção quanto à verdade real, podendo determinar outros meios de provas que achar necessário. Com relação a este, o artigo 765 da CLT estabelece:

Art. 765 – Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.²¹

Este também é um princípio de suma importância no aspecto probatório, pois, no crime de assédio sexual, o meio de prova mais utilizado é o interrogatório feito as partes. Além de estar consagrado no artigo 765 da CLT também se pode encontrá-lo no artigo 848 da do mesmo diploma legal.

3.8 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Princípio basilar da Constituição Federal permite-se as partes a utilização de todos os meios legais previstos para que seja formada a defesa das partes e de manifestarem-se a cada fato novo surgido no processo. De modo que, desenvolva uma dialética processual, ou seja, que pelo autor seja desenvolvida sua tese, e pelo réu a antítese para que o juiz deduza a síntese. Caso haja a violação desse princípio ocorrerá o chamado **cerceamento de defesa**. O referido princípio encontra-se disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

Art. 5º - (...)

²¹ BRASIL. Decreto- Lei N. 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;²²

Em suma, faz-se necessário gerar um processo de reconstrução dos fatos que geraram o conflito para chegar-se a uma solução justa e plausível do caso concreto, sendo que, cada parte deverá ser tratada com igualdade em respeito a seus direitos, tentando-se por meio do instrumento chamado processo resolver o conflito por meio da dialética.

3.9 Princípio da Aquisição Processual

As provas apresentadas nos autos do processo passarão a fazer parte do mesmo, sendo que, será irrelevante para a parte que a produziu. Sendo assim, não será permitida a disposição de provas estranhas aos autos do processo, impedindo que as provas já produzidas sejam desentranhadas dos autos. Fundamentado no artigo 515 do Código de Processo Civil, este preconiza:

Art. 515 – a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.²³

O ônus da prova na esfera trabalhista é norteado pelo esclarecimento de dúvidas a respeito do litígio através do duto magistrado ao analisar o caso e ainda, consiste na comprovação de existência do vínculo trabalhista e se há ou não a superioridade nessa relação. Segundo Saraiva (2014), devem ser consideradas as seguintes situações para a comprovação de existência ou não da relação de emprego e a quem compete o ônus da prova:

Se o reclamante requerer em juízo o reconhecimento do vínculo de emprego e a reclamada negar a prestação de tais serviços, é do empregado o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito;

Se o reclamante requerer em juízo o reconhecimento do vínculo de emprego e a reclamada, na defesa, admitir a prestação de serviços do obreiro, não como empregado, mas como trabalhador autônomo, será do empregador o ônus de comprovar que a relação havida não era de emprego (fato obstativo do direito do autor).²⁴

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³ _____. Lei N. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴ SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

Não se podendo decidir pela verdade real, será decidido pelo ônus da prova. Porém, o dispositivo legal (art. 818 CLT) poderia nos levar a uma interpretação errônea de que todos os fatos alegados deveriam ser provados, até mesmo os fatos negativos. Por essa forma, o artigo 333 do Código de Processo Civil esclarece a respeito dos fatos constitutivos, impeditivos e extintivos que porventura podem ocorrer nos autos processuais:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.²⁵

São fatos constitutivos aqueles que estabelecem as condições legais para a aquisição de um direito. Se provados o autor poderá alcançar sua pretensão jurídica. Exemplo: a existência da relação trabalhista. Os fatos impeditivos são aqueles que impedem que outro fato aconteça em razão de falta de disposição legal. Exemplo: as férias proporcionais na justa causa e as horas extras para domésticas e gerentes, etc. Os fatos modificativos são aqueles que tem o poder de modificar toda a narrativa exposta pelo reclamante podendo acarretar características e efeitos diversos do pretendido pelo autor. Exemplo: prestação de serviços autônomos. Os fatos extintivos são aqueles que podem fazer cessar o direito pretendido pelo autor. O direito é reconhecido, mas sua exigência é cessada. Exemplo: o término do contrato de trabalho e a prescrição.

3.9 Da inversão do ônus da prova

No crime de assédio sexual, faz sentido que a inversão do ônus da prova seja admitida, pois, se tratando de crime de ação livre (a lei não esclarece os meios de execução, mas o admite através de gestos, palavras, atos, bilhetes), geralmente ocorre de forma restrita e não em ambiente público, sendo que o empregado é considerado como a parte hipossuficiente da relação empregatícia. Negando o empregador de que houve a conduta típica, aquele que

²⁵ BRASIL. Lei N. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Vade mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

propôs a ação (ora autor) ficará em situação privilegiada, pois, a este caberá provar o fato alegado.

O juiz, esclarecendo as partes acerca das decisões que o motivaram para aplicar a inversão do ônus da prova, permitindo-se as mesmas saberem a quem incumbirá apresentar sua respectiva prova e quem irá contrapor, poderá ser aplicado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) analogicamente ao Processo do Trabalho, pois, a aplicação da inversão do ônus da prova, foi prevista expressamente em seu artigo 6º, inciso VIII, tratando a figura do trabalhador como a parte hipossuficiente na relação de trabalho.

Vale ressaltar que, a inversão do ônus da prova, é decorrente da dificuldade do trabalhador de provar a existência do fato alegado. Portanto, esse instituto deriva-se do princípio da **aptidão para a prova**. Também aplicado subsidiariamente no Direito Processual Civil.

3.10 Dos meios de prova

As provas são todos os elementos apresentados em juízo com o objetivo de tentar formular o convencimento do juiz para tentar demonstrar a veracidade dos fatos apresentados pelas partes. A respeito das provas o artigo 332 do Código de Processo Civil estabelece quais os meios aceitos legalmente:

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.²⁶

Os meios legais de provas são: a prova documental; a prova testemunhal; a prova pericial e a inspeção judicial. Conforme dito antes, as provas de crime de assédio sexual são extremamente difíceis de serem apresentadas, visto que, como existe a condição de que para a existência do crime haja a superioridade hierárquica na relação laboral, geralmente, esse tipo de crime ocorre dentro do ambiente de trabalho, de maneira particular, entre a vítima empregada e o empregador, não sendo ocorridos em locais públicos. Trata-se de uma tarefa árdua para provar que realmente houve o fato típico. Nos tribunais trabalhistas admitem-se o uso de provas indiretas – que são aquelas que têm ligação imediata com os fatos ocorridos, sendo que, também é chamada de provas circunstanciais:

²⁶ BRASIL. Lei N. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSÉDIO SEXUAL. AUSÊNCIA DE MÍNIMO DE PROVA COMO INDÍCIOS OU PRESUNÇÕES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Não tendo a recorrente se desincumbido do ônus da prova quanto ao suposto assédio sexual, por inexistir nos autos, ao menos, indícios ou presunções que corroborem suas assertivas, mostra-se acertada a decisão do juiz “a quo” quanto à não caracterização do assédio sexual. Acordam por unanimidade, conhecer do recurso ordinário. (TST de Rio Branco – AC - RO 504 RO 0000504; Rel: Desembargadora Maria Cesarineide De Souza Lima; DETRT14 n.065, de 08/04/2011). ²⁷

Ainda que se admitam os meios de provas indiretas e outros disponíveis legalmente, a vítima poderá também utilizar como meio de prova: um bilhete, autogração ambiental ou eletrônica (são meios que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem admitindo como prova, porém, trata-se de um tema bastante controvertido).

3.11 Da prova testemunhal

Nos processos que apuram os crimes de assédio sexual, o meio de prova mais utilizada é a testemunhal. A prova testemunhal é feita por um terceiro que é isento e estranho em relação às partes e que narra em juízo o conhecimento que tem dos fatos. Esta é aceita com maior extensão no processo trabalhista. É considerada como a “prostituta das provas”, pois, a memória do ser humano está sujeita a muitas falhas, e seu depoimento testemunhal é dado de acordo com sua percepção da realidade ocorrida, assim, existe a possibilidade de a testemunha estar deliberando falsas realidades. A prova testemunhal sendo sempre admitida, ela pode ser descartada somente nas hipóteses dispostas no artigo 400 do Código de Processo Civil: aquelas em que os fatos já foram provados através de documentos ou confissão da parte e quando os fatos puderem ser provados somente por documentos ou exames periciais.

Diante da árdua tarefa de comprovação dos fatos, o Emérito Julgador deverá basear-se no Princípio da Primazia da Realidade dos fatos. Baseado no inciso II do referido artigo, o convencimento do juiz não deverá limitar-se apenas em apresentação de documentos. Apesar de exigir concordância entre as palavras da vítima e o fato ocorrido, de maneira alguma poderão ser desconsideradas seus testemunhos alegados. Porém, a falta de coesão e firmeza por parte da testemunha, o juiz poderá usar de seu poder de livre convicção. Contudo, no que tange as pessoas, o artigo 829 da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que os depoimentos de parentes até o terceiro grau civil, do amigo íntimo ou se for inimigo de qualquer das partes (tanto da vítima quanto do acusado), valerão apenas a título informativo.

²⁷ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 23 de junho de 2014.

Há de se observar que, no mesmo ordenamento jurídico não ficou estabelecido taxativamente quem são os impedidos e os suspeitos para prestar seu depoimento. Em uma aplicação subsidiária pelo Código de Processo Civil, dispõe que as pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas não poderão depor como testemunhas.

Conforme o que fora demonstrado, qualquer pessoa poderá atuar como testemunha, salvo os impedidos, os incapazes e os suspeitos, devendo assumir o compromisso de dizer somente a verdade, do contrário sofrerá a pena do crime de falso testemunho. Em razão disso, Jesus e Gomes (2002, pg. 81), explicam:

Uma ex-funcionária da Perdigão Agroindustrial, por exemplo, ingressou com um pedido de indenização por danos morais na Justiça do Trabalho alegando ter sido assediada por seu superior hierárquico. Ela, no entanto, não conseguiu provar o fato em primeira e segunda instâncias. Para os juízes da 1ª Turma do TRT da 12ª Região, não houve provas – testemunhais ou documentais – do assédio. “É a palavra de um contra a de outro. Logo, não havendo a certeza de que efetivamente o acusado tenha-se comportado de forma imoral (...), não há como lhe imputar referido ato de constrangimento e dor psicológica, ante a fragilidade da prova produzida”.²⁸

Para o Direito do Trabalho, uma diarista não tem vínculo empregatício, portanto, nesse caso, não existiria assédio sexual. O caso acima citado demonstra que houve uma relação de superioridade hierárquica pela vítima assediada e que nem sempre é fácil a apresentação de provas sejam elas documentais ou testemunhais. A documental parece ser a mais adequada para comprovação, mas é muito difícil de ser utilizada.

4. DO PROCEDIMENTO PENAL NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

4.1 Da Fase Investigatória

Sobre a ação penal dos crimes definidos no capítulo I do título VI, aplica-se a hipótese prevista no artigo 225 do código penal - a de ação penal pública condicionada à representação. Caso a vítima seja menor de dezoito anos, será hipótese de ação penal pública incondicionada a representação. Portanto, para que seja iniciado o processo de investigação, não basta apenas que seja levada a autoridade policial a *notitia criminis*, é necessário que a

²⁸ JESUS, Damásio E. de; GOMES, Luiz Flávio, coordenadores. Assédio Sexual. São Paulo: SARAIVA, 2002.

vítima tenha a iniciativa de oferecer sua denúncia. FREITAS a define da seguinte maneira (2005, pág. 69):

Notitia criminis (notícia da infração penal). *Notitia criminis* é a forma pela qual a infração penal chega ao conhecimento da autoridade policial. Conhecem-se três espécies de notícia da infração a imediata, a mediata e a coercitiva.²⁹

Em relação à notícia da infração penal, certamente o crime de assédio sexual está diante de uma espécie de notícia mediata, pois se trata de uma cognição provocada, indireta e qualificada. Nesse caso, o conhecimento do crime se dá através de provocação a autoridade policial pela pessoa legitimada (Exemplo: requerimento da vítima, requisição do Ministério Público etc.). Capez (2012, pg. 174) alega:

A nova redação do art. 225 do Código Penal, conferida pela Lei n. 12.015/2009, considera de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal todos os crimes definidos nos Capítulos I e II. Estão incluídos nesse rol: estupro, na sua forma simples e qualificada (CP, art. 213 e parágrafos); violência sexual mediante fraude (CP, art. 215); e o assédio sexual (CP, art. 216-A).³⁰

De acordo com o artigo 103 do código penal, a representação do ofendido deverá ser exercida dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime. Diante do prazo proposto no dispositivo legal, a finalidade é a demonstrar o interesse da vítima de propor a ação penal, se esta agir dentro do prazo ora estabelecido, pois, depois de oferecida a denúncia sua representação será irretratável. Segundo Girão, (2004, p. 167):

No Código Penal, encontramos que: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”, e colhida desde já pela Autoridade Policial. No Código de Processo Penal: “O inquérito policial, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.”

Poderão oferecer a representação tanto o próprio ofendido ou seu representante legal.³¹

Para se iniciar uma fase investigativa satisfatória, a autoridade policial deverá fazer uma coleta minuciosa de provas tomando as providências cabíveis dos artigos 6º e seguintes do Código de Processo Penal. Exige-se uma investigação minuciosa a respeito dos

²⁹ FREITAS, Aldo Sabino de. Direito Processual Penal. Goiânia: IEPC, 2005.

³⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹ GIRÃO, Rubia Maria Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

atos justamente por se tratar de um crime de difícil comprovação, procurando-se desvendar no caso se realmente houve o fato ou se trata apenas de despeito da vítima. Sendo assim, a autoridade deverá levar em consideração os aspectos inerentes a: cultura, religiosidade e profissão. Nesse sentido, CUNHA argumenta (2014, pág. 475):

É possível assédio sexual praticado por professor em face de aluno? De bispo para com o sacerdote? Na busca da resposta, indispensável se mostra primeiro, conceituar superioridade hierárquica e ascendência, condições elementares do tipo.

Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a primeira (*superioridade hierárquica*) retrata uma relação laboral no âmbito público, enquanto a segunda (*ascendência*), a mesma relação, porém no campo privado, *ambas inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*. Dentre desse espírito, não configura o crime mera relação entre docente e aluno, por ausência entre os dois sujeitos do vínculo de trabalho (aliás, o vínculo de trabalho é entre a faculdade e o professor).

LUIZ REGES PRADO discorda, assim argumentando:

“*Superior hierárquico*, como elemento normativo do tipo, é condição que decorre de uma relação laboral, tanto no âmbito da Administração Pública como da iniciativa privada, em que determinado agente, por força normativa ou por contrato de trabalho, detém poder sobre outro funcionário ou empregado, no sentido de dar ordens, fiscalizar, delegar, ou avocar atribuições, conceder privilégios (v.g., promoção, gratificação etc.), existindo uma carreira funcional, escalonada em graus.

Na *ascendência*, elemento normativo do tipo, não se exige uma carreira funcional, mas apenas uma relação de domínio, de influência, de respeito e até mesmo de temor reverencial (v.g., relação professor-aluno em sala de aula).”

Apesar de CEZAR BITENCOURT admitir a violência ou grave ameaça como meios de execução do crime, prevalece que não pode o agente valer-se de tais comportamentos executivos, hipóteses configuradoras de delito de estupro (art. 213 do CP).³²

A antiga redação do artigo 216-A do código penal dizia que incorreria nas mesmas penas quem cometesse o crime prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade e, com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério.

No que tange ao aspecto religioso, o parágrafo único do artigo 216-A, ora vetado, considerava crime de assédio sexual aqueles que praticassem com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério. Muitas vezes, deparamos com notícias de abusos cometidos por líderes religiosos contra seus fiéis. Em 2010, tornou-se público para a imprensa o caso de

³² CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. PARTE ESPECIAL (ARTS. 121 AO 361). 6ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: jusPODIVM, 2014.

avanços sexuais cometidos por padres em suas funções clérigais na Igreja Católica. Como exemplo, tem-se o seguinte caso:

Bispos Católicos irresolutos com o fenômeno.

De acordo com uma investigação devidamente apurada, tais práticas de envolvimento de padres tornou-se ao mesmo tempo uma constante em Angola cuja abordagem é encoberta pelo Bispado Católico ou mantida no “secretismo” para não prejudicar a reputação milenar desta congregação cristã. Quando os Bispos tomam conhecimento destas infrações, optam pela transferência do sacerdote pecador para uma outra área de pregação, no lugar da retratação ou levantamento do assunto para abordagem com os visados.

Em 2010, foi discretamente afastado de pregar na Igreja Católica do Morro Bento, em Luanda, o Padre Luís Konjimbe, por suposto envolvimento amoroso com uma jovem. No seguimento da resolução do assunto, o clero propôs ao mesmo, o seu envio para uma paróquia nos Estados Unidos, mas este recusou-se sob alegação de que “não era figura para exílio”. O sacerdote encontra-se a viver na residência de retiro dos padres, na travessa João Seca, no município da Maianga. O seu estado de abandono é considerado crítico (Cabelo e barba crescida por fazer).³³

Estando diante de uma análise dogmática, é preciso deixar claro que, diante de inúmeros casos de escândalo sexual que envolve tanto a igreja católica como outras denominações religiosas, deve-se saber distinguir as condutas que configurariam assédio sexual, estupro e o atentado violento ao pudor. Partindo do exemplo da igreja católica, é necessário analisar qual a relação entre o suspeito e a vítima, ou seja, se esta última tomava aulas de catequese com o pároco ou se este (a) um funcionário (a) da paróquia, para saber se há a relação de hierarquia, do contrário não existirá o crime de assédio sexual. Mesmo que o parágrafo único do artigo 216-A tenha sido vetado, a conduta molestatória não ficará impune, mas poderá ser reclassificada em outro tipo penal. Segundo Jesus e Gomes (2000, pgs. 54-55 *apud* Girão pgs. 2004, pgs. 82-83):

Por fim, registramos a opinião de Damásio E. de Jesus: “Entre nós, a relação de ascendência encontra-se vinculada a qualquer situação de superioridade, podendo ser incluída desde o relacionamento entre pais e filhos, como também aquela que, por exemplo, se desenvolve no âmbito docente ou eclesiástico.” Em seguida, comentando a ascendência religiosa, diz: “Inexiste delito, visto estar ausente o relacionamento inerente a emprego, cargo ou função”.³⁴

³³ Disponível em: http://club-k.net/index.php?option=com_content&view=article&id=10525:padres-angolanos-envolvidos-em-escandalo-sexual&catid=2:sociedade&Itemid=88. Acesso em: 12/10/2014.

³⁴ JESUS, Damásio E. de; GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. São Paulo: Saraiva, 2002 *apud* GIRÃO, Rubia Maria Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

Todos esses aspectos acima citados (a religiosidade e a profissão) são conclusões que poderão ser tiradas através de investigações da vida passada do indivíduo. Trata-se de um caso onde será utilizado o meio de prova mais usada: a testemunhal. Visto que, tais testemunhos nem sempre são habilitados a ponto de concluir todo um processo investigatório, mesmo não resolvendo todo o caso, poderá servir de auxílio para a formação da convicção do membro do Ministério Público. Sobre esse meio de prova, Barroso preceitua (2011, pág. 205):

A prova testemunhal é sempre admissível, salvo se a lei dispuser de modo contrário. Considerando ser o homem falho na captação de suas percepções, o legislador trata a prova testemunhal com o resguardo necessário, sendo esse o campo de maior incidência do sistema da prova legal no Código.³⁵

Conforme previsto no artigo 10 do Código de Processo Penal, o prazo para encerramento do inquérito policial é de 10 (dez) dias. Após a fase de processo investigatório, o inquérito policial será entregue ao fórum e ao Ministério Público onde serão dadas vistas aos autos. Em se tratando de crime de ação penal pública condicionada à representação, a manifestação do inquérito consistirá em oferecer a denúncia ou pedir seu arquivamento. Depende da iniciativa do assediado. O Ministério Público, após receber os autos de inquérito, terá a opção de percorrer 1 (uma) das seguintes opções: 1) oferecer denúncia, 2) requisitar novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, 3) promover o arquivamento e 4) propor transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95). No caso de prisão em flagrante e estando diante de crime de ação privada, ensina Mirabete (2000, pg. 375):

Embora a lei processual silencie a respeito, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que, capturado o autor da infração penal que se apure por essas espécies de ação, deve ser ouvida a vítima ou seu representante legal para que se ofereça a representação ou manifeste o desejo de oferecer queixa oportunamente.³⁶

De acordo com o referido ensinamento doutrinário para crime de ação privada, deverá ser tomada a mesma atitude quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada. Sem a manifestação de vontade da vítima será impossível tomar as providências cabíveis quanto ao caso.

³⁵ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 10. Ed. Revista e Atual. São Paulo: Atlas, 2000.

4.2 Ação Penal do Crime de Assédio Sexual

Ao Estado se opõe o direito de todo cidadão que é acusado de um crime ser mantido livre, pois o direito de punir é titularizado pelo próprio Estado. Desta forma, na persecução penal o Estado dará tanto o direito de punir (*ius puniendi*) quanto o direito do réu de se manter em liberdade (*ius libertatis*). Quanto à ação penal, FREITAS ensina (2005, pág. 83):

A ação penal é o direito público, subjetivo, autônomo, abstrato, determinado e instrumental de invocar a tutela jurisdicional, com vistas geralmente a impor uma sanção penal a determinado indivíduo. Trata-se de direito (a) público, porque envolve a atividade do Estado-juiz, (b) subjetivo, porque toca ao titular da acusação a prerrogativa de exigir a tutela jurisdicional, (c) autônomo, posto que não se confunde com o direito material que pode, ou não, estar insito na demanda, (d) abstrato, porquanto tem existência afirmada qualquer que seja o sentido da sentença, mesmo que de improcedência, (e) determinado, pois está sempre conexo a uma pretensão e (f) instrumental, haja vista que é apenas um dos meios legalmente previstos para a resolução de conflitos (não o único).³⁷

Alocando-se para o crime de assédio sexual, o legislador consideraria o crime de assédio sexual como de ação penal privada, sendo que o parágrafo 1º, inciso I, da antiga redação do artigo 225 do código penal, dizia que procedería, entretanto, mediante ação pública se a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis a manutenção própria ou da família. Em regra, seria o crime de ação privada, mas com a nova redação do dispositivo, em seu parágrafo único, ficou estabelecido que seja procedida mediante ação penal pública condicionada a representação e excepcionalmente, procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

A ação penal pública condicionada é uma modalidade que depende da manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal, mediante de instrumentos como a representação criminal ou de requisição do Ministro da Justiça. Somente quando a lei dispuser a utilização desses dois instrumentos é que o crime será efetivamente de ação penal pública condicionada. Andreucci (2014), afirma:

Confere o Estado, assim, a vítima do crime, ou a seu representante legal, a faculdade de expressar seu desejo, ou não, de ver iniciada a ação penal contra o criminoso.

³⁷ FREITAS, Aldo Sabino de. Direito Processual Penal. Goiânia: IEPC, 2005.

Esse desejo da vítima é manifestado através da representação, autorizando o Ministério Público a iniciar a persecução penal.

Representação, portanto, é o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal expressam a vontade de que a ação penal seja instaurada.

O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou a autoridade policial (art. 39 do CPP), dentro do prazo de 6 meses, contado da data em que vier a saber quem é o autor do crime, sob pena de decadência (art. 38 do CPP).³⁸

A título de informação, para identificar qual a ação penal do referido crime, em primeiro lugar o artigo 225 do Código Penal deixou bem claro que nos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI, serão procedidas mediante ação penal pública condicionada a representação.

Outra forma de identificação da ação penal o Código Penal, após descrever o tipo, fará menção da expressão “somente se procede mediante representação” hipótese esta que será crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. A representação do ofendido consiste em um pedido-autorização seja da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la com o intuito de autorizar a postulação da persecução penal. Quanto ao direito de representação, Girão (2004, pg. 173) preconiza:

O direito de representação é conferido ao próprio ofendido ou a quem tiver qualidade para representá-lo e somente no caso de sua morte ou quando declarado ausente por decisão judicial é que esse direito passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nessa ordem de preferência. A representação deve ser oferecida dentro do prazo de seis meses, contado desde o dia em que se vier a saber da identidade do autor do crime, sob pena de decadência (CPP, art. 38 e parágrafo único).³⁹

Diante do exposto referente ao tipo de ação penal adequada para o referido crime (ação penal pública condicionada), restou evidente que seria impossível instaurar um processo de crime de assédio sexual mediante ação penal pública incondicionada, pois, essa modalidade seria cabível se a vítima fosse menor de 18 anos ou vulnerável. Nada obsta que o sujeito ativo do crime seja ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima, justamente pelo título de autoridade sobre a vítima, é hipótese de

³⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 10ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁹ GIRÃO, Rubia Maria Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

aumento da pena em metade – artigo 226, II do Código Penal. Se o agente for empregador ou preceptor da vítima não se aplica a majoração da pena, pois constituiria *bis in idem* por fazer parte de circunstâncias que já são elementares do tipo penal.

4.3 Direitos do Acusado

A própria Constituição Federal preocupa-se com a violação da intimidade do acusado em seu artigo 5º, inciso LX, onde estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Diante deste preceito constitucional, Gonçalves (2011, pág. 26) evidencia:

Segredo de justiça. Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram esta modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.⁴⁰

Diante do princípio da presunção de inocência também previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LVII, do qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mesmo o processo sendo decretado em segredo de justiça, a presunção de culpa poderá trazer malefícios quanto a reputação moral do acusado. Também obedecendo ao preceito disposto na Carta Magna, o artigo 792, § 1º do Código de Processo Penal, determina:

Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.⁴¹

Diante disso, pode-se entender que, a manutenção do sigilo é a regra neste crime, e que a publicidade dos atos processuais é a exceção. O segredo de justiça poderá ser decretado somente nos casos em que a lei estabelecer e também dependerá de previsão fundamentada pelo douto Magistrado.

⁴⁰GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos Crimes contra a Dignidade Sexual aos Crimes contra a Administração Pública. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴¹ BRASIL. Lei N. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

4.4 Juizados Especiais Criminais e a Lei nº 9.099/95

O legislador decidiu criar um regulamento especial aos juizados especiais cíveis e criminais para os crimes de menor potencial ofensivo. Assim sendo, as contravenções penais e os crimes cuja pena não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, serão considerados crimes de menor potencial ofensivo. Isso quer dizer que, o acusado poderá ser beneficiado com o instituto despenalizador previsto na Lei que é a de suspensão condicional do processo. A respeito Gonçalves (2010, pg.181), deixa claro:

Na suspensão condicional do processo, criada pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, o agente é acusado da prática de infração penal cuja pena mínima não excede a 1 ano e desde que não esteja sendo processado, que não tenha condenação anterior por outro crime e que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam o *sursis* (art. 77 do CP), deverá o Ministério Público fazer uma proposta de suspensão do processo, por prazo de 2 a 4 anos, no qual o réu deve submeter-se a algumas condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados locais; proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e comparecimento mensal e obrigatório a juízo, para informar e justificar suas atividades.⁴²

Além disso, com a entrada em vigor da referida lei, houve uma modificação quanto ao procedimento policial a respeito dos crimes de menor potencial ofensivo. Após comunicado o crime a autoridade competente, ao invés da instauração de inquérito policial a autoridade deverá lavrar um termo circunstanciado – o boletim de ocorrência (B.O.), Conforme disserta o artigo 69 da Lei 9.099/95. Freitas, explica (2005, pág. 2010):

Esse “termo circunstanciado” não passa de um singelo boletim de ocorrência, que consignará os dados dos envolvidos, o resumo do fato praticado, a existência de representação ou de requerimento da vítima e a assinatura da autoridade policial.

Da Delegacia de Polícia já sairão cientificados da data da audiência preliminar o autor do fato e a vítima, os quais assinarão termo de compromisso de comparecimento.

Recusando-se a assinar o termo aludido, o autor do fato será autuado em flagrante, obedecendo-se ao procedimento policial tradicional previsto no Código de Processo Penal.⁴³

Portanto, em regra, no crime de assédio sexual, a titularidade de propor a ação penal é do próprio ofendido, em exceção a essa regra, a titularidade de propor essa

⁴² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal, parte geral. 16ª Ed. Reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴³ FREITAS, Aldo Sabino de. Direito Processual Penal. Goiânia: IEPC, 2005.

modalidade de ação é do Ministério Público, mesmo que o dele seja, é necessária a denúncia e a prévia manifestação de vontade da vítima.

5. CONFLITO APARENTE DE NORMAS NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

5.1 Princípios Para Resolução do Conflito Aparente de Normas

Apesar do crime de assédio sexual apresentar certa simplicidade diante das particularidades apresentadas para a caracterização do crime, pode-se observar que o aplicador da lei encontra-se em uma árdua tarefa de determinar o que caracteriza ou não se trata de elemento caracterizador do crime, ou seja, se é fato típico, antijurídico e culpável, ou ainda, definir se estamos diante de um crime de circunstancia mais gravosa ou de mera contravenção penal. Se tratando de crime de assédio sexual, tem-se a figura do conflito aparente de normas, que é quando duas normas ou mais normas entra em confronto com outras figuras penais que valem ser analisadas adiante para distinguir o crime de assédio sexual de outros tipos penais. Segundo Hiringoyen, (2002, pg. 81):

Diferentes tipos de assediadores foram descritos – tendo todos em comum o ideal de papel masculino dominante e atitudes negativas para com as mulheres e o feminismo – e diferentes categorias de assédio sexual foram identificadas: - o assédio de gênero, que consiste em tratar uma mulher diferentemente por ser uma mulher, com comentários ou comportamentos sexistas; - a chantagem sexual (a única a ser efetivamente reprimida na França); - a atenção sexual não desejada; - a imposição sexual; - a ofensiva sexual.⁴⁴

O objetivo deste capítulo é reunir outros crimes que também procuram proteger a dignidade sexual da pessoa humana, e fazer uma análise dos elementos caracterizadores do crime de assédio e de outros delitos semelhantes. O conflito aparente de normas existe quando estamos diante de uma descrição típica do elemento caracterizador do crime e que possua incidência de outras normas que sejam capazes de regular o mesmo fato criminoso, ou seja, quando existe a ocorrência de um fato e pluralidade de normas que também pretendam regulá-lo. Diante de uma análise doutrinária, pode-se concluir que apenas 1 (um) dos princípios propostos pela doutrina é plausivelmente aplicável. Segundo a análise de tais princípios, Bitencourt (2000, pg. 130 *apud* Girão 2004, pg. 122) aborda:

Da especialidade

Utilizamos a lição de Cesar Roberto Bitencourt (2000:130):

⁴⁴ HIRINGOYEN, Marie-France. Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kuhner. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002.

Considera-se especial uma norma penal, em relação à outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes. Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral. Assim, como afirma Jescheck, “toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo da geral, enquanto que o inverso não é verdadeiro”.

A regulamentação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral e, por isso, deve precedê-la. O princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato.⁴⁵

O Princípio da Especialidade (*Lex specialis derogat generali*) tem por objetivo evitar a dupla penalidade em um mesmo tipo penal. Trata-se da famosa figura do *bis in idem*. Para a doutrina majoritária, é o mais importante para sanar o conflito aparente de normas penais. Portanto, para o referido princípio, a norma especial derroga a norma geral. Aqui, a norma especial tem todos os elementos da geral e outros elementos que são considerados mais ou menos severos que a outra norma. Dentre esses outros elementos, são considerados elementos especializantes. Quanto ao Princípio da Subsidiariedade, Toledo (2001, pgs. 51 – 52, *apud* Girão 2004, pg. 122):

Da subsidiariedade

Para cuidar deste princípio, invocamos as palavras de Francisco Assis de Toledo (2001:51):

Segundo Honig, há subsidiariedade quando diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão. Nessa hipótese o legislador, ao punir a conduta da fase anterior, fã-lo com a condição de que o agente não incorra na punição da fase posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece. (...)

A norma secundária só é aplicável na ausência de outra norma – a norma primária –, já que esta última envolve por inteiro a primeira.

Nos tipos delitivos que descrevem fase prévia, de passagem necessária para a realização do delito mais grave cuja punição abrange todas as etapas anteriores de execução.⁴⁶

No Princípio da Subsidiariedade (*Lex primaria derogat subsidiariae*), avisa ao intérprete de maneira tácita ou expressa, dentro da própria norma, quando o fato deixa de ser constituído como crime mais grave. Assim sendo, a norma subsidiária descreve um fato

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁶ TOLEDO, Francisco Assis de *apud* GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

menos grave. A norma primária – que descreve o fato como “todo” é absorvida pela subsidiária – a menos ampla. Quanto ao Princípio da Consunção, Gonçalves (2010, pg. 27) assevera:

A relação de consunção ocorre quando um fato definido como crime atua como fase de preparação ou de execução, ou, ainda, como exaurimento de outro crime mais grave, ficando, portanto, absorvido por este. Difere da subsidiariedade, pois nesta enfocam-se as normas (uma é mais ou menos ampla que a outra), enquanto na consunção enfocam-se os fatos, ou seja, o agente efetivamente infringe duas normas penais, mas uma deve ficar absorvida pela outra.⁴⁷

No Princípio da Consunção (*Lex consumens derogat consumptae*), consiste na absorção do fato mais amplo e mais grave em outro menos amplo e menos grave. São as hipóteses em que se aplicam o princípio da consunção: crime progressivo, progressão criminosa (progressão criminosa em sentido estrito, *antefactum* impunível, *postefactum* impunível) e crime complexo. Quanto ao Princípio da Alternatividade, Nucci (2014, pg. 113) pondera:

Para Sauer, Spiezza, Maggiore, Raniere, Basileu Garcia e outros penalistas o critério é inútil e supérfluo, pois tudo pode ser resolvido sempre pela sucessividade, especialidade, subsidiariedade ou consunção. É o que também nos parece. A despeito dessas opiniões, defendo o critério Oscar Stevenson: “Sem embargo dessas objeções, justifica-se o princípio da alternatividade. Até mesmo serve como prova de exaustão dos resultados a que se chega no emprego dos demais princípios reitores da aparente concorrência de normas penais.”⁴⁸

Significa que a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra, que também o prevê, de algum modo, como delito. Deve-se deixar claro que não significa que a norma absorve a outra, mas sim, que o fato consome as demais normas permitindo que exista somente uma para regular tal fato.

5.2 Distinções

5.2.1 Assédio Moral

O crime de assédio sexual difere-se do assédio moral. Eventuais comportamentos que constroem a moral encontram apoio em outras searas do direito como: trabalhista, administrativo e disciplinar. No caso do direito penal, pra quem sofre assédio

⁴⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal, parte geral (Coleção sinopses jurídicas; v.7). – 16ª Ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

moral, encontra apoio nos artigos 146 e 147 do CP, onde tratam dos crimes contra a liberdade individual. Girão (2004, pg. 152), tece o seguinte comentário a respeito:

Ao contrário do que se pode imaginar, são palpáveis as consequências do assédio moral na vida e na saúde do trabalhador. Tanto que já é objeto de preocupação do Conselho Federal de Medicina, que baixou a Resolução nº 1.488/98, visando orientar a investigação e o diagnóstico dos médicos que desconfiam da existência de nexo causal entre os sintomas apresentados e as condições de trabalho do paciente.⁴⁹

Aqui, não se trata de obter vantagem ou outro tipo de favorecimento sexual, mas sim em submeter à vítima a condições de constrangimento, humilhação, colocá-la em condição vexatória. Deve-se compreender que o assédio moral parte de uma agressão psicológica não somente do empregador para o empregado, mas daquele empregado que foi promovido a um cargo ficando superior hierarquicamente a quem era subordinado. Dentro do local de trabalho, o assédio moral pode ocorrer tanto por gestos, atos ou palavras que firam a integridade do trabalhador. Assim como no assédio sexual, as condutas devem ser praticadas dentro do ambiente de trabalho.

5.2.2 Constrangimento Ilegal (CP, art. 146)

O constrangimento ilegal difere-se do assédio sexual. Enquanto que, no assédio sexual, se afeta a liberdade de escolha do parceiro sexual, no constrangimento ilegal (CP, art. 146), o bem jurídico afetado é a liberdade de o indivíduo fazer o que lhe aprouver, mas dentro dos limites estabelecidos juridicamente, portanto, trata-se de crime cometido contra a liberdade pessoal. Como dito antes, o assédio é crime contra a dignidade sexual e cometido na relação laboral. Nucci (2014, pg. 663), apresenta a seguinte particularidade no crime de constrangimento ilegal:

Particularidade

Trata-se de tipo subsidiário. Se for possível enquadrar o fato em outro, mais grave, deve-se fazê-lo (ex.: estupro, que é um constrangimento ilegal com a finalidade específica de obtenção da conjunção carnal ou outro ato

⁴⁹ GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

libidinoso). Por outro lado, por ser um tipo secundário, havendo violência que implique lesão, o agente responderá também pelo que causar (§2º).⁵⁰

5.2.3 Estupro (CP, art. 213)

Assemelha-se ao crime de assédio sexual pela conduta típica do verbo *constranger*, e segundo o dispositivo legal, o crime de estupro consiste em *constranger* alguém mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, ou a prática de outro ato libidinoso. A pena é de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Nucci (2014, pg. 816 - 817), apresenta a seguinte particularidade a respeito do estupro:

Particularidade.

Deve-se considerar o estupro e suas formas qualificadas pelo resultado nos mesmos termos em que se confere tratamento ao roubo e suas formas qualificadas, afinal, na essência, são idênticas modalidades de crimes compostos por duas fases, contendo dois resultados. Assim sendo, exige-se dolo na conduta antecedente (violência ou grave ameaça gerando o constrangimento) e dolo ou culpa no tocante ao resultado qualificador (lesão grave ou morte). Justamente por existirem, como possíveis, dois resultados (constrangimento violento + lesão ou morte), previu o legislador um crime único, com penalidade própria (§§ 1º ou 2º do art. 213, CP). Não está autorizado o juiz a *quebrar* essa unidade, visualizado concurso material (estupro + homicídio, por exemplo, onde não existem duas ações completamente distintas. Da conduta violenta, no cenário sexual, advém a morte da vítima. Inexiste concurso de delitos, mas um crime qualificado pelo resultado. Aplica-se, literalmente, o disposto pelo art. 19 do Código Penal, vale dizer, o resultado qualificador deve ocorrer, ao menos, culposamente.⁵¹

Diante da particularidade citada pode-se notar que o crime de estupro possui circunstâncias qualificadoras que podem gerar a pena de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Consiste em circunstâncias qualificadoras se o crime for cometido contra menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, também pode ser qualificado se o crime resultar em lesões graves e pelo resultado morte.

5.2.4 Violação Sexual Mediante Fraude (CP, art. 215)

Se uma criança de 11 (onze) anos, por exemplo, recebe uma proposta de sexo seriamente feita, configura o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). Se houver emprego de

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵¹ Idem.

violência ou grave ameaça para a prática do ato sexual (na forma tentada ou consumada), o crime será de estupro (CP, art. 213). No caso de fraude, será crime de violação mediante fraude (CP, art. 215), quando mesmo sem emprego de violência ou grave ameaça, o agente pratica com a vítima a conjunção carnal ou qualquer outro ato de libidinagem, usando de fraude. Prado (2011, pg. 277) apresenta um exemplo elucidativo e ainda atual quanto ao caso:

Tome-se como exemplo a mulher que, num baile de máscara, no decorrer da festividade, após separar-se momentaneamente do marido, dirige-se a outra pessoa, pensando tratar-se do cônjuge e, objetivando agradá-lo, convida-o para irem ao motel, sendo que a terceira pessoa, aproveitando-se da situação, não só aceita o convite, como sugere que o ato sexual seja realizado também de máscara e na penumbra.⁵²

Os crimes de estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude e de assédio sexual compartilham a mesma objetividade jurídica que é a de proteger a faculdade de escolha do parceiro sexual. Quanto ao crime de estupro e de assédio sexual possuem a semelhança na utilização do verbo constranger na redação do texto legal.

5.2.5 Estupro de Vulnerável (CP, art. 217-A)

O referido crime encontra-se inserido no Capítulo II do Título VI do Código Penal, trata-se de crime sexual cometido contra pessoa vulnerável. A Lei considera pessoa vulnerável aquela que seja menor de 14 (quatorze) anos, sem discernimento para a prática do ato ou pessoa que tenha incapacidade de resistência. O objeto jurídico do referido crime também é a proteção da liberdade sexual do indivíduo. Também possui as qualificadoras do crime de estupro (qualificado pelo resultado de lesões graves e pelo resultado morte). Nucci (2014, pgs. 835-836), aponta também no crime de estupro de vulnerável as seguintes particularidades:

- a) A relação sexual pode ter sido “consentida” pelo ofendido, que, após, não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento o suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo. De todo modo, são previstas as formas qualificadas pelo resultado,

⁵² PRADO, Luiz Reges. Comentários ao Código Penal, 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.

pois é possível ocorrer a relação sexual com efetivo emprego de violência. Nesse caso, o resultado pode atingir conseqüências mais graves, como as lesões ou a morte da vítima. Em suma, por ser tipo penal especial em relação ao art. 213, sempre que a prática sexual envolver menos de 14 anos, enfermo ou deficiente mental ou incapaz de resistir, tipifica-se como estupro de vulnerável, levando-se em conta o art. 217-A.⁵³

Ainda que a vítima tenha consentido o ato o crime estará configurado pelo fato de não possuir discernimento do ato libidinoso. O verbo constranger não se faz presente neste ato, somente a conduta típica do crime de estupro que é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso.

5.2.6 Ato Obsceno (CP, art. 233)

Em relação ao crime de ato obsceno (CP, art. 233), também é necessário saber apartá-lo do crime em estudo, pois, o crime de ato obsceno fere o sentimento médio de pudor da pessoa. Muitas vezes, aquele que assedia também se utiliza de movimentos obscenos para insistir ou tentar criar a idéia na mente da vítima para obter o favorecimento desejado. Daí a necessidade de diferenciação do que é assédio sexual ou um mero ato obsceno. Segundo Nucci (2014 pgs. 870-871), os elementos objetivos do crime de ato obsceno são:

Praticar (executar, levar a efeito ou realizar, implicando em movimentação do corpo humano e não simplesmente em palavras) ato obsceno em lugar público (é o local de aberta freqüência das pessoas, como ruas, praias, avenidas, entre outros), ou aberto ou exposto ao público (é o que tem entrada controlada, mas admite uma variada gama de freqüentadores, como os parques, cinemas, teatros, dentre outros). A conceituação de *ato obsceno* envolve, nitidamente, uma valoração cultural, demonstrando tratar-se de elemento normativo do tipo penal. *Obsceno* é o que fere o pudor ou a vergonha (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa), tendo sentido sexual. Trata-se de conceito mutável com o passar do tempo e deveras variável, conforme a localidade.⁵⁴

Restou claro que é crime completamente distinto de assédio sexual. Embora o agente dentro do ambiente de trabalho utilize de cenas ou objetos para chamar a atenção da vítima, geralmente, ocorre em lugares reservados. Diferentemente do ato obsceno que ocorre em locais públicos, aberto ao público ou expostos ao público.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁴ Idem.

5.2.7 Distinção Entre o Crime de Assédio Sexual dos Crimes Contra a Honra (Capítulo V, Título I, Parte Especial do CP)

O crime de assédio sexual, em todos os seus elementos é completamente diferente dos crimes contra a honra, são eles: calúnia, injúria e difamação. Imagina-se ser possível a punição do assediador por um dos crimes contra a honra se este for flagrado por terceiro, de maneira que a imagem da vítima fique afetada. Porém, afasta a incriminação de assédio sexual devido à vontade do agente, pois, o crime em análise é de cunho estritamente sexual. Girão (2004, pg. 147), elucida:

Não resta dúvida de que a publicidade de uma persecução penal resultante da prática do assédio sexual pode ocasionar danos a dignidade e decoro da vítima e, por vezes, do próprio acusado. Essa ausência de respeitabilidade para com a vítima, mais do que tornar penosa sua frequência ao local de trabalho, refletirá em seu desempenho profissional, fatos que também podem prejudicar sua reputação, propiciando movimentação processual nas áreas civil e trabalhista.⁵⁵

Portanto, os crimes contra honra podem sim ser consequentes do crime de assédio sexual. A honra da pessoa pode ficar comprometida sendo possível o eventual concurso de crimes em conjunto com o assédio sofrido. Dependendo do caso, estaria em concurso com uma calúnia, injúria ou difamação. Segundo Ferreira, no dicionário da Língua Portuguesa (Nova Fronteira, 1988), Caluniar significa atribuir falsas informações a alguém. Injuriar significa insultar alguém em público, vulgarmente falando, é o mesmo que xingar. Difamar significa macular uma pessoa publicamente de modo que deixe sua reputação desacreditada perante a sociedade.

5.3 Tutela Extrapenal do Assédio Sexual

A conduta de assédio sexual, além de se enquadrar no ordenamento jurídico-penal, existe outras previsões legais que contemplam tanto na esfera penal quanta na esfera trabalhista e na esfera civil. É necessário analisá-las para evitar conflitos a respeito da compreensão da esfera pertencente do crime em estudo. Senão vejamos:

a) ESFERA TRABALHISTA

⁵⁵ GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

Nem todas as condutas caracterizam assédio nessa esfera, pois, aqui, o objeto da conduta restringe-se tão puro e simplesmente ao aspecto laboral, não abrangendo totalmente as relações docentes, pois, nesse caso, quem sofreu o assédio não poderá se valer de rescisão direta no contrato trabalhista

b) ESFERA CÍVEL

O Código Civil prevê a figura da coação (art. 151), em que a manifestação da vontade da vítima está sendo violada de tal maneira que venha causar danos a sua pessoa, a seus bens e a sua família, pois, o trabalho e o salário correspondente têm caráter alimentício, caso a vítima seja submetida a uma coação, há a previsão de indenização para o referido caso. O dispositivo aplica-se após a consumação dos fatos, ou seja, com a demissão ou a rescisão direta do contrato de trabalho. Antes disso, não há que se falar em prejuízo ou dano moral.

5.4 Questões Prejudiciais no Processo do Crime de Assédio Sexual

Nos artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal, são tratadas a respeito das questões prejudiciais que são empecilhos que podem ocorrer e dificultar o desenvolvimento normal do processo. Pode acontecer no crime de assédio sexual de o juiz deparar-se com algum impedimento que venha contrariar o decurso dos autos processuais. Como exemplo de questão prejudicial no crime é o fato de analisar a existência de superior hierárquico ou ascendente em relação ao cargo, emprego ou função da vítima. Segundo Capez (2012, pg. 473):

Obs.: A questão prejudicial condiciona a solução da demanda, diante da dependência lógica existente entre ambas. Trata-se, portanto, de valoração jurídica ligada ao *meritum causae*, a qual, necessariamente, deverá ser enfrentada previamente pelo juiz, sinalizando a provável decisão da causa.⁵⁶

As questões prejudiciais, quanto aos seus efeitos, podem ser: obrigatórias ou necessárias (CPP, art. 92) e facultativas (CPP, art. 93). São obrigatórias ou necessárias quando o juiz entende a necessidade de suspender o processo, sendo que não tem a competência para resolver a lide. A mesma só poderá ser resolvida se o juízo competente manifestar. Exemplo:

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

no caso de crime de bigamia a competência é da Vara Criminal, porém, para a anulação do casamento é necessário a atuação do juiz da Vara Cível para anulação do casamento.

São facultativas quando o juiz tem a faculdade de suspender ou não o processo, nas de efeitos obrigatórios, tratam-se de questões prejudiciais em sentido estrito, onde o juiz é obrigado a suspender o processo, na segunda trata-se de questões prejudiciais em sentido estrito, onde a opção de suspender o processo é facultativa, ou seja, são questões que não dizem respeito ao estado civil da pessoa para que influa na existência do próprio crime. É importante salientar que, no crime de assédio sexual é possível a existência dessas questões que venham trazer prejudicialidades em seu processo.

6. CONCLUSÃO

Infelizmente o problema do assédio sexual é um caso muito comum tanto no Brasil quanto em outros países. Muitas vezes, a vítima assediada não denuncia por medo de acreditarem que ela teve culpa de ter sido assediada, pois, na maioria das vezes o chefe (superior hierárquico) acaba tentando transferir a culpa para a pessoa.

Dessa forma, pode-se notar que o assédio sexual é uma forma de discriminação ligada ao sexo, e no Brasil, de forma geral, é mais comum do homem contra a mulher nas relações de trabalho em razão do referencial numérico entre homens e mulheres que ocupam cargos executivos.

Concerteza, o crime não é punido pelo grande número de mulheres que sofrem o assédio e não tem a coragem de denunciar devido ao sentimento de medo e, ainda por desconhecerem que estão diante de um fato criminoso ao qual possui previsão legal para punir o agente. Uma das soluções plausíveis para solucionar o conflito seria se as empresas estabelecem normas esclarecendo acerca do crime de assédio sexual e que estas estivessem ao alcance dos empregados ao contratá-los, pois, seria um direito dos mesmos.

Infelizmente o problema do assédio sexual é um caso muito comum tanto no Brasil quanto em outros países. Muitas vezes, a vítima assediada não denuncia por medo de acreditarem que ela teve culpa de ter sido assediada, pois, na maioria das vezes o chefe (superior hierárquico) acaba tentando transferir a culpa para a pessoa.

O sentimento de medo dá-se através da falta de conhecimento do assunto e não saber qual medida deverá ser tomada diante disso. Por isso, o Código Penal exige que, para ser caracterizado o assédio, entre o assediador e a vítima deve existir uma relação laboral, ou seja, superior hierárquico prevalecendo de cargo ou função, para constranger ou obter um favorecimento sexual.

Sendo assim, vale dizer que, não é qualquer conduta de “gentileza” do (a) chefe à sua (eu) empregada (o) no ambiente de trabalho caracteriza o delito. O patrão que conta uma anedota à sua empregada e esta acaba se sentindo envergonhada, nesse caso, não há propriamente o assédio sexual. Também, simples elogios ou gracejos eventuais e, tampouco um convite para jantar não configurariam o delito. Mas, se houver recusa da funcionária em aceitar convites de seu chefe e por sua vez, este continuar importunando-a com cantadas reiteradamente, já haverá o crime.

O trabalho não se trata apenas, estritamente, de uma relação empregado – empregador = remuneração. Vai muito além disso. É também entendido como um ato de autorrealização do ser humano. Aquele que trabalha está exercendo seu direito humano e fundamental, realizando suas necessidades humanas e também obtendo aprendizado.

Muitas vezes o Poder Judiciário julga desfavoravelmente as vítimas nas ações que envolvem o problema do assédio sexual. A inclusão da figura típica desse crime que se tornou realidade através da Lei 10.224/2001, ela demonstra certo amadurecimento do legislador pátrio ao render-se aos reclames da sociedade, manifestados de diversas formas tanto na doutrina como nas decisões dos tribunais brasileiros.

Por outro lado, quando não existe uma relação laboral é possível, só que, não existe a incidência do direito penal para o assédio sexual, justamente pelo fato de valer-se das características de cargo\emprego\função. Portanto, é necessária a existência de 02 (dois) elementos: a condição de inferior e superior e de que se tire o proveito dessa condição. O tipo penal fala em constranger alguém, isto quer dizer, tanto o homem quanto a mulher pode ser vítima. Porém, na prática, a mulher é a maior vítima desse tipo de crime.

7. REFERENCIAS

DOCTRINAS:

ALMEIDA, João Ferreira de. Bíblia Sagrada. 2º Edição. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 10ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASILE, César Reinaldo Offa. Direito do Trabalho: Duração do Trabalho a Direito de Greve. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. de acordo com a Lei nº 12.403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Saraiva: 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. PARTE ESPECIAL (ARTS. 121 AO 361). 6ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: *jusPODIVM*, 2014.

FERREIRA, em Aurélio Século XXI, o dicionário da Língua Portuguesa. 3ª ed revista e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FREITAS, Aldo Sabino de. Direito Processual Penal. Goiânia: IEPC, 2005.

GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Victor Eduardo Rios. Direito penal, parte geral. 16ª Ed. Reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRINGOYEN, Marie-France. Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kuhner. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002.

JESUS, Damásio E. de; GOMES, Luiz Flávio, coordenadores. Assédio Sexual. São Paulo: SARAIVA, 2002.

JESUS, Damásio E. de; GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. São Paulo: Saraiva, 2002 *apud* GIRÃO, Rubia Maria Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 10. Ed. Revista e Atual. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 *apud* GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. Crime de Assédio Sexual. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Luíz Reges. Comentários ao Código Penal, 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.

SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. Rev. e atual. SÃO PAULO: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003.

TOLEDO, Francisco Assis de *apud* GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. *Crime de Assédio Sexual*. Estudos da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2004.

LEIS:

BRASIL. Decreto – Lei N. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Decreto – Lei N. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto – Lei N. 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei N. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei N. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providencias. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei N. 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providencias. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei N. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Vade Mecum*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTES ELETRONICAS:

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/9/20/cotidiano/8.html>.

Acesso em: 19 de Maio de 2014.

<http://www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 19 de maio de 2014.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>, Acesso em: 23 de junho de 2014.

http://club-k.net/index.php?option=com_content&view=article&id=10525:padres-angolanos-envolvidos-em-escandalo-sexual&catid=2:sociedade&Itemid=88.

Acesso em: 12 de Outubro de 2014.

<http://pauloqueiroz.net/crimes-contr-a-dignidade-sexual-2/>.

Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2430/assedio-sexual-nas-relacoes-de-trabalho>.

Acesso em: 15 de Dezembro de 2014.

<http://diversao.terra.com.br/gente/assedio-sexual-conheca-famosos-que-sofreram-processos-milionarios,195ae0325ac5a310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>.

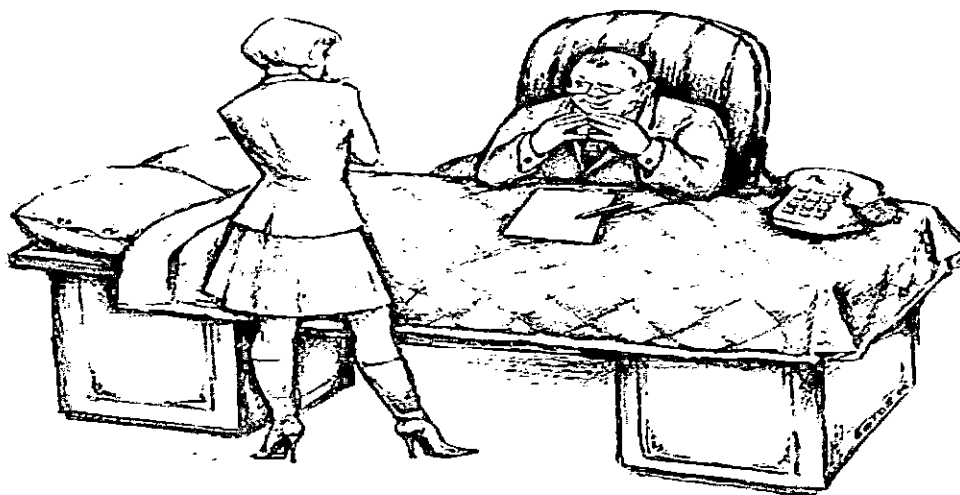
Acesso em 16 de Dezembro de 2014.

<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#fotoNav=8>.

Acesso em: 19 de Dezembro de 2014.

8. ANEXO

SAIBA O QUE FAZER EM CASO DE ASSÉDIO SEXUAL:



- 1) Diga "não" claramente ao assediador. Cartilha do Ministério do Trabalho e Emprego recomenda que a vítima deixe bem claro que não aceita a conduta do assediador.
- 2) Conte as colegas de trabalho o que está acontecendo. OIT (Organização Internacional do Trabalho) estima que 52% das mulheres já sofreram assédio sexual no local de trabalho.
- 3) Reúna provas do assédio, como bilhetes, e-mails e presentes. Especialistas dizem que falta de provas dificulta condenações.
- 4) Identifique colegas que possam ser testemunhas em caso de processo. OIT calcula que 52% das mulheres já sofreram assédio sexual em todo o mundo.
- 5) Relate o comportamento do assediador ao recursos humanos ou procure a ouvidoria externa da empresa.
- 6) Se nada for feito, procure o sindicato da sua categoria. Entre as secretárias, sindicato afirma que 25% já foram vítimas de assédio sexual.

7) Outra saída é fazer um boletim de ocorrência em uma delegacia da mulher. Assédio sexual é crime previsto no Código Penal desde 2001.

8) Registre uma denúncia na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego. Crime de assédio sexual prevê pena de detenção de um a dois anos.⁵⁷

⁵⁷ 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#fotoNav=8>. Acesso em: 19 de Dezembro de 2014.