

# **ASSÉDIO SEXUAL: DA INSUFICIÊNCIA DA TIPIFICAÇÃO PENAL À PROTEÇÃO DA SOCIEDADE**

**Paula Ângela M. Lins**  
Advogada

## **1. Introdução**

O presente artigo tem como foco a apresentação das principais incorreções à tipificação penal dadas ao crime de assédio sexual, as quais resultaram em inúmeras restrições à sua aplicação penal, principalmente em decorrência do veto presidencial ao parágrafo único do artigo 216-A, que englobava como conduta delituosa o prevalectimento de autoridade nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, bem como de ministério religioso.

Ademais, aponta a divergência doutrinária acerca da necessidade ou não da criminalização do assédio sexual. Segundo a corrente contrária, existiriam meios extrapenais (sejam medidas civis, administrativas ou trabalhistas) capazes de restabelecer a ordem violada pelo cometimento do delito, sendo afastada a exigência de tutela penal e respeitado o princípio da intervenção mínima. Todavia, optou-se pela corrente favorável à tipificação específica do crime em análise, por entender que somente a sanção penal ditada pelo ordenamento jurídico repressivo seria capaz de proteger a sociedade dos graves resultados advindos do assédio sexual.

A discussão trata também da dificuldade na colheita de provas, dado o caráter de clandestinidade com que se reveste o crime; trazendo, por fim, a notícia do projeto que pretende dar uma nova redação ao assédio sexual, a qual afastaria algumas incertezas interpretativas hoje pendentes, bem como contemplaria a tutela da sociedade em geral, uma vez que englobaria as condutas vetadas na lei ora em vigor.

## **2. Críticas à tipificação penal no crime de assédio sexual**

Para expurgar o assédio sexual das relações sociais, indispensável se faz a intervenção estatal na esfera penal, pois, em consonância com as

lições de Ferri<sup>1</sup>, a proibição do Estado tem força imperativa e, por conseguinte, “[...] imporá ao transgressor da proibição as coerções concretas, para que os cidadãos vejam e experimentem que a proibição não se transgride impunemente.”

Todavia, a criminalização do assédio sexual não atende plenamente esse anseio, vez que, segundo Teles<sup>2</sup>, o legislador descreveu mal o tipo penal, “[...] buscando conferir proteção à liberdade sexual das pessoas contra comportamentos indignos realizados no dia-a-dia, no trabalho e em outras relações interpessoais, a norma não satisfaz aos interesses da sociedade, dada sua imprecisão técnica”.

Quando preferiu usar o verbo “constranger”, que é mais amplo do que o vocábulo “assediar”, o artigo 216-A continuou deixando margem para dúvidas e incorreções sobre a aplicação da lei ao crime de assédio sexual, em decorrência das dificuldades na conceituação do tipo penal.

A imprecisão deixa lacunas para interpretações subjetivas, podendo levar o julgador a beneficiar o acusado devido à dificuldade em se provar o cometimento do assédio, que, via de regra, é praticado na clandestinidade. Segundo pesquisas apontadas por Teles (2004), a dificuldade de colheita de provas leva menos de 1% das pessoas a seguir com o caso até a delegacia de polícia e à justiça, como ressalta Prado<sup>3</sup>:

O delito de assédio sexual reveste-se de especiais dificuldades de prova (v.g., o temor, por parte da vítima, de que venha a ser demitida e/ou de que não logre encontrar outro emprego; o receio de reprovação social etc.), pois normalmente não existem documentos, testemunhas ou perícias que possam atestar a sua ocorrência, restando tão somente a palavra do assediador contra a da vítima.

Quanto à adequação típica, também falhou o legislador, posto não estarem presentes na redação do crime de assédio sexual todos os elementos

---

<sup>1</sup> FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Booksleer, 1998, p. 140.

<sup>2</sup> TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial: arts 213 a 359-H*. São Paulo: Atlas, 2004. vol 3. p. 84.

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial, arts. 184 a 288*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 294.

constitutivos do tipo penal, vez que não há previsão expressa do dolo, ou seja, de qual o comportamento da vítima desejado pelo autor da conduta ilícita (constranger alguém a fazer o quê?). Destarte, o elemento subjetivo geral, isso é, o dolo, somente pode ser identificado através do elemento subjetivo especial, que consta do intuito de obter vantagens ou favorecimentos sexuais.

A escolha da própria palavra “vantagem” também não representa rigor técnico, pois seu emprego denota, na maioria das vezes, sentido de cunho patrimonial, de lucro e não de natureza sexual.

Outrossim, segundo as lições de Pamplona Filho<sup>4</sup>, a expressão “favores sexuais”, advinda do modelo espanhol, é imprecisa e configura tipo aberto, que é combatido pela doutrina criminal, posto que viola o princípio da taxatividade da norma penal incriminadora, segundo o qual *nulla crimen nulla poena sine lege stricta*. Desta feita, coube mais uma vez ao intérprete a tarefa de preencher os elementos não integrantes expressamente no tipo, através da doutrina e jurisprudência.

Segundo o supracitado autor, o redator também não cuidou da indicação do meio de execução do crime de assédio sexual, por conseguinte, qualquer meio, ainda que sejam palavras, pode ser utilizado para o constrangimento, desde que comprovada a gravidade do resultado e da conduta. Com isso, mais uma vez a lacuna da lei deixa margem para incorreções, como, por exemplo, a facilitação do conluio entre a alegada vítima e o suposto assediador, que, juntos, podem forjar a existência do assédio sexual com o intuito de lesionar terceiros, visando alcançar indenizações por dano moral.

### **3. O princípio da intervenção mínima e a necessidade de criminalização do assédio sexual**

Com o movimento social de ascensão da burguesia, ocorrido no século XVIII, houve a necessidade premente de adotar critérios constitucionais para a determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes, os quais passaram a se submeter a uma intervenção mínima

---

<sup>4</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *O assédio sexual na relação de emprego*. 2000. 342 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

estatal como forma de reação ao sistema penal do Absolutismo de bases medievais, notadamente marcado pela edição de leis injustas e arbitrárias.

Muito embora o princípio em apreço não esteja expressamente disciplinado em nosso ordenamento jurídico, a intervenção mínima se deduz de normas insertas na Constituição, como se pode depreender das lições de Cabrera<sup>5</sup>:

O art. 5º, *caput*, diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana; decorrendo, sem dúvidas, desses princípios constitucionais que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitimam se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais e instrumentais indispensáveis à sua realização social.

Destarte, tem-se que o princípio em comento orienta e delimita o poder incriminador do Estado, preconizando que o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, ou seja, ser utilizado como último guardião, atuando somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de tutelar os bens jurídicos (princípio da ofensividade), e desde que o dano seja considerável (princípio da insignificância).<sup>6</sup>

O Direito Penal deve, pois, prevenir o ataque aos bens jurídicos mais fundamentais, protegendo os valores da sociedade através de sanção penal ditada pelo ordenamento jurídico, aplicada quando a conduta ofensiva for considerada de maior reprobabilidade social, atingindo o mínimo possível a liberdade individual da qual é garantidor.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> CABRERA, Marcus Antônio Ferreira. Reflexões sobre os princípios da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 281-282.

<sup>6</sup> BIANCHINI, Alice. A legitimação do processo de incriminação do assédio sexual. In: JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>7</sup> AZEVEDO, André Boiani e. *Assédio sexual* : aspectos penais. Curitiba: Juruá, 2007.

Nesse diapasão, depreende-se que quando os meios extrapenais (sejam medidas civis, administrativas, trabalhistas, etc.) de controle social forem suficientes para restabelecer a ordem jurídica violada, o Direito Penal deve ser resguardado.

Segundo Roxin<sup>8</sup>, “A razão deste princípio radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade, e, com isso, produz também um dano social.”

Em que pese tal necessidade de limitar o *jus puniendi* estatal, não tem o legislador obedecido ao princípio em exame, de forma que, a partir da segunda metade do século XIX, ocorreu uma tendência à criação excessiva de delitos criminais, a pretexto de remediar todas as mazelas, levando ao descrédito o Direito Penal e a sanção criminal, cuja eficácia preventiva restou mitigada.

Embasado nesse parâmetro, muitos são os autores, como Cezar Roberto Bitencourt (2004), Luiz Flávio Gomes (2002), Rodolfo Pamplona Filho (2000) e Damásio de Jesus (2002), que acreditam ser desnecessária a criminalização do assédio sexual. Utilizam o argumento de que o princípio da intervenção mínima estaria sendo violado, alegando que o assédio sexual pode ser resolvido na seara extrapenal, sob a égide do Direito do Trabalho, do Direito Civil e do Direito Administrativo. Entende-se forçoso o raciocínio por eles defendido de que os bens jurídicos feridos pelo crime em estudo já estão protegidos por outras figuras penais, tais como o constrangimento ilegal, a ameaça, a importunação ofensiva ao pudor, a perturbação à tranquilidade, o crime de injúria e o ato obsceno, não havendo necessidade de incriminação específica. E ainda, sugerem que o delito deveria ser resolvido mediante transação penal e somente em uma segunda ocorrência de assédio sexual entre as mesmas partes envolvidas é que deveria ser acionada a sanção penal, propriamente dita.

No entanto, mister destacar que há contradição dentro da própria corrente que entende desnecessária a criminalização do assédio. Assim é que, Luiz Flávio Gomes (2002), embora filiado à vertente da descriminalização, em flagrante contra-senso, aponta inúmeras virtudes

---

<sup>8</sup> ROXIN apud SYLLA, Antônio Roberto. O “preâmbulo” da Constituição Brasileira e sua relevância para o direito penal. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.117

advindas da norma de conduta do crime, seja pela imposição de tutela específica dos bens jurídicos ofendidos pelo delito, ou por motivar as pessoas rumo à obediência da norma, e ainda por desencadear a adoção de medidas preventivas por parte das empresas.

Neste trabalho entendeu-se que o assédio sexual está inserido no rol dos crimes que precisam de tutela penal devido à gravidade dos fatos que podem dele advir, tais como a perda da subsistência própria e da família, decorrentes da demissão em caso de recusa à chantagem; além de violação intolerável à liberdade sexual, à honra e à não-discriminação do trabalho, que são os bens jurídicos atacados pela conduta delitiva.

Neste sentido, assim se manifestou Eluf<sup>9</sup> quanto à necessidade de se incriminar o assédio sexual em razão do dano que o crime pode causar à vítima:

Se um chefe faz insistentes convites à secretária e esta, ao se negar a atendê-lo, perde o emprego, evidencia-se que ele se utilizou de meios ameaçadores para conseguir os contatos sexuais e, ao final, inescrupulosamente, cumpriu sua ameaça, demonstrando vilania. A vítima, por sua vez, sofreu gravíssimas ofensas, de ordem psicológica e econômica. Perdeu suas condições de subsistência e, eventualmente, de sua família. Não se tratou, portanto, de uma investida mal-sucedida. Ocorreu um delito, tamanha a gravidade das consequências.

Portanto, o presente estudo segue pela corrente favorável à previsão normativa da conduta como tipo penal específico, possibilitando que o Estado alcance pelo menos um dos fundamentos da pena, qual seja o da prevenção geral. A esse entendimento filiam-se doutrinadores como Alice Bianchini (2002), Luiza Nagib Eluf (1999a; 1999b) e Rubia Mara O. C. Girão (2004).

---

<sup>9</sup> ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 8.

Bianchini<sup>10</sup> acrescenta ainda que “[...] o Direito Penal também serve para a desaprovação massiva das condutas que gravemente atentem contra a existência dos bens jurídico-penais e, por decorrência, dos que as cometem.”.

Diante do exposto, resta comprovada a necessidade de tipificar penalmente o crime de assédio sexual devido à gravidade dos seus resultados.

#### **4. O veto ao parágrafo único do art. 216-a e a insuficiência do tipo penal para proteção da sociedade**

Imperioso destacar a limitação ao tipo penal do assédio sexual, que somente se vê configurado quando o agente se prevalece de sua condição de superior hierárquico da vítima ou quando, pelo menos, tem ascendência sobre ela, em termos de posição de mando decorrente de relação administrativa ou própria de vínculo trabalhista, ou seja, quando houver uma interação desequilibrada entre as pessoas, fortemente marcada pela assimetria de poder, demonstrando uma relação de sujeição da vítima perante o assediador.

Desta maneira, a sociedade deixou de ver-se resguardada especificamente pelo crime de assédio sexual em diversos casos cotidianos, uma vez que não preenchem o requisito básico do tipo, qual seja a ascendência do agente em relação à vítima oriunda de vínculo de trabalho. Assim, serão consideradas atípicas, vez que não estão previstas pelo art. 216-A, as relações entre:

- diarista e proprietários do imóvel, pois, apesar de haver relação doméstica, o Direito do Trabalho não a classifica como relação empregatícia, pois lhe faltam os elementos essenciais da habitualidade e da remuneração mediante salário, conforme determinação do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Todavia, conforme salienta Bitencourt (2002), é preciso atentar para o fato de que, havendo o assédio sexual na *relação empregatícia* (aquela dotada de todos os requisitos legais) entre patrões e empregados domésticos, estará o crime conformado com a norma penal incriminadora, ensejando, portanto, a aplicação da sanção penal;

---

<sup>10</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 9.

- pais e filhos, ou entre padrasto/madrasta e seus enteados e quaisquer outras relações familiares de pessoas que vivem ou não sob o mesmo teto, mas cujo vínculo não faz parte do rol previsto no tipo penal;
- hóspede e empregado do hotel ou entre aquele e o proprietário;
- padres, freiras, pastores e demais clérigos, bem como líderes de seitas religiosas que orientam espiritualmente seus fiéis, aproveitando-se da sua boa-fé para molestá-los, deixando em choque toda a comunidade;
- docente e discente, deixando de amparar gravíssima forma de assédio cometida por professor que exige vantagens ou favores sexuais de seus alunos, os quais ficam mais vulneráveis nas relações de poder existentes no meio acadêmico, seja em razão do desempenho escolar que o professor irá lhes atribuir, ou porque dependa daqueles como guia para suas próprias carreiras docentes, e ainda em outros casos.

São ainda desprotegidos os empregados que são assediados por colegas de trabalho, pois, apesar de presentes a maioria dos requisitos, não há superioridade hierárquica, desta feita caracterizando apenas o assédio ambiental, que é modalidade do crime em estudo não prevista pelo ordenamento jurídico penal. Assim, nem mesmo as relações laborais foram suficientemente abarcadas pela criminalização do assédio sexual, já que o legislador não atentou para as diversas facetas e consequências do problema.<sup>11</sup>

Diante do exposto, frise-se que o assédio previsto nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade supramencionadas, necessita sobremaneira da tutela estatal, dada o caráter de subjetividade de que se revestem tais vínculos, como bem assinala o mestre Aníbal Bruno<sup>12</sup>:

[...] o agente transforma em agressão o que cumpria ser apoio e assistência. E, como aquela atitude de solidariedade e auxílio era o que devia haver nessas situações, o agente viola a confiança natural em que se encontra a vítima, o que lhe diminui a defesa, facilitando a execução da ação criminosa e favorecendo a segurança do seu autor.

---

<sup>11</sup> PENA, Tânia Mara Guimarães. *Assédio sexual na relação de emprego: da insuficiência do tipo penal para proteção dos empregados*. 2003. 208 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

<sup>12</sup> BRUNO *apud* MOREIRA, 2002, p. 154-155.

Ocorre que todos os citados casos teriam sido absorvidos pela norma penal não fosse o grande equívoco de interpretação que resultou no veto ao parágrafo único do artigo 216-A, acolhido pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, *in verbis*:

Art. 216-A

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem cometer o crime:

I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

II – com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério.<sup>13</sup>

As razões do veto parcial ao Projeto de Lei nº. 14, de 2001 (nº. 61/99 na Câmara dos Deputados), explicitadas através da Mensagem nº. 424, de 15 de maio de 2001, proveniente da subchefia para assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, confusamente, dizem tratar da defesa do interesse público, vez que o crime de assédio sexual entende-se mais gravoso quando praticado naquelas circunstâncias previstas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A.

A justificativa do veto, pois, segundo o entendimento do Ministério da Justiça, era de que o art. 226 do CP já institui causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas no texto vetado, de maneira que, caso fosse recepcionado pelo ordenamento jurídico, o parágrafo único impediria a incidência do referido art. 226 do CP, sob alegação de violar o princípio do *non bis in idem*.<sup>14</sup>

Destarte, os motivos acolhidos pelo Presidente defendem que a manutenção do parágrafo único seria um dissenso, haja vista que implicaria em indevido benefício instituído em favor do assediador. Entrementes, foi justamente isso o que aconteceu, pois o agente do assédio sexual acabou sendo favorecido pelos estreitos contornos da figura típica delineada no diploma penal.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001. Acrescenta o artigo 216-A. (Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes.) 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>14</sup> AZEVEDO, op. cit.

Em consequência, o que se depreende do “desastrado e paradoxal veto presidencial”<sup>15</sup> é que, visando aumentar a eficácia da norma repressiva, aplicando pena mais rigorosa aos agentes ora suprimidos, o veto limitou o texto legal, reduzindo a punição do assédio sexual única e exclusivamente ao assédio sexual laboral (*caput* do dispositivo). O mesmo autor acrescenta:

Embora não tenha sido essa a intenção do veto, pelo menos, minimizou a abrangência do assédio sexual: todas as condutas que se amoldarem às descritas no veto (...) serão atípicas. Digamos que o veto presidencial produziu aquilo que, popularmente, se diz: *o tiro saiu pela culatra!* Ou seja, pretendendo ampliar a abrangência da norma criminalizadora, o veto a restringiu.<sup>16</sup>

Assim, a conduta de assédio sexual praticada por agente que se prevalece de relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade e com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério serão atípicas, não havendo como puni-las pelo crime previsto no art. 216-A.

Forçosa, pois, uma reforma no tipo penal para aperfeiçoar sua operatividade. Nesse liame, a autora Rúbia Mara O. C. Girão<sup>17</sup> apresenta o Anteprojeto do Código Penal fornecido pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Presidente da Comissão de Reforma, que pretende dar nova redação ao crime de assédio sexual, nos seguintes termos: “Assediar alguém, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favor de natureza sexual, como condição para criar ou conservar direito ou para atender à pretensão da vítima, prevalecendo-se do cargo, ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade”.

A adoção do novel texto implicaria em profundas e positivas mudanças no cenário atual de incriminação ao assédio sexual, abrangendo como agentes ativos aquelas pessoas que praticam a conduta delitativa no exercício de ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade, promovendo efetiva realização de justiça frente ao crime em tela, que não mais se restringiria às relações laborais.

---

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 42-43.

<sup>17</sup> GIRÃO, Rúbia Mara Oliveira Castro. *Crime de assédio sexual*: estudos da Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001. São Paulo, Atlas, 2004, p. 32.

Outrossim, a escolha do verbo assediar como núcleo do tipo penal, e o emprego da sua devida complementação (objeto direto e indireto), com expressões precisas, possibilitará uma regulamentação jurídica mais ampla, coerente e sistemática, “elevando o nível de segurança e rendendo homenagem ao princípio da taxatividade, consectário da reserva legal”<sup>18</sup>

## 5. Da dificuldade na colheita de provas

Apesar de os obstáculos para colheita de elementos probatórios não serem específicos do assédio sexual, mas, antes, estenderem-se aos demais crimes contra os costumes, devido à sua natureza de clandestinidade e ainda a outras infrações cujas provas são ocultadas pelo autor da ação delitiva, não se pode olvidar que este configura mais um empecilho à proteção da sociedade de que se reveste a norma penal em apreço, merecendo, portanto, que sejam suscitadas questões pertinentes ao tema.

Ademais, conforme assinala Felker<sup>19</sup>, “[...] o ofensor dissimula sua conduta, normalmente não age ostensivamente, nem fará declarações ou ameaças na presença de testemunhas”, o que resultará na redução dos elementos de prova de autoria quase que exclusivamente às declarações feitas pela pessoa ofendida. Até porque, conforme preceitua o art. 156 do CPP, “a prova da alegação cabe a quem a fizer” no tocante às ações penais de iniciativa privada.

Essas limitações podem implicar risco premente de que a ilicitude continue ocorrendo em relação à mesma vítima, como também se estenda a outros subordinados do chefe-assediador.

Diante do exposto, necessário que a palavra da pessoa assediada tenha relevo, pois, em uníssono com Tourinho Filho<sup>20</sup> “[...] se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem”.

Assim se posicionaram julgados do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

---

<sup>18</sup> SILVA, Wellington César Lima e. Aspectos controvertidos do assédio sexual. In: JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

<sup>19</sup> FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 264.

Em tema de delitos sexuais, é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem, isoladamente, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade.<sup>21</sup>

E ainda:

Os delitos de natureza sexual são, rotineiramente, praticados na clandestinidade, cercando o sujeito ativo de todas as cautelas e cuidado, presentes, tão somente, os personagens participantes da cena chocante. Bem por isso que, na palavra da ofendida, de fundamental importância para a elucidação da ocorrência é que se haverá de encontrar socorro para a evidenciação de verdade, ou não, da imputação. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende ponha-se a vítima a, inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto.<sup>22</sup>

Todavia, o grande problema resulta no fato de que, apesar da relevância que assume a palavra da vítima, é também essa prova revestida de notória fragilidade. Primeiro porque o julgador pode entender que a declaração do assediado está corrompida por algum motivo espúrio de ressentimento, ódio ou vingança, levando-o a não dar o devido crédito ao testemunho oferecido. Segundo porque, em obediência ao princípio de presunção de inocência encravado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, o que acaba favorecendo o acusado.

---

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO *apud* MOREIRA, 2002, p. 151.

<sup>21</sup> (TJSP – AP – Rel. Acácio Rebouças – RT 442/380).

<sup>22</sup> (TJSP – AP – 2ª Câm. – Rel. Canguçu de Almeida – RT 718/389).

Por conseguinte, de acordo com as lições de Moreira (2002), para ser aceita, a palavra do assediado deverá ser corroborada por outros elementos probatórios, ainda que sejam apenas indícios ou presunções.

Neste diapasão, é possível recorrer aos expedientes dispostos no art. 212, inciso IV, do CC/02, segundo o qual os fatos jurídicos a que não se dispuser forma especial, poderão ser provados mediante presunção, e no art. 335, do Código de Processo Civil – CPC, por meio do qual o juiz formará seu convencimento por meio das chamadas “máximas de experiência”, utilizadas quando faltarem normas jurídicas particulares.<sup>23</sup>

Destarte, as evidentes dificuldades probatórias seriam amenizadas também pela prova suprida em atos similares praticados pelo assediador em relação a outras vítimas, reforçando a possibilidade de imputar àquele a autoria do fato delitivo.

Em contramão a esse entendimento, Bitencourt (2002) discorda da aceitação de meros indícios como prova do crime. Segundo o autor, para que seja comprovado o assédio sexual praticado no ambiente de trabalho, deverá ainda haver demonstração do prevailecimento da condição de superior e a inafastável prova de que a conduta se movia em torno de obtenção de favores sexuais. Tal compreensão mitiga sobremaneira a tutela dos bens jurídicos afetados, uma vez que possibilita até mesmo a alegação por parte do agente de que estava apaixonado pelo subordinado, e não se aproveitando de sua superioridade hierárquica.

Poderão ser utilizadas como meio de prova as medidas de retaliação tomadas pelo assediador frente à vítima que recusou prestar os favores sexuais solicitados. Assim, de acordo com Lippmann<sup>24</sup>, seriam indícios da conduta delitiva atitudes como a “ameaça ou a efetiva transferência para área de menor destaque, avaliação efetuada de forma negativa quanto ao profissional, advertências em público, de forma humilhante; piadas de mau gosto enfatizando erros do assediado”.

A publicidade de tais atos poderia propiciar a fundamentação da prova testemunhal de outros empregados que os tenham presenciado, todavia, aqui também se apresenta dificuldade probatória posto que, se essas

---

<sup>23</sup> PAMPLONA FILHO, op.cit.

<sup>24</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. 2. ed. atual. pelo novo Código Civil, com mais de 200 acórdãos. São Paulo: LTR, 2004. p. 31.

testemunhas ainda trabalharem na empresa, dificilmente irão depor contra o chefe a quem são subordinadas, devido ao justificável receio de perderem seus empregos.

Portanto, o ideal é que a vítima consiga comprovar a prática dos atos reiterados e ofensivos através de elementos probatórios mais seguros, quais sejam, cartas, bilhetes e e-mails com insinuações ou convites, além de filmes ou fitas gravadas.

Houve muita celeuma em determinar se a gravação clandestina poderia ser considerada elemento probatório, uma vez que o art. 5º, inciso LVI, da Constituição, veda expressamente a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, salvaguardando a garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X).

Ora, ensina Lippmann (2004) que a lei veda a interceptação telefônica realizada sem anuência de qualquer das partes, sendo tal conduta caracterizada como crime nos moldes do art. 10 da Lei nº. 9.296/96, segundo a qual a licitude de gravação telefônica para fins de prova no processo penal depende de autorização judicial. Todavia, inexiste tipo penal que incrimine a gravação clandestina de conversa pessoal, face a face, também denominada gravação ambiental, feita pela vítima do assédio sexual com o objetivo de constituir prova contra o assediador.

A clandestinidade, nesse caso, não se confunde com a ilicitude, pois existe uma justa causa para a gravação, não havendo, portanto, justificativa para arguição de imprestabilidade de tal prova. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Captação por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos autores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa por quem a produziu.<sup>25</sup>

E ainda, no mesmo teor, a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

PROVA – Gravação em fita magnética feita por um dos locutores sem o conhecimento do outro – Admissibilidade – Hipótese que não caracteriza violação ao sigilo das comunicações – Interpretação da Lei nº. 9.296/96. É admissível como prova a gravação em fita magnética feita unilateralmente por um dos interlocutores, ainda que com o desconhecimento do outro, pois somente ocorre a violação ao sigilo das comunicações quando a interceptação é feita por terceiro, sem autorização de qualquer dos interlocutores, conforme disposto na Lei nº. 9.296/96.<sup>26</sup>

Diante da exposição de tamanhos obstáculos, não é de se admirar o insignificante número de denúncias de assédio sexual registradas no Brasil, que, segundo pesquisas referidas por Telles (2004), chega a menos de 1% dos casos.

Assim, as especiais dificuldades na colheita de elementos probatórios que obstaculizam a comprovação do cometimento do crime, aliadas ao temor da vítima de perder seu emprego e não encontrar outro, bem como ainda o receio da reprovação social, aumentam a incidência da impunidade no tocante ao assédio sexual.

## 6. Considerações finais

Perquiriu-se, por meio deste estudo, os efeitos advindos da Lei nº. 10.224/2001, através da qual a conduta de assédio sexual foi reconhecida como ilícita, porém, que não pôs fim a toda a celeuma pertinente ao tema, vez que ainda existe uma grande lacuna da qual resultam inúmeras relações não resguardadas pela lei.

Consciente da divergência entre os doutrinadores acerca da necessidade de tipificação do assédio sexual, buscou-se comprovar o caráter indispensável da tutela estatal, haja vista tratar-se de conduta grave, que atenta contra os bens jurídicos da liberdade sexual, da honra e da não-discriminação no trabalho de forma intolerável.

---

<sup>25</sup> (Recr. 212.081. Rel. Min. Otávio Galloti, DJ 27.3.1998, p. 23)

<sup>26</sup> (TACrimSP, RHC 1.077.833/1 – 16ª Câ. – J. 6.11.1997 – Rel. Juiz Mesquita de Paula), In: RT 750/655.

Desta feita, aferiu-se que a penalização da conduta delitiva não fere o princípio da intervenção mínima, compreendido como último elemento a ser utilizado pelos instrumentos criminais e somente quando os mecanismos extrapenais forem insuficientes para restabelecer a ordem social violada, como ocorre nos casos do assédio sexual.

Entretanto, a despeito da necessária criminalização do crime em comento, constatou-se que a sociedade ainda não se vê plenamente protegida contra esse delito, devido à restrição do texto legal. Portanto, considerou-se que a inserção do assédio sexual no Diploma Repressivo nacional, embora tenha sido medida de extrema relevância, dada a gravidade da ofensa aos bens jurídicos atingidos, restou ainda insuficiente, sendo necessária uma reforma na legislação sobre o tema para sanar as lacunas e imperfeições do texto ora vigente.

## Referências bibliográficas

AZEVEDO, André Boiani e. *Assédio sexual : aspectos penais*. Curitiba: Juruá, 2007.

ANGHER, Anne Joyce (org.). *Consolidação das leis do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal* (1988). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001*. Acrescenta o artigo 216-A. (3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. ed. cond. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999a.

\_\_\_\_\_. *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999b.

FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Booksleer, 1998.

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.

JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIPPMANN, Ernesto. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. 2. ed. atual. pelo novo Código Civil, com mais de 200 acórdãos. São Paulo: LTr, 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *O assédio sexual na relação de emprego*. 2000. 342 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

PENA, Tânia Mara Guimarães. *Assédio sexual na relação de emprego: da insuficiência do tipo penal para proteção dos empregados*. 2003. 208 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, arts. 184 a 288, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004..

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial: arts 213 a 359-H*. São Paulo: Atlas, 2004.