



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSÉDIO SEXUAL: A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO LEGAL PARA A
INCLUSÃO DE CONDUTAS PRATICADAS ALÉM DO AMBIENTE DE TRABALHO

Luiza Martins Couto Pinto

Rio de Janeiro
2020

LUIZA MARTINS COUTO PINTO

ASSÉDIO SEXUAL: A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO LEGAL PARA A
INCLUSÃO DE CONDUTAS PRATICADAS ALÉM DO AMBIENTE DE TRABALHO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2020

ASSÉDIO SEXUAL: A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO LEGAL PARA A INCLUSÃO DE CONDUTAS PRATICADAS ALÉM DO AMBIENTE DE TRABALHO

Luiza Martins Couto Pinto

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – os bens jurídicos que envolvem a violência contra a mulher são protegidos pelo direito penal das mais diversas maneiras, seja com as normas que coíbem a violência doméstica e familiar, seja por meio da forma qualificada de feminicídio ou pela tipificação de condutas como estupro ou importunação sexual. Entretanto, em que pese o avanço da legislação nesse sentido, o assédio sexual fora do ambiente de trabalho não encontra proteção efetiva no direito penal ou em qualquer ramo do direito. Assim, o presente artigo propõe uma reflexão acerca da necessidade de proteção efetiva desses direitos e apresenta como alternativa a ampliação do tipo penal do art. 216-A para criminalizar as referidas condutas.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes em Espécie. Assédio Sexual. Importunação Sexual.

Sumário – Introdução. 1. O assédio sexual em números e os tipos penais existentes. 2. A necessidade da intervenção do direito penal e da proteção dos bens jurídicos envolvidos no crime de assédio. 3. A ampliação do tipo penal de assédio sexual para condutas praticadas além do ambiente de trabalho. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o código penal brasileiro traz, no art. 216-A, a tipificação do crime de assédio sexual como sendo o ato de constranger alguém com o intuito de levar vantagem sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Nota-se, portanto, que o referido artigo pode ser classificado como um crime próprio, isto é, crime em que o agente deve ser uma pessoa específica, qual seja, um superior hierárquico ou ascendente, para que o tipo penal seja configurado. Dessa forma, assédios sofridos fora do ambiente de trabalho, ou, inclusive, no ambiente de trabalho, porém, em casos em que o agente não esteja em uma condição de superioridade à vítima, estão excluídos deste tipo penal – ou de qualquer outro previsto no código penal.

Diante da ausência de criminalização da conduta de assédio fora do ambiente de trabalho, este artigo propõe uma reflexão sobre as formas de criminalização previstas para condutas semelhantes, como o crime de importunação sexual, o estupro, bem como outras temáticas que envolvem a necessidade de proteção da dignidade da vítima, especialmente quando essa for mulher.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho com a apresentação de um estudo sobre os tipos de assédio sofridos especialmente pelas mulheres, dentro e fora do ambiente de trabalho, bem como as consequências psicológicas e danosas que este tipo de conduta gera na vítima. Apresenta-se, também, um recente e divulgado caso concreto de assédio sofrido por uma adolescente, praticado pelo motorista de aplicativo durante uma viagem de carro, e qual a solução trazida pelo direito penal atual para a conduta praticada.

Segue-se, no segundo capítulo, com uma reflexão acerca dos bens jurídicos envolvidos na conduta de assédio diante da ausência de um tipo penal específico, e argumenta-se pela necessidade de intervenção do Direito penal para a tutela desses direitos, compatibilizando-se com a demanda da sociedade para a proteção dos direitos das mulheres, que se iniciou com a Lei Maria da Penha, com o crime de feminicídio e, por último, com a criação do tipo penal de importunação sexual.

O terceiro capítulo traz um estudo acerca dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico, tanto em relação aos crimes quanto às contravenções penais, apresentando as semelhanças e divergências entre os artigos. Por fim, propõe como solução à temática apresentada, a ampliação do tipo penal previsto no art. 216-A, retirando-se a restrição prevista para o agente, para que o tipo seja capaz de punir não apenas as condutas realizadas no ambiente de trabalho, como também às demais, protegendo de forma adequada os bens jurídicos de dignidade de liberdade da vítima.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, que engloba dados recolhidos e conteúdos debatidos, promovendo uma reflexão e conexão com os temas trazidos para sustentar a sua tese.

1. O ASSÉDIO SEXUAL EM NÚMEROS E OS TIPOS PENAIS EXISTENTES

Muitas mulheres enfrentam diariamente diferentes casos de assédio nas ruas, em locais públicos, privados, no trabalho, nas escolas e até dentro da própria casa. Com base em pesquisas, mais de 80% das mulheres de diferentes faixas etárias já sofreram algum tipo de assédio, principalmente em locais públicos. Uma produção realizada pelos alunos do curso de

Audiovisual da ESPM-SP, sob a direção da professora Heidy Vargas, retrata os tipos de assédios mais cometidos na rotina das mulheres no Brasil. Segundo a pesquisa, 77% das mulheres sentiram-se constrangidas por meio de assobios, 57% foram vítimas de comentários de cunho sexual, 47% incomodaram-se com olhares insistentes, 44% foram vítimas de toques indesejados e 39% de xingamentos, o que faz com que a Organização Mundial de Saúde (OMS) ainda considera a violência contra a mulher um grave problema de saúde pública, que atinge mulheres de todas as classes sociais.¹

Em fevereiro de 2020, um caso ocorrido no Rio Grande do Sul foi noticiado com certa notoriedade: durante à tarde, uma adolescente de dezessete anos contratou um carro particular pelo aplicativo para levá-la até a casa de uma amiga. No trajeto, o motorista fez insinuações sexuais à adolescente e, mesmo informando ao motorista que era menor de idade, este continuou com o assédio, alegando que não se importava com a diferença de idade ou com o fato de ter a idade aproximada à do pai da vítima. Segundo frases do motorista, ele “faria coisas [com a adolescente] que o seu pai não faria”.² A vítima gravou o ocorrido pelo seu celular e o fato chegou até a polícia civil de Viamão, região metropolitana de Porto Alegre, que está investigando o caso.

No Estado do Rio de Janeiro, segundo um levantamento do Tribunal de Justiça feito em 2019, dos noventa e dois municípios do estado, apenas doze têm delegacia da mulher: o equivalente a 13% das cidades. Somente no município de Nova Iguaçu, segunda área com mais casos de violência contra a mulher no estado, em 2018, foram registradas mais de 3,6 mil ocorrências, que variam entre importunações ofensivas ao pudor, perturbações da tranquilidade, injúrias e atos obscenos – crimes e contravenções penais nos quais se podem enquadrar os agentes que fazem abordagens ofensivas a mulheres na rua.³

Por fim, de acordo com o Ministério dos Direitos Humanos (MDH), que administra a Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, por meio de um levantamento realizado pelo Datafolha e divulgado no dia 26 de fevereiro de 2019, 16 milhões de mulheres, isto é, cerca de 30% das brasileiras, sofreram algum tipo de violência no último ano. Outras 22

¹ G1. *As grades do assédio*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/especial-publicitario/unimed-centro-oeste-paulista/noticia/2019/03/07/as-grades-do-assedio.ghtml> Acesso em: 12 mai.2020.

² O TEMPO. *Polícia investiga motorista que fez insinuação sexual a menor de idade*. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/policia-investiga-motorista-que-fez-insinuacao-sexual-a-menor-de-idade-> Acesso em: 12 mai.2020.

³G1. *No RJ, vítima de violência doméstica percorre 20km até delegacia da mulher*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/no-rj-vitima-de-violencia-domestica-percorre-20km-ate-delegacia-da-mulher/> Acesso em: 12 mai.2020.

milhões (37,1%) sofreram assédio sexual, dentro e fora do ambiente de trabalho. O resultado é bem maior do que o registrado (12 mil) em 2006, primeiro ano de funcionamento da Central.

Sentir-se assediado ou importunado sexualmente é uma questão complexa e, sobretudo, subjetiva. As ações podem ser por meio de ameaças extremas, ejaculações e toques indesejados, até comentários degradantes e expressões de baixo calão. Tais condutas tiram das mulheres, maiores vítimas desses constrangimentos e violações, alguns de seus direitos mais básicos e importantes expressos na Constituição da República, como os direitos fundamentais de dignidade, liberdade e até de locomoção.

Para essas condutas, o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no âmbito penal, algumas infrações penais que podem ser punidas com penas mais graves, como o crime de estupro, o crime de assédio sexual e, ainda, a recente novidade legislativa: o crime de importunação sexual.

O crime de estupro está previsto no art. 213 do Código Penal⁴ e, segundo a redação dada pela Lei nº 12.015/2009, consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Por outro lado, o crime de assédio sexual está previsto no art. 216-A do Código Penal⁵ e se refere à conduta de constranger alguém com o intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua forma de superior hierárquico, ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

A recente alteração legislativa está no crime de importunação sexual, conduta trazida pela Lei nº 13.718/18⁶, que alterou o código penal para tipificar, no art. 215-A, a conduta de praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a sua própria lasciva ou de terceiros.

No entanto, no que tange ao caso concreto relatado, isto é, o constrangimento sofrido pela adolescente durante a prestação do serviço de motorista particular contratado, nota-se que esta conduta não pode ser enquadrada em nenhum dos tipos penais expostos. Não há qualquer artigo do código penal que prevê como crime a conduta de constranger alguém com o intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, sem que seja realizado no ambiente de trabalho

⁴ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mai.2020.

⁵ Ibidem.

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm.. Acesso em: 12 mai.2020.

prevalecendo-se da condição de superior hierárquico, ou ainda sem que seja exigida a prática efetiva de ato libidinoso para que o constrangimento seja caracterizado.

A única forma prevista no ordenamento jurídico para punir penalmente o constrangimento oriundo de assédios sexuais realizados fora do ambiente de trabalho está previsto no art. 65 da Lei de contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688/41⁷) que consiste na conduta de perturbar a tranquilidade por acinte ou motivo reprovável, prevista com a pena branda de quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa.

Trata-se, portanto, de uma conduta carente de tipificação adequada diante da necessidade de proteção de bens jurídicos tão importantes e constantemente ameaçados, como a liberdade da vítima e a sua própria dignidade, que é violada diante do constrangimento gerado pelo assediador.

2. A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL E DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NO CRIME DE ASSÉDIO

Refletir acerca da necessidade de tipificação da conduta de assédio sexual requer relembrar que o direito de proteção à qualquer tipo de violência praticada mulheres teve como grande marco inicial a Lei Maria da Pena (Lei nº 11.340)⁸, promulgada apenas em agosto 2006, completando, em 2020, o seu 14º ano.

A Lei Maria da Penha faz menção à Maria da Penha Maia, uma mulher que sofria, por anos, constantes agressões de seu até então marido e que, após sofrer uma tentativa de duplo homicídio por meio de um tiro em suas costas enquanto dormia, tornou-se paraplégica, além de sofrer outras complicações físicas e traumas psicológicos. O primeiro julgamento do agressor somente aconteceu em 1991, oito anos após o crime e, mesmo condenado a quinze anos de prisão, que foram reformados para dez anos em um segundo julgamento, o agressor permaneceu em liberdade, e a sentença não foi devidamente cumprida.⁹

Foi em 1998 que o caso ganhou notoriedade internacional quando o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3688/41* de 3 de outubro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 12 mai.2020.

⁸ BRASIL. *Lei nº 11.340/2006* de 7 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 12 mai.2020.

⁹ PENHA, Maria da. *Sobrevivi... posso contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012. p. 10-220.

Somente em 2001, após receber quatro ofícios da CIDH/OEA (1998 a 2001) – silenciando diante das denúncias – o Estado brasileiro foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras, sendo condenado a propor uma série de medidas e reparações para a proteção desses direitos.¹⁰

Após muitos debates com o Legislativo, o Executivo e a Sociedade Civil, o Projeto de Lei nº 4.559/2004 da Câmara dos Deputados chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei de Câmara n. 37/2006), foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas e sancionado pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva, tornando-se a Lei nº 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, assim batizada como um reconhecimento do governo federal de sua luta contra as violações dos direitos humanos das mulheres.

Dessa forma, embora existisse previsão legal para os crimes de homicídio e agressão praticados pelo agente, ficou evidente que era preciso tratar o caso Maria da Penha como uma violência contra a mulher em razão do seu gênero. Isso porque, é importante ressaltar que o fato de ser mulher reforça, não só o padrão recorrente desse tipo de violência, mas também acentua a impunidade dos agressores.

Sob essa mesma perspectiva, quase dez anos após a Lei Maria da Penha, foi criado, em 2015, o tipo penal do feminicídio, incluído no §2º, inciso VI, do art. 121 do Código Penal¹¹. Tal inovação legislativa veio para atender, não apenas os anseios sociais, como também recomendações internacionais da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW) da ONU para que os Estados reforçassem a legislação nacional para punir assassinatos violentos de mulheres e meninas em razão do gênero e, ainda, para dar cumprimento à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Nesses termos, foi criada a Lei nº 13.104/2015¹² que traz como homicídio qualificado – e, portanto, hediondo – aquele praticado contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, que pode se dar, tanto no âmbito da violência doméstica familiar, como em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (art. 121, §2º-A do Código Penal¹³).

¹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório nº. 54/01, Caso 12.051*, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

¹¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848_compilado.htm>. Acesso em: 12 mai.2020.

¹²BRASIL. *Lei nº 13.104/2015* de 9 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 12 mai. 2020.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 11.

Nota-se, assim, que a qualificadora subjetiva do feminicídio veio para tutelar não apenas o crime de homicídio praticado contra toda e qualquer mulher, como é o caso do femicídio, mas sim àqueles praticados em razão da sua condição.

Portanto, embora antes das alterações legislativas trazidas pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006¹⁴) e pela lei que instituiu o Feminicídio (Lei nº 13.104/2018), o Código Penal previa tipos penais que poderiam se encaixar às condutas inovadas. No entanto, as referidas alterações foram além no tocante à proteção dos bens jurídicos envolvidos. Isso porque, o legislador reconheceu, em ambos os casos, as peculiaridades que envolvem os crimes praticados contra a mulher, seguindo a tendência internacional no que se refere à proteção desses direitos.

Sob essa perspectiva, também pode ser citado o crime de importunação sexual. Sob aclamação de profissionais do sistema jurídico e de grupos de defesa dos direitos das mulheres, foi sancionada pela Presidência de República a Lei nº 13.718/18¹⁵ que criminaliza os atos de importunação sexual e divulgação de cenas de estupro, nudez, sexo e pornografia.

A lei prevê a pena para de prisão para as duas condutas criminosas, que pode variar entre um à cinco anos, além de trazer a alteração na natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, que passa a ser ação penal pública incondicionada, isto é, que pode ser iniciada pelo Ministério Público, independentemente de representação da vítima.

O crime de importunação sexual descrito no artigo 215-A do Código Penal¹⁶ caracteriza-se pela realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, com o objetivo de “satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. Em apertada síntese, pode se estabelecer que ato libidinoso deve ser aquele capaz de saciar a lascívia, isto é, saciar o desejo sexual do indivíduo por meio do ato praticado.

O crime de importunação sexual tem como bem jurídico protegido, conforme o capítulo que foi inserido, a liberdade sexual da vítima, que pode ser entendido como o seu direito de escolher quando, como e com quem praticar e receber atos de cunho sexual. Trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, seja do mesmo gênero ou não. No tocante à competência, a vara criminal comum tem competência para processar e julgar os

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 11.340/2006* de 7 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 12 mai.2020.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 12 mai.2020.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 11.

casos, salvo os episódios de violência doméstica e familiar contra mulher que, por ser especial, atrai a competência do referido crime.

De forma semelhante ao objeto do presente estudo, o crime de importunação sexual, antes da promulgação da Lei nº 13.718/2018, era considerado contravenção penal expressa no art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei nº 3.688/41¹⁷), que previa a conduta de “importunação ofensiva ao pudor”. Tal norma trazia a previsão apenas de pena de multa – insuficiente e muito aquém diante do bem jurídico em questão.

De tal modo, é notório que as diferentes condutas que envolvem violência contra a mulher - sejam no ambiente doméstico, resultantes em violência psicológica ou decorrentes de ato atentatório à sua dignidade ou vida – já estavam previstas no ordenamento jurídico. Assim, indaga-se: se já havia previsão normativa para as referidas condutas por que – de forma acertada – esses tipos penais foram criados?

É certo que o direito penal é norteado por um princípio básico denominado Princípio da Legalidade, isto é, somente há crime se houver previsão legal expressa neste sentido. Desse princípio, decorrem uma série de outros princípios também importantes, como a necessidade de essa previsão legal seja por meio de lei em sentido formal (Princípio da Reserva Legal), seja anterior à conduta praticada (Princípio da Anterioridade) e que a pena prevista seja proporcional, vedando a penalidade excessiva, bem como a proteção ineficiente, contemplando o Princípio da Proporcionalidade.

Dentre esses Princípios norteadores do direito penal, está também o mais importante para o objeto do presente estudo: o Princípio da Intervenção Mínima, também chamado de Princípio da Necessidade do Direito Penal, em que a lei penal só é legítima quando for indispensável para a proteção de determinado bem jurídico. Assim, somente quando não é possível proteger o bem jurídico de forma efetiva com a tutela dos demais ramos do direito, o legislador deve se utilizar da tutela penal.

Esse princípio pode ser analisado tanto no plano abstrato, quando a fragmentariedade possui como destinatário o legislador, que irá fazer a análise da necessidade ao criar o crime e/ou cominar a pena; ou no plano concreto, quando a subsidiariedade é analisada pelo próprio aplicador do direito. Segundo esse Princípio, só deve ser utilizar da tutela penal em último caso, quando não há nenhum outro meio menos lesivo e eficaz para a proteção do bem jurídico, funcionando o direito penal como um “executor de reserva”, como uma “*ultima ratio*” ou “*extrema ratio*”.

¹⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688/41* de 3 de outubro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 12 mai.2020.

No entanto, em que pese a possibilidade das violações aos bens jurídicos possam ser tuteladas por outros ramos do direito, como o Direito Civil, por exemplo, em uma eventual indenização por danos morais, sabe-se que esses não são meios eficientes de proteção e punição dessas condutas, que são capazes de ocasionar desconfortos e traumas psicológicos irreversíveis às vítimas de assédios. Trata-se de comportamentos que de certa forma são tolerados, por estarem estruturalmente enraizados na sociedade e, portanto, merecem a devida e efetiva tutela para a sua repressão.

Destarte, comprovado que o assédio é presente em diversos ambientes, laborais ou não, e que podem ocasionar desconfortos e traumas psicológicos irreversíveis, é necessário que o Estado, por meio do Poder Legislativo, proteja esses importantes direitos e bens jurídicos, como a liberdade sexual da vítima e, quiçá, o direito fundamental de locomoção sem ser importunada ou assediada. Ademais, somente o fato de ser mulher, independente do agressor ser ou não seu superior hierárquico, já reforça a sua impunidade, normalizando um padrão recorrente de violência que não deveria existir – muito menos não ser crime.

Isto posto, nota-se que embora o tipo penal previsto Código Penal que mais se assemelha ao presente caso seja o crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A¹⁸, ele traz uma série de requisitos para que a conduta seja adequada ao tipo penal, impossibilitando a punição – em razão do princípio da taxatividade – de outras condutas que sequer são abraçadas por nenhum outro tipo previsto.

3. O CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO PENAL

O crime de assédio sexual foi incluído no Código Penal pela Lei nº 10.224/2001¹⁹, como o art. 216-A que criminaliza a conduta 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.”.

Nota-se que o referido tipo penal traz três elementos em sua composição: (1) a conduta de constranger alguém; (2) com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; (3) devendo o agente prevalecer-se da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Tutela-se, portanto, não apenas a liberdade

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 10.224/2001* de 15 de maio de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm. Acesso em: 12 mai.2020.

sexual do indivíduo, mas também a liberdade do exercício do trabalho e o direito de não ser discriminado.

Trata-se de crime próprio, que somente pode ser praticado por superior hierárquico ou ascendente em relação ao emprego, cargo ou função. Se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, irmão, tio cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, a pena é majorada de metade. Para evitar *bis in idem*, no assédio sexual, não se aplica o aumento se o agente é preceptor ou empregado da vítima, pois tais circunstâncias são elementares do tipo.

O sujeito passivo também é próprio, exigindo o tipo uma condição especial sua, qual seja, ser subalterno do autor. Logo, é indispensável que haja essa relação de emprego entre os sujeitos do crime, deixando o Código Penal de tutelar àquelas situações em que os sujeitos não fazem parte de uma relação laboral e, ainda assim, há assédio e constrangimento ilegal com o intuito de obter favorecimento sexual.

Embora a maioria dos casos de assédio sexual ocorra quando o agente é homem e a vítima mulher, o tipo penal, de forma acertada, não faz menção à condição especial de “mulher” para o sujeito passivo, admitindo assédio entre pessoas do mesmo sexo. É inegável que o padrão recorrente desse tipo de violência – seja ela em ambiente de trabalho ou não – ocorre em desfavor da mulher. No entanto, tendo em vista que o objeto do presente estudo é a ampliação do tipo penal para uma maior proteção dos direitos e liberdades da vítima, entende-se que restringir o sujeito passivo do crime à condição do sexo feminino seria deixar de proteger uma série de abusos que ocorrem em desfavor do sexo masculino, o que não parece lógico.

A ação típica do crime do art. 216-A do CP²⁰, consiste no ato de constranger alguém com o intuito de obter vantagem sexual, prevalecendo-se o agente da condição de superior hierárquico em ambiente de trabalho. É, em síntese, de acordo com os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha²¹, a insistência importuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno. De forma mais ampliativa, Luiz Regis Prado²² entende que:

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, tem poder sobre o outro funcionário ou empregado, no sentido de dar ordens, fiscalizar, delegar, ou avocar atribuições, conceder privilégios (promoção, gratificação, etc) existindo uma carreira funcional, escalonada em graus.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 11.

²¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (art. 121 ao 361). 11ed ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 516.

²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. São Paulo: RT, 2003. p. 88.

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, como por exemplo relação professor-aluno em sala de aula.

No entanto, embora Luiz Regis Prado traga uma maior proteção aos bens jurídicos envolvidos no crime em estudo, entende-se que interpretar o tipo penal de forma ampliativa para a relação entre professor-aluno seria, de maneira equivocada, fazer uma analogia em *mallam partem*, o que é vedado no direito penal – daí a necessidade de alterar o crime previsto no art. 216-A do CP, para incluir, dessa forma, situações como a prevista pelo autor.

Por outro lado, questiona-se: existe crime de assédio sexual se o empregador constrange seu subalterno para favorecer sexualmente outra pessoa? Na lição de Fernando Capez²³, “a vantagem ou favorecimento sexual pode ser para o próprio agente ou para outrem, ainda que este desconheça esse propósito do agente. Caso o terceiro tenha ciência e queira a obtenção desses benefícios sexuais, haverá concurso de pessoas.”

Entende-se que o mesmo raciocínio deve ser aplicado para a alteração do tipo penal proposta neste artigo. Isso porque, o ato de constranger alguém com o intuito de favorecimento sexual é conduta capaz de repreensão penal, independentemente de quem à vantagem se destina. E, como explicado por Capez, havendo voluntariedade de terceiro, isto é, dolo, consistente na vontade consciente de obter favorecimento sexual por meio do constrangimento à vítima, ambos devem responder na forma do art. 62 do Código Penal²⁴.

No tocante ao momento consumativo do delito, há alguns autores, como Rodolfo Pamplona Filho²⁵, que entendem que o crime de assédio sexual é um crime habitual, isto é, sendo necessária para a sua configuração a prática de reiterados atos constrangedores, argumentando que um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar o que ele chama de “doença social”.

No entanto, em que pese a existência de doutrina em sentido contrário, filia-se a corrente de Fernando Capez²⁶ e Mirabete²⁷, que entende que o crime se perfaz com o constrangimento, ainda que representado por um só ato, independentemente da obtenção de vantagem sexual visada.

Destarte, a depender do posicionamento adotado, a tentativa poderá ou não ser admitida. Se apenas um ato de assédio for o bastante para configurar o crime, admite-se o

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 44-45.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁵ JESUS, Damásio de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Assédio Sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120-122

²⁶ CAPEZ, op. cit., p 45.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. V.2. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 422.

conatus, ainda que difícil configuração. Por outro lado, considerando o delito como habitual, não será possível a tentativa.

A análise do crime do art. 216-A se conclui com a majorante prevista no parágrafo segundo. Buscando dar maior proteção à criança ou adolescente, a Lei nº 12.015/09²⁸ criou o parágrafo segundo que permite o juiz aumentar a pena de até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. Curioso ressaltar que, embora haja previsão de parágrafo único (que foi vetado), por equívoco do legislador, o tipo penal prevê o §2º, mesmo não havendo §1º.

Em relação à majorante, entende-se que ela é necessária e deve ser mantida quando da alteração ampliativa proposta. Apesar de haver crítica doutrinária a respeito do critério não rígido escolhido para o aumento, qual seja, de até um terço, acertado foi o legislador, filiando-se a corrente de Cunha²⁹ e Bittencourt³⁰, que assim argumenta:

Quem não se pode esquecer que as mães majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras de pena, somente estabelecem sua variação, sendo recomendável maior flexibilidade facilitando a melhor individualização da pena. Somos contrários ao engessamento do juiz, especialmente quanto à dosimetria penal, em que o jogador precisa de algum espaço para usar a sua sensibilidade a ajustar a pena abstrata no caso concreto.

Ante o exposto, feitas as considerações acerca do crime de assédio sexual previsto no art. 216-A do Código Penal, ³¹conclui-se que a conduta de constrangimento ilegal para a obtenção de vantagem sexual, independentemente da relação de trabalho ou hierarquia, somente está prevista no ordenamento jurídico como contravenção penal, no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41³².

A previsão normativa consiste na conduta de perturbar a tranquilidade por acinte ou motivo reprovável, prevista com a pena branda de quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa. Nota-se, assim, que o ordenamento jurídico traz a tipificação de forma inadequada diante da necessidade de proteção de bens jurídicos tão importantes e constantemente ameaçados, como a liberdade da vítima e a sua própria dignidade, que, como dito, é violada diante do constrangimento gerado pelo assediador.

Tal conduta, conforme comprovado no presente estudo, embora esteja enraizada na cultura do país, merece ser reprovada de forma adequada, tenho em vista que pode gerar na

²⁸ BRASIL. *Lei nº 12.015/2009* de 7 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em 12 mai.2020

²⁹ CUNHA, op. cit., p 519.

³⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. V.2. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 11.

³² BRASIL, op. cit., nota 7.

vítima traumas psicológicos irreparáveis, que vão muito além da discriminação em ambiente de trabalho.

Dada a sua importância, a ampliação do tipo legal do art. 216-A para excluir a exigência da condição de superioridade hierárquica entre agressor e vítima é objeto do projeto de Lei nº 287/2018³³, proposto pela senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), que até meados de 2020 aguardava designação do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Caso aprovado, o projeto excluirá a condição de superior hierárquico para classificar o crime como assédio sexual, que passará a constar a seguinte redação:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual.

Penal: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.

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

Em sua justificativa, a senadora argumenta que não são apenas os superiores hierárquicos que se sentem com poder sobre as mulheres. “O ato, em si, é violento, ainda que se limite a uma importunação sem consequências mais graves, e a tipificação penal deve reprimir o agente e proteger a vítima, sejam eles chefe e subordinada, ou não”, pontua a senadora em sua justificativa³⁴.

Isso posto, corroborando com os inúmeros casos de assédio trazidos no capítulo 1 do presente artigo, bem como entendendo pela necessidade de reprovabilidade da conduta de forma adequada, até para atender princípios basilares do Constituição da República, entende-se acertada a necessidade de alteração do art. 216-A com a exclusão da exigência da condição de superioridade hierárquica entre agressor e vítima, para ampliar a sua proteção e incluir outras condutas não previstas no tipo penal, até aquelas praticadas além do ambiente de trabalho.

³³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 287, de 2018*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133617>. Acesso em: 12 mai.2020.

³⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto diminui exigências que caracterizam o assédio sexual*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/29/projeto-diminui-exigencias-que-caracterizam-o-assedio-sexual>. Acesso em: 12 mai.2020.

CONCLUSÃO

O presente artigo constatou, como problemática basilar, a existência de diversos bens jurídicos essenciais que não são tutelados de forma efetiva pelo direito penal – e até pelo ordenamento jurídico como um todo – provenientes da conduta de assédio sexual.

Em um primeiro momento, comprovou-se o crescente número de violências praticadas contra a mulher, que variam entre importunações ofensivas ao pudor, perturbações da tranquilidade, injúrias e atos obscenos. Trata-se de condutas provenientes de abordagens ofensivas que tiram das mulheres, maiores vítimas desses constrangimentos e violações, alguns de seus direitos mais básicos e importantes, expressos na Constituição da República, como os direitos fundamentais de dignidade, liberdade e até de locomoção.

Assim, em um segundo momento, observou-se que para algumas dessas condutas o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no âmbito penal, algumas infrações que podem ser punidas com penas mais graves, como o crime de estupro, a violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar tipificada em lei especial, a forma qualificada do crime de homicídio e ainda, a recente novidade legislativa, o crime de importunação sexual.

No entanto, no que tange ao assédio consistente na conduta de constranger a vítima com atos ou palavras com o intuito de obter favorecimento sexual, não há qualquer artigo do código penal que prevê o comportamento como crime. Há previsão legal apenas para casos em que a conduta é realizada no ambiente de trabalho, prevalecendo-se o agente da condição de superior hierárquico, ou ainda, para casos em que a prática de ato libidinoso é indispensável para que o constrangimento esteja caracterizado.

Portanto, observou-se que a única forma de punir penalmente o constrangimento oriundo de assédios sexuais realizados fora do ambiente de trabalho, está previsto no art. 65 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) que consiste na conduta de perturbar a tranquilidade por acinte ou motivo reprovável, prevista com a pena branda de quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa.

Tratar-se, portanto, de um comportamento carente de tipificação adequada diante da necessidade de proteção de bens jurídicos tão importantes e constantemente ameaçados, como a liberdade da vítima e a sua própria dignidade, que é violada diante do constrangimento gerado pelo assediador.

Para apresentar a solução ao problema, o artigo desenvolveu um estudo acerca dos principais tipos penais que conferem proteção a esses direitos e questionou o motivo pelo qual muitas dessas alterações legislativas, que representam avanços dos direitos protetivos à mulher,

trouxeram novos tipos penais, mesmo quando as condutas já encontravam previsão no ordenamento jurídico – como o crime de homicídio, por exemplo –, mas que demandaram um tipo penal específico ou uma forma qualificada – como o feminicídio – para incluir especificidade ao tratamento desses direitos.

Dessa forma, ficou evidente que embora o Direito Penal seja norteado pelos Princípio da Intervenção Mínima, isto é, só deve ser utilizar da tutela penal em último caso, quando não há nenhum outro meio menos lesivo e eficaz para a proteção do bem jurídico, o bens em questão não são tutelados de forma efetiva por nenhum outro ramo do direito. Isso porque, são comportamentos que por estarem estruturalmente enraizados na sociedade, de certa forma são equivocadamente tolerados, e, portanto, merecem a devida – e efetiva – tutela para a sua repressão. Ademais, constatou-se que somente o fato da vítima ser mulher, já reforça a impunidade dos agentes, normalizando um padrão recorrente de violência que não deveria existir ou quiçá não ser efetivamente tutelado pelo direito penal.

Concluiu-se, assim, pela necessidade de reprovabilidade da conduta de forma adequada, até para atender princípios basilares da Constituição da República, sendo proposta a alteração do art. 216-A do Código Penal, com a exclusão da exigência da condição de superioridade hierárquica entre agressor e vítima, para ampliar a sua proteção e incluir outras condutas não previstas no tipo penal, até aquelas praticadas além do ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. V.2. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm> Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *Decreto-Lei nº 3688/41* de 3 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *Lei nº 10.224/2001* de 15 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm> Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *Lei nº 11.340/2006* de 7 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *Lei nº 12.015/2009* de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm>>. Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *Lei nº 13.104/2015* de 9 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm> Acesso 12 mai.2020.

_____. *Lei nº 13.718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm> Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 287, de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133617>> Acesso em: 23 mar.2020.

_____. Senado Federal. *Projeto diminui exigências que caracterizam o assédio sexual*. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/29/projeto-diminui-exigencias-que-caracterizam-o-assedio-sexual>> Acesso em: 12 mai.2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório nº 54/01*, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (art. 121 ao 361). 11 ed ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

G1. *No RJ, vítima de violência doméstica percorre 20km até delegacia da mulher*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/no-rj-vitima-de-violencia-domestica-percorre-20km-ate-delegacia-da-mulher/>> Acesso em: 12 mai.2020.

_____. *As grades do assédio*. Portal G1. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/baurumaria/especial-publicitario/unimed-centro-oeste-paulista/noticia/2019/03/07/as-grades-do-assedio.ghtml>> Acesso em: 12 mai.2020.

JESUS, Damásio de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Assédio Sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. V.2. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PENHA, Maria da. *Sobrevivi... posso contar*. 2.ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. São Paulo: RT, 2003.

O TEMPO. *Polícia investiga motorista que fez insinuação sexual a menor de idade*. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/brasil/policia-investiga-motorista-que-fez-insinuacao-sexual-a-menor-de-idade-1.2299531>> Acesso em: 12 mai.2020.