
ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*Eduardo Rodrigues Cruvinel Lobianco**

*Emanuelle Oliveira Andrade***

*Hélio Veiga Júnior****

*Simone Silva Prudêncio*****

Sumário: 1 Considerações Gerais; 2 As disposições constitucionais em face do crime de assédio sexual; 3 Assédio Sexual; 4 A prova da consumação do assédio sexual; 5 O bem jurídico tutelado; 6 Os pólos ativo e passivo e seus desdobramentos; 7 Análise necessária da tipicidade formal e da tipicidade material do art. 216-A do Código Penal; 8 A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho); 9 O texto normativo; 10 A consumação do delito; 11 A tentativa; 12 Possíveis desdobramentos do crime de assédio sexual; 13 A pena e a ação penal; 14 Assédio Moral; 15 Elementos necessários à configuração do assédio moral; 16 O assediador; 17 Formas de Assédio Moral; 18 A prova do assédio moral e do dano; 19 Fixação da indenização; 20 Da competência da Justiça do Trabalho; 21 Conseqüências jurídicas no âmbito penal; 22 Conseqüências jurídicas no âmbito trabalhista; 23 Conseqüências Psicológicas para a vítima de assédio; 24 Conclusão.

* Advogado. Especializando em Direito Tributário pelo IBET, bacharel em direito pela Instituição de Ensino Faculdade Pitágoras.

** Advogada. Bacharel em Direito pela Instituição de Ensino Faculdade Pitágoras.

*** Advogado. Especialista em Direito das Famílias pela Universidade Federal de Uberlândia. Bacharel em Direito pela instituição de Ensino Faculdade Pitágoras.

**** Doutora em Direito Penal pela PUC/SP. Professora da Universidade Federal de Uberlândia.

Resumo: O presente estudo procura demonstrar a relevância da temática proposta, em virtude da inserção do artigo 216-A no Código Penal que foi acrescentado pela Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001, que tipifica a conduta de assédio sexual. Desde 16 de maio de 2001 o “novo” delito se encontra em vigor. Entretanto, para a sua caracterização, é necessária a observância de alguns elementos como, por exemplo, de uma relação de trabalho (emprego, função ou cargo). Ressaltando que o assédio moral ainda não faz parte, expressamente, do ordenamento jurídico brasileiro. A Justiça do Trabalho tem se posicionado de acordo com o direito à dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira de 1988. Analisar-se-á a competência da Justiça do Trabalho, que é responsável pela análise de todos os conflitos decorrentes da relação de trabalho em sentido amplo, principalmente no âmbito das ações de indenizações por dano moral, decorrentes de assédio. Nesse sentido, trataremos da hipótese de descriminalização do assédio sexual, devido à ineficácia do Direito Penal para coibir a dita conduta. Embora o assédio sexual seja uma conduta recentemente tipificada, o assédio, tanto moral quanto sexual, em maior ou em menor grau, sempre existiu, mas o diferencial é que atualmente a população, mesmo em pequenas escalas, tem lutado para garantir seus direitos, tornando esse tipo de conduta mais evidente. Pesquisas relatam que o assédio moral atinge 36% da população brasileira economicamente ativa. Com isso a temática vem ganhando espaços cada vez maiores na mídia e nas discussões que envolvem os trabalhadores, principalmente aqueles que vivenciam a conduta que foi expressamente tipificada no Código Penal. Assim, torna-se de extrema importância o estudo feito acerca do tema proposto, em virtude da sua repercussão na realidade social em nosso país.

Palavras-chave: Relações de trabalho. Assédio sexual. Assédio moral.

1 Considerações Gerais

Em matéria de Direito e em virtude da característica histórica - cultural de seus ramos e de suas disciplinas é indispensável um exame histórico que mostre as origens, a evolução, os aspectos políticos ou econômicos, que influenciaram determinada disciplina. É quase impossível compreender o Direito e seus ramos sem compreender um pouco do passado, pois o Direito tem um desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo.

O assédio é um tipo de conduta que sempre existiu na história da humanidade, embora o termo assédio tenha sido mais utilizado recentemente. Há várias hipóteses quanto a sua origem. Para alguns, as tentativas de coibir manifestações que agredissem a moral sexual das mulheres remontam ao Império Romano, quando o Imperador Sila (138 -78 a.C.) facultou a propositura de ação jurídica nos casos em que a mulher honrada viesse a ser ofendida publicamente em sua decência. Posteriormente, já na era Cristã, nova preocupação em preservar a honra das mulheres pode ser observada no Código de Justiniano (529 d.C.) que, tipificava a conduta de acompanhar de perto uma mulher contra a sua vontade e a conduta de chamar, em via pública, uma mulher, gritando o seu nome.

Para outros a origem do assédio sexual está associada a prática medieval do *jus primae noctis* (direito à primeira noite), que possibilitava ao senhor do local a passar a noite de núpcias com mulheres que contraíssem matrimônio, o mesmo pode-se dizer, a título de informação, sobre a origem da palavra inglesa “FUCK”, a qual em termos analíticos se faz pelas máximas: “*For Unlawful Carnal Knowledge*” ou “*Fornication Under Consent of the King*”¹ o que se traduz de maneira mais genérica como “Fornicação sob o consentimento do rei”, ou seja, em casos onde ocorresse o matrimônio, o rei tinha direito a passar a primeira noite com as mulheres que estivessem prestes a se casarem ou exigir que seus soldados agissem em seu nome.

Modernamente, a tipificação do assédio sexual surgiu nos Estados Unidos com a denominação “*sexual harassment*”, na década de 1960. Embora sua origem remonte ao período colonial, em razão dos abusos libidinosos praticados por patrões, foi a partir de 1960, com o significativo ingresso de mulheres no mercado de trabalho, é que o assédio sexual

¹ Barbara and David P. Mikkelson. Urban Legends Reference Pages. apud. AYTO, John. **Diction-ary of Word Origins**. New York: Arcade Publishing, 1990. ISBN 1-559-70214-1. (p. 242-243). Disponível em: <<http://www.snopes.com/language/acronyms/fuck.htm>> Acesso em: 05/06/2007

passou a ser concebido como um problema social, no qual a solução exigia a participação do Estado americano. A partir de então, movimentos feministas iniciaram manifestações que pressionavam o Estado Norte-Americano a tomar providências para eliminar esse tipo de conduta no ambiente de trabalho.

O primeiro processo envolvendo a questão de assédio sexual é instaurado no Arizona, em 1975, aonde duas funcionárias de uma empresa produtora de materiais óticos dissolvem a relação empregatícia, devido à repetidas investidas verbais e físicas de seu superior. Como não havia uma orientação dos Tribunais (falta de precedente ou ainda lacuna no ordenamento jurídico americano – common law) para solucionar os casos de assédio sexual, o Tribunal entendeu que o molestamento sexual não consistia em meio de discriminação. Assim a atitude do supervisor foi entendida como uma conduta natural e inevitável. Em 1976, o Tribunal do estado da Califórnia, em um recurso em que uma bancária que foi suspensa de suas atividade por não ter colaborado sexualmente com seu superior, sustentou que a atração dos homens pelas mulheres e vice-versa é um fenômeno natural. E ainda no mesmo ano, a Corte de Washington, de forma revolucionária, entendeu que o assédio consiste em mecanismos de discriminação, fundado em elementos sexuais e, portanto, proibido pela lei. No ano seguinte, a Corte de Washington, mantendo a coerência, decidiu que quando o assédio trazer prejuízos para a condição de trabalho, estará diante de uma discriminação pelo sexo.

Em 1986, a Suprema Corte Americana profere a primeira decisão relacionada ao assédio sexual, definindo a abrangência do Título VII do Civil Rights Act de 1964 sobre molestamentos sexuais e que estes se configuram não só quando geram modificações na relação empregatícia, mas também quando tornam o ambiente de trabalho hostil. O Título VII, não veda somente as discriminações, mas impõem a responsabilidade pela manutenção de um ambiente de trabalho livre de intimidações discriminatórias, insultos, inclusive entre os funcionários.²

“Já a expressão ‘assédio moral’ começou a ser utilizada, não faz muito tempo, pelos psicólogos, essa também conhecida como ‘mobbing’ na Itália, Alemanha e Escandinávia, podendo ser conhecida também como ‘harcèlement moral’ na França, ‘acoso moral’ na Espanha e ainda por ‘terror psicológico ou assédio moral’ no Brasil, são condutas que atentam

² PINTO, Felipe Martins. **Assédio Sexual**. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=19>> Acesso em: 09/03/2007.

contra a dignidade humana e se manifestam, a princípio, na família e na escola, e por fim no trabalho e, em várias outras áreas da sociedade de forma estereotipada.

Nos ensinamentos de Hádassa Ferreira, as pesquisas de assédio moral iniciaram-se no ramo da biologia, através dos estudos do etologista Konrad Lorenz, no qual eram analisadas as condutas de determinados animais quando confrontados com a invasão de território por outros animais de maior porte. Nota-se que o comportamento agressivo desenvolvido pelo grupo, que tentava expulsar o invasor solitário com as intimidações e atitudes agressivas coletivas, conduta esta que denominou “mobbing”, expressão que traduz a idéia de turba ou multidão desordeira”³.

“Por volta da década de 60, um medico sueco, Peter-Paul Heinemann, começou a analisar o comportamento de crianças reunidas em grupo de ambiente escolar. Peter constatou resultados parecidos com as pesquisas de Lorenz, pois foi reconhecida a mesma tendência dos animais nas crianças, ou seja, a hostilidade da outra criança que invadisse o seu espaço.

Já na década de 80, o psicólogo alemão Heinz Leymann observou o mesmo comportamento no ambiente de trabalho, a diferença segundo o pesquisador, é a ausência de violência física. Assim, a conduta insidiosa é marcada pelo isolamento social da vitima e é de difícil demonstração, porém, como se pode observar, as conseqüências na saúde mental são desastrosas.

Embora o assédio moral seja estudado desde a década de 70, juntamente com o stress e a saúde laboral, somente nesse século é que o tema passou a receber tratamento jurídico por meio da doutrina, da legislação e pela jurisprudência”.⁴

No Brasil, a origem do assédio também se dá pela influência escravocrata na cultura brasileira. O delito de assédio sexual foi inserido no ordenamento penal brasileiro pela Lei 10.224, de maio de 2001, e entrou em vigência no dia ulterior. A legalização de semelhante conduta pela lei penal é fruto de um avanço no reconhecimento dos direitos das mulheres, que sem dúvida, é quem sofre com maior intensidade tal constrangimento. A necessidade de incriminar a conduta de assédio sexual, em nosso país, também é conseqüência das grandes dificuldades de acesso da população ao Judiciário, principalmente quando se trata de questões patrimoniais,

³ FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 1.ed. São Paulo: Russel, 2004.

⁴ BRITO. Márcio Roberto Andrade. **Terrorismo no trabalho**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/55651,1>> Acesso em: 15/05/2007.

pois é notoriamente difícil aos cidadãos se sentirem recompensados pelos prejuízos morais sofridos, apenas com a intervenção Judiciária Civil, ocorrendo dessa maneira, acréscimos à legislação penal.

Nesse sentido o que se discute é se o assédio sexual deve ser objeto de tratamento penal ou basta sua regulamentação no âmbito do Direito do Trabalho, pelo Direito Civil ou pelo Direito Administrativo. Para os que defendem a primeira tese, o assédio sexual seria uma conduta de natureza penal, por se tratar de uma grave infração à convivência civilizada entre pessoas, que atenta contra a liberdade da vítima, como expressão da dignidade e dos direitos humanos, e conseqüentemente merece a devida tutela penal. Já para os que compartilham da segunda opinião, é de se repelir a política adotada pelo o legislador brasileiro, que vem inserindo no ordenamento jurídico medidas de natureza penal na tentativa de solucionar problemas sociais, atentando contra princípios fundamentais do Direito Penal, como o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), pois que o Direito Penal só deve se preocupar com bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, assim sempre que os outros ramos do direito se relevem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade é que deverão merecer a atenção do Direito Penal. Nesse caso, o assédio sexual poderia ser coibido eficazmente com medidas de natureza extra penal.

De qualquer forma, se de um lado impõe reconhecer que a prática do assédio sexual atenta contra os direitos fundamentais da pessoa humana, por outro lado é importante ressaltar que semelhante conduta já se encontra perfeitamente abarcada pelo tipo legal do delito de constrangimento ilegal (art.146, CP). Sob esta fórmula, bastante genérica, já estaria englobado também o fato de valer-se o agente de sua condição de superior hierárquico com vistas à obtenção de favores sexuais por parte da vítima, seja ela do sexo masculino ou feminino.

A tutela da integridade sexual na esfera das relações laborais pode ser feita pelas próprias leis trabalhistas, estabelecendo-se na pauta de comportamentos que prescrevam o tratamento igualitário e respeitoso entre ambos os sexos.

2 As disposições constitucionais em face do crime de assédio sexual

Ao analisar o crime de assédio sexual e os bens jurídicos tutelados aqui, é necessário remeter o pensamento às disposições constitucionais,

pois a tutela inicial de qualquer direito inerente ao ser humano é primeiramente encontrada na Carta Magna, ou seja, fundamento superior de todas as normas, a norma fundamental.⁵

A Constituição Federal Brasileira traz como princípios básicos, inerentes a qualquer cidadão a dignidade da pessoa humana⁶, previsto em seu art.1º, III bem como o direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas previsto no art.5º, X.

Desta maneira, a Carta Magna de 1988 se preocupou em assegurar aos cidadãos tais direitos, porém é relevante dizer que mesmo se não fossem colocados no corpo constitucional, seria ainda assim inerente a qualquer cidadão o direito à dignidade, à intimidade, à vida, à honra e à imagem.⁷

Pelo art.5º, X tem-se que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O assédio sexual foi encaixado no ordenamento brasileiro como crime e por assim ser, há de se pensar pela segunda parte do art.5º, X da Lei Maior “indenização pelo dano moral”. Com essa garantia constitucional, é mister pronunciar a respeito de que não seria necessário a conduta de assediar sexualmente alguém ser penalmente punida, mas a simples indenização cível ou trabalhista cuidaria bem da situação.

Portanto, notar-se-á que o crime de assédio sexual fere de forma direta os princípios arrolados no art.1º, III e no art.5º, X da Lei Maior, porém é necessário defender a tese de que o direito penal é ineficaz para a punição do assédio sexual, sendo mais utilizados os outros ramos do direito⁸. Atualmente, pune-se muito mais o assédio sexual com a indenização trabalhista ou com a cível do que com a detenção do assediador.⁹

Com isso, resta dizer que a descriminalização do assédio sexual se faz bem vinda ao ordenamento jurídico brasileiro uma vez que atendendo ao princípio da *ultima ratio*, já existem outros instrumentos capazes de punir o assédio sexual de forma eficaz.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. trad. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.181.

⁶ A expressão “pessoa humana” se faz relevante no direito brasileiro para a distinção entre a Pessoa Jurídica e a Pessoa Natural, sendo esta última tida por pessoa humana.

⁷ A doutrina jusnaturalista prega que os direitos básicos de qualquer cidadão são de existência implícita, opondo-se de maneira completa à doutrina juspositivista, que afirma que os direitos somente existem se explicitamente colocados.

⁸ A seara trabalhista e a cível, ultimamente, têm cuidado de melhor forma sobre a questão do assédio sexual.

⁹ É notório perceber a afronta ao princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* do direito penal, a penalização de uma conduta que de certa forma equipara-se a um problema que não necessita de tutela penal.

3 Assédio Sexual

Ao se falar em assédio sexual é necessário nos remetermos ao Direito Penal, o qual está regulando a matéria atualmente. Entende-se que assédio sexual é cometido quando alguém que possua superioridade hierárquica ou de ascendência sobre outro alguém, no que se refere à emprego, cargo ou função (pública ou privada), começa a perturbar esta pessoa com a solicitação da prática de qualquer ato libidinoso ou favores sexuais, não querido pela pessoa que acabara de ser assediada.

Há que se falar que o surgimento da tutela à liberdade sexual pelo Direito Penal Brasileiro se deve ao avanço do reconhecimento dos direitos da mulher, que geralmente, é quem mais figura como pólo passivo de tal crime.

É de relevante interesse a discussão sobre como deveria ser a punição do assédio sexual, ou seja, se este deve continuar a ser tutelado pelo Direito Penal Brasileiro ou se o Direito do Trabalho, o Direito Civil e o Direito Administrativo bastassem para punir o assédio sexual. O que se reflete a respeito é se realmente tal tipo de conduta tem ou não necessidade de ser regulamentada pelo Direito Penal, que tem como princípio básico a *Ultima Ratio* (Princípio da Intervenção Mínima). A indenização trabalhista ou cível ou então fornecida pela Administração Pública aos olhos de algumas pessoas poderia figurar com plena eficácia para punir o sujeito ativo deste crime, sendo o Direito Penal um instrumento não tão importante e eficaz para a punição do assédio sexual.

O Direito Penal já atua como um instrumento de repressão ao Constrangimento ilegal (art.146, C.P.) o qual poderia coibir também o assédio sexual.

“Art.146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano¹⁰, ou multa”.

Por tal artigo fica notável perceber que o assédio sexual também já seria punido¹¹ por este, uma vez que o art.146, C.P. se faz tão genericamente de forma a poder englobar em seu contexto o assédio sexual.

¹⁰ Ressalta-se que quando a pena máxima está em 1 ano poderá haver a suspensão condicional do processo.

¹¹ Nesse sentido é importante falar sobre a finalidade da pena, a qual pelo art.59, C.P. é mista e se divide em finalidade de reprovare prevenir o crime. Nos casos de assédio sexual, as finalidades da pena acabam por não ter eficácia já que mesmo sabendo que hoje em dia o assédio sexual é tido como crime, os chefes e patrões continuam cometendo o ilícito penal. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 524 a 526.

4 A prova da consumação do assédio sexual

“Dada à gravidade da sanção penal e a relevância do bem jurídico por ela atingido – o direito à liberdade –, a investigação criminal demanda a existência de um conjunto probatório bastante consistente para que possa legitimar uma condenação”.¹²

Por assim ser, o delito de assédio sexual tem em si dificuldades peculiares para ser provado, como por exemplo: o medo que a vítima tem de ser demitida e não conseguir outro emprego, o medo da reprovação social, entre outras coisas. A dificuldade de se provar o assédio sexual se faz porque geralmente não existem documentos, as testemunhas se amedrontam em depor contra o seu empregador assim como não há perícias que possam comprovar a ocorrência de determinado delito e desta forma resta unicamente a palavra do assediador contra a palavra da vítima (assediado), que, não conseguindo provar a existência do delito poderia responder por Calúnia (art. 138, C.P.), além de ter ainda que responder por prováveis danos morais na esfera cível.¹³

5 O bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido em tal crime é, *a priori*, a liberdade sexual, entretanto, não somente a liberdade sexual, a qual consiste na resguarda do direito que o indivíduo tem de dispor do próprio corpo para a prática de atos sexuais, mas também o direito à intimidade e à dignidade das pessoas no âmbito das atividades de trabalho ou nos ambientes em que determinadas pessoas tenham ascendência sobre outras, em razão de cargo, emprego ou função.¹⁴

Como bem ressalta o saudoso Luiz Regis Prado, o delito tipificado como assédio sexual se faz como pluriofensivo já que lesa mais de um bem jurídico (liberdade sexual bem como o direito à intimidade e à dignidade das pessoas no âmbito laboral).

¹² PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol.3 parte especial**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 222.

¹³ É o que geralmente acontece, uma vez que a vítima raramente consegue provar o assédio sexual e assim sendo restará a ela responder por Calúnia (art. 138, C.P.) se o suposto assediador propor queixa-crime contra quem o caluniou, neste caso, a vítima, sendo que também resta a reparação por danos morais na esfera cível.

¹⁴ Ressalta-se principalmente a questão do âmbito de ensino, nas relações docentes, como exemplo o que acontece entre professor e aluno.

6 Os pólos ativo e passivo e seus desdobramentos

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tanto pessoas do sexo masculino quanto as do feminino, desde que quem praticou o verbo que rege o tipo seja superior hierárquico ou tenha ascendência sobre a vítima. Por este crime exigir uma qualidade pessoal do agente¹⁵, tal se torna crime próprio.¹⁶

O sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, sendo a vítima que sofreu o assédio, tanto homem quanto mulher, desde que esteja figurando como inferior hierárquico ou esteja submetido à ascendência do agente. Vale ser ressaltado aqui que, caso a pessoa não possua essa qualidade, o fato de assediar alguém será então encaixado na órbita penal como outro delito, mas não como o previsto no art.216-A, C.P.

Ao analisar os pólos é possível chegar a uma conclusão lógica sobre o crime, se tratando então de crime bipróprio, pois é próprio para quem o comete assim como para quem é a vítima. O delito de assédio sexual exige dos dois pólos qualidades pessoais (tanto do agente quanto da vítima), tornando assim o sujeito ativo próprio e o sujeito passivo também próprio, uma vez que para cometer o crime, o agente precisa ser superior hierárquico ou ter ascendência sobre a vítima no que se refere à relação de emprego, cargo ou função, da mesma forma que para figurar como sujeito passivo, a vítima deve possuir a qualidade pessoal de ser inferior hierárquico ou estar submetida à ascendência do agente.

A co-autoria poderá existir quando dois ou mais agentes, que possuam a qualidade necessária para figurarem no crime de assédio sexual, atuam juntos perante a vítima.

Será possível haver a participação quando um terceiro figurar no delito como pessoa comum. (Pessoa comum – “não ser superior hierárquico nem possuir ascendência sobre a vítima”).

É notório relatar que o homossexual¹⁷ pode figurar no crime tanto no pólo ativo quanto no passivo, o que deixa claro que o assédio sexual também pode existir entre pessoas que possuam o mesmo sexo.

¹⁵ “Seria mais plausível a postura adotada pelo Código Penal espanhol, que não exigiu para a tipificação do delito essa qualidade especial do agente...” (PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro. Parte especial.** p.223)

¹⁶ O crime próprio se faz quando há a necessidade de existir uma qualidade pessoal do agente para a realização do crime.

¹⁷ O assédio sexual (art.216-A, C.P.) pode ter lugar entre pessoas do mesmo sexo (homem que assedia outro homem ou mulher que assedia outra mulher).

7 Análise necessária da tipicidade formal e da tipicidade material do art.216-A do Código Penal

O verbo que rege o tipo se encontra abarcado de uma forma bastante genérica no Código Penal Brasileiro, abrangendo: embaraçar extremamente a vítima, incomodá-la, aborrecê-la, acanhá-la bem como obrigá-la. Devido a essa amplitude do verbo *Constranger*, delitos cuja conduta não é tão séria, ou seja, que não tenha maiores intenções (como por exemplo, a doméstica que recebe uma cantada do patrão) estão também englobados ao art.216-A do Código Penal. Dessa forma é passível de entendimento raciocinar pelo lado de que quando o art.216-A pune não somente o assédio sexual propriamente dito, mas também o que pode ser visto até como um simples e direto cortejo à mulher, implica indubitavelmente em ferimento ao Princípio Penal da Intervenção Mínima, ou seja, aqui faz jus dizer a frase tão conhecida e também citada “*o direito penal não deve se ocupar de bagatelas*”. Justamente por este princípio uma simples “cantada” não deveria ser objeto de repressão penal, até porque não haveria tipicidade material para se punir. Fica claro que poderá haver tipicidade formal (adequação da conduta à norma), mas faltará a tipicidade material, já que o delito se trataria de uma bagatela, e faltando a tipicidade material conseqüentemente não haverá a tipicidade formal, e não havendo estas, não haverá crime.

8 A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)

Em adendo vale lembrar de que a CLT poderia cuidar de forma plena e eficaz dos demais tipos de assédio, não sendo necessário fazer uso do direito penal para punir os pequenos tipos de assédio.

Art. 483, a, e – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; e, e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Em análise ao art.483 e suas alíneas “a” e “e” da CLT, nota-se que não há necessidade de intervenção penal quando o assédio se faz de maneira pequena, não tamanhamente notório.

Como ensina Luiz Regis Prado,¹⁸ o assédio sexual, por ser delito de execução livre, o constrangimento reprimido pelo tipo incriminador pode ser praticado através de palavras, gestos, escritos ou qualquer outro meio idôneo em que se vislumbre ato de insinuação sexual atentatório à liberdade sexual e à dignidade da pessoa assediada¹⁹. Trata-se de delito exclusivamente comissivo. Se assim o é, fica claro que o agente não poderá responder por omissão, uma vez que seria até mesmo ilógico pensar a respeito da omissão neste caso.

Mister também é dizer que este delito não pode ser cometido pela modalidade culposa²⁰ já que exige o dolo, a intenção de assediar o inferior hierárquico.

O tipo legal alcança além do assédio sexual laboral (praticado no ambiente de trabalho) também o assédio sexual praticado fora do espaço laboral. Como na ascendência onde não se exige uma carreira funcional, mas tão somente uma relação de domínio, de influência e de respeito. (Ex.: relação entre professor e aluno em sala de aula).

O crime de assédio sexual abrange *emprego, cargo ou função*, sendo os dois últimos geralmente advindos da Administração Pública²¹. Por outro lado, o emprego, mesmo sendo possível existir emprego público, é típico da atividade privada, constituindo-se a prestação de serviços de forma contínua a empregador²². Seguindo este raciocínio pode-se

¹⁸ PRADO. Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol.3 parte especial. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 219 – 232.

¹⁹ Necessário é também pensar sobre o silêncio eloquente da vítima, no qual este pode se dividir entre o medo de ser penalizada pelo chefe por não corresponder às investidas ou então pelo consentimento às investidas sexuais praticadas pelo superior hierárquico, o que se acontecer, não mais haverá crime, pois o consentimento neste caso exclui a tipicidade já que o constrangimento se contrapõe à vontade, logo se há vontade e concordância para o ato sexual, seja lá qual for, não há que se falar em constrangimento.

²⁰ O Direito Penal não pune os estímulos autônomos, desta forma se o superior hierárquico ao espirrar e acabar encostando de forma brusca nos seios de sua secretária, não haverá cometido o crime previsto no art.216-A, C.P., pois faltou a ele o dolo de assediar seu inferior hierárquico.

²¹ É possível de acontecer, por exemplo, que um Juiz pratique a conduta de assediar frente à sua assessora. Quanto aos parlamentares, há de se analisar que, não há propriamente o crime de assédio sexual uma vez que estão acobertados pela imunidade parlamentar, porém haverá quebra de decoro parlamentar, o que pode acarretar na perda do mandato.

²² Por empregador entende-se: empresa individual ou coletiva bem como os empregadores por equiparação como os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitem trabalhadores como empregados, (art.2º, §1º, CLT).

pensar sobre o empregado doméstico²³, que atuando em local com fim residencial e tendo, por exemplo, como empregador um profissional liberal (empregador por equiparação - art.2º, §1º, CLT) que o contrata para prestar serviços domésticos em sua residência familiar, pode também ser vítima do crime previsto no art.216-A do Código Penal. Ademais, a *diarista*²⁴, figura muito comum no âmbito trabalhista brasileiro atualmente, não poderá figurar como agente passivo do delito em voga, pois falta a ela a qualidade de inferior hierárquico, e por se tratar de delito próprio para o pólo ativo tanto quanto para o pólo passivo, tal qualidade é pressuposto para a caracterização do crime. Entretanto, o suposto assediador da diarista poderá responder por Constrangimento Ilegal (art.146, C.P.).

Em análise vinculada ao menor de dezesseis anos, que poderá, desde que já tenha 14 anos completos, pelo menos estar na condição de aprendiz, e estando nessa condição, poderá ser sujeito passivo do delito previsto no Código Penal, art. 216-A. Por outro lado, mesmo que o *menor de 16 anos*²⁵ figure na relação laboral de forma irregular (art.7º, XXXIII, C.F.), não há obstáculo que impeça a ele ser vítima do delito.

Vale ressaltar aqui que, por um veto presidencial, a punição do delito restringiu-se praticamente ao assédio sexual laboral, já que foram extirpadas do projeto de lei original as hipóteses do assédio doméstico, assim como o que se origina de coabitação, hospitalidade ou proveniente de abuso decorrente do exercício de ofício ou ministério²⁶.

²³ Empregado doméstico não poderá ter como seu empregador Pessoa Jurídica, pois é necessário que fique caracterizado ao local do empregado doméstico, fim residencial. Em adendo, é notório perceber que uma Pessoa Jurídica não pode figurar como sujeito ativo do delito de assédio sexual por razões óbvias inerentes à sua natureza.

²⁴ Se ficar caracterizado que a diarista possui todos os requisitos para figurar como empregado (subordinação, pessoalidade, alteridade, onerosidade e continuidade) então a mesma poderá ser considerada como empregado, e uma vez assim considerada, poderá então figurar como vítima do crime de assédio sexual, pois como empregada, há a inferioridade hierárquica, e assim caracteriza-se o crime, porém como diarista não haverá inferioridade hierárquica, portanto não poderá figurar como vítima deste delito a diarista.

²⁵ A título informativo deve-se lembrar que quando se trata de assunto voltado à menoridade, o assédio sexual poderá resultar em um crime mais gravoso (estupro presumido por exemplo) ou até mesmo em Pedofilia. Da mesma forma, analisar-se-á quando a vítima já possui a maioridade, mesmo assim o ato de assediar sexualmente poderá resultar em estupro ou atentado violento ao pudor, ambos previstos no Código Penal, art. 213 e art. 214.

²⁶ Por assim ser, o veto presidencial tornou atípica a conduta de um religioso como um padre ou pastor, que ao se aproveitar do exercício do seu ministério, assedia sexualmente um/uma fiel, posto que a conduta não foi praticada prevalecendo-se o agente de superioridade hierárquica ou de ascendência sobre a vítima, em razão do exercício de cargo, função ou emprego.

9 O texto normativo

O constrangimento a que se refere o texto normativo do art.216-A do Código Penal Brasileiro, *vantagem ou favorecimento sexual*, tem sentido amplo, de forma a alcançar qualquer conduta que demonstre a satisfação sexual da concupiscência do agente.²⁷

O Código Penal português foi mais claro e enumerou os atos que considera de assédio sexual, citando a cópula, o coito anal e o coito oral (art.164.2).²⁸

Portanto, nota-se que o Código Penal Brasileiro, diferentemente do português, preferiu abranger amplamente todo e qualquer ato que caracterize o assédio sexual, desde uma simples cantada à cópula.

10 A consumação do delito

A consumação do delito é instantânea, ou seja, acontece no momento em que o assediador realiza o ato de assediar, importunar, deixando a vítima perturbada, constrangida.

Pode ser que o agente não consiga obter a vantagem ou o favor sexual desejado, mas ao conseguir, fica caracterizada a prática de um delito mais grave ou o próprio exaurimento do crime.

Ressalta-se que mesmo que tenha existido entre a vítima e o agressor relacionamentos anteriores (amizade, relação sexual, amorosa, matrimônio), pode ainda ter lugar o assédio sexual em casos assim, uma vez que a pessoa é livre para dissolver o relacionamento quando bem entender. Entretanto é válido dizer que há importância em manter o ambiente de trabalho saudável e por isso a pessoa deve procurar manter o companheirismo necessário entre os demais colegas de trabalho, o que está longe de configurar assédio sexual, pois ser cordial não é o mesmo de ser assediador. Resta dizer aqui que o assédio sexual estará descaracterizado quando a suposta vítima consentir as investidas do suposto assediador.

²⁷ “Melhor seria que o legislador, observando a tradição jurídico penal adotada pelo atual Código Penal no capítulo em exame, empregasse o termo *ato libidinoso*, já consagrado pela doutrina, que pressupõe a prática da *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *pennilingus*, o *annilingus* (sexo oral), o coito anal, o *inter femora*, a masturbação, os toques e apalpadelas dos órgãos sexuais e dos membros inferiores, a contemplação lasciva, os contatos voluptuosos, entre outros.” – PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte especial**. p. 227.

²⁸ NORONHA, E. M. **Direito Penal**, III, p. 128. – apud – PRADO. Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol.3 parte especial. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.227

11 A tentativa

A tentativa é plenamente possível no assédio sexual e poderá acontecer quando apesar de ter sido desencadeado o ato lesivo ao bem jurídico tutelado (liberdade sexual, direito à intimidade, dignidade da pessoa humana), a vítima não chega a ter conhecimento da pretensão do agente. Por exemplo, quando um superior hierárquico se levanta vai à direção de sua secretária com intenção de pedir por favores sexuais e ao perceber que acabara de entrar na mesma sala um de seus clientes, desiste do ato.

12 Possíveis desdobramentos do crime de assédio sexual

O delito previsto no art. 216-A do Código Penal, além de ser instantâneo é também subsidiário, pois dele poderá resultar crimes mais gravosos tais como o constrangimento ilegal e o estupro, senão vejamos:

“Art.146, C.P. - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que a lei não manda”.

“Art. 213, C.P. - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.²⁹

Poderia talvez, como feito em análise prévia, caracterizar a *Pedofilia* como uma possível derivação do crime de assédio sexual quando se tratar do superior hierárquico assediar seu inferior, sendo este aprendiz ou então figurando como empregado irregularmente contratado.

Relevante é fazer a distinção entre a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, LCP) e o delito em estudo, assédio sexual (art. 216-A, C.P.). O crime de assédio se trata de delito especial próprio, com exigência ao agente da qualidade especial de superior hierárquico ou de ascendência sobre a vítima no tocante a cargo, função ou emprego. A importunação ofensiva ao pudor tem por vez, a exigência de que o fato tenha sido praticado em lugar público ou acessível ao público. No assédio sexual, embora não haja uma qualidade especial voltada ao lugar da conduta, usualmente a conduta é perpetrada em lugares privados, mais especificamente no próprio local de trabalho.³⁰

²⁹ A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 define a nova figura típica do estupro - Art.213, C.P.

³⁰ É necessário deixar claro que o crime de assédio sexual não exige um lugar específico para ser cometido, podendo ser no âmbito laboral ou mesmo fora dele, enquanto que a contravenção de

13 A pena e a ação penal

A pena cominada ao assédio sexual é de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção. Por não se tratar de crime doloso contra a vida, mas sim contra a liberdade sexual, direito à intimidade e dignidade da pessoa humana, tal crime não poderá ser julgado pelo Tribunal do Júri³¹. Assim sendo competirá aos Juizados especiais criminais³² o julgamento do crime previsto no art.216-A,C.P. Devido à pena mínima ser de 1 (um) ano, se faz cabível aqui também a suspensão condicional do processo.³³

A ação penal é privada, o que significa que o titular para propor a ação neste caso é o particular e não o Ministério Público. Ressaltam-se as exceções previstas no art.225, §1º e §2º do Código Penal: – as vítima que não podem prover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família e delito cometido com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador – nestes casos a ação penal é pública.³⁴

Todavia, é necessário registrar que a própria natureza do delito desaconselha que a ação penal seja privada, já que a vítima se encontra sob o poder do sujeito ativo, neste caso, superior hierárquico ou alguém com ascendência no que tange a cargo, função ou emprego, já que o assediador pode tentar coagir a vítima a não propor a ação sob ameaças de demissão. Portanto, como bem ressaltado pelo brilhante Luiz Regis Prado, seria ideal que a ação penal fosse pública condicionada à representação do ofendido.

14 Assédio Moral

O terror psicológico ou assédio moral no trabalho é um fenômeno tão antigo quanto o próprio trabalho, pode-se dizer que o assédio moral é um fato social que ocorre no meio da sociedade, familiar, estudantil e com maior intensidade no ambiente de trabalho, devendo-se ressaltar que esse tipo de conduta pode ocorrer tanto no setor privado quanto na administração pública. A Constituição Federal de 1988 prevê que são invioláveis os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. X.), e por

importunação ofensiva ao pudor exige que a conduta seja praticada em lugar público ou acessível a este. Além de que o assédio sexual pode ser praticado em público sem ser ofensivo ao pudor.

³¹ Art. 74, §1º do Código do Processo Penal.

³² Art. 2º, Lei 10.259/01.

³³ Art. 89, Lei 9.099/95.

³⁴ PRADO. Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol.3 parte especial. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

essa previsão legal verificamos que a necessidade de proteção à dignidade do empregado se dá justamente pela punição e repressão de condutas que desrespeitam esse preceito como é o caso do assédio moral.

Conforme os ensinamentos de Maria Aparecida Alkimin,³⁵ não existe previsão específica sobre assédio moral em nosso ordenamento jurídico, desse modo a doutrina e a jurisprudência cuidou de estabelecer uma conceituação para esse fenômeno social, através de aspectos já estabelecidos pela área da psicologia, pois que esse fenômeno está se tornando cada vez mais vivo na organização do trabalho e de grande relevância jurídica. Assim, para a opinião majoritária, o assédio moral é considerado uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho e, que consiste na prática de atos, gestos e palavras e comportamentos vexatórios, humilhantes, degradantes e constrangedores, de forma sistemática e prolongada, pressupondo uma ação ou omissão.

Ao contrário do assédio sexual, a prática da conduta de assédio moral ocorre não somente entre chefes e subordinados, mas também pelos subordinados com relação aos seus chefes e ainda entre colegas de trabalho. Assim, a prática assediante pode ter como sujeito ativo o empregador ou superior hierárquico (assédio vertical), um colega de serviço (assédio horizontal), ou um subordinado (assédio ascendente), verificando-se claramente a intenção discriminatória e perseguidora visando vários objetivos, como eliminar a vítima da organização do trabalho. Desse modo, o assédio moral trata-se de conduta contrária ao ordenamento jurídico constitucional, assim como também contrária às normas trabalhistas, pois que se trata de uma grave violação contratual, possível de gerar demissão por justa causa (art. 482 CLT) ou rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483 CLT).

Dispõe o art. 482 e 483 da CLT:

Art. 482 – Constituem em justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; j) ato lesivo a honra ou da boa fama praticado no serviço, contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas

³⁵ ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato e, e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo a honra e a boa fama.

15 Elementos necessários à configuração do assédio moral

Em virtude da ausência de legislação específica acerca do assédio moral no âmbito das relações de emprego, há elementos caracterizados do assédio moral dos quais, a doutrina e jurisprudência estão em concordância, pois que são identificados a partir do próprio conceito de assédio moral. Como Alice Monteiro de Barros³⁶ revela, os elementos caracterizadores do assédio moral são a *intensidade da violência psicológica* - pois é necessário que a violência seja grave em aspectos objetivos com relação a uma pessoa normal -, *prolongamento no tempo* - a conduta do assediante deve ter um caráter permanente e contínuo, não sendo elemento caracterizador do assédio os episódios esporádicos -, *a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral no empregado, para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho* e ainda que *da conduta se produzam efetivamente os danos psíquicos, os quais se revestem de índole patológica* constituindo para o assediado uma enfermidade, que deve ser comprovada com diagnóstico médico.

Com relação ao último elemento, é importante salientar que os danos psíquicos devem ser necessariamente provados pelo exame médico. Segundo a mesma autora, o dano psíquico poderá ser permanente ou transitório. O dano se configura quando a personalidade da vítima se altera e seu equilíbrio emocional sofre perturbações, que se manifestam por meio de depressões, bloqueios, inibições etc. Esses estados das vítimas devem guardar um nexo de causalidade com o fato danoso.

16 O assediador

Na conduta do assediador verificam-se dois elementos: o abuso de poder e a manipulação perversa. O assediador, como já foi mencionado, não precisa ser necessariamente o superior hierárquico, como acontece no assédio sexual.

Embora existam perfis que classificam os assediadores, o assediador, a princípio, sempre é visto como uma pessoa “perversa” que humilha e

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Assédio Moral**. Disponível em: <<http://www.amatra6.com.br/amatra/ed201.htm>> Acesso em: 03/05/2007.

massacra, gerando obediência em virtude do medo, não só da vítima, mas de todos os outros empregados. Na grande maioria, o propósito dos assediadores é o domínio na organização e “vantagem” de poder controlar os outros, simplesmente para chegar ou manter sua posição de poder.

17 Formas de Assédio Moral

Conforme já mencionamos, o assédio moral poder ter como sujeito ativo tanto o empregador ou superior hierárquico quanto o empregado ou subordinado. Por esta característica podemos verificar o assédio moral das seguintes formas: vertical descendente ou descendente, horizontal simples ou coletiva, vertical ascendente ou ascendente.

A forma mais comum de assédio moral é a *vertical descendente* ou descendente, aonde a conduta de assédio parte do empregador ou de qualquer superior hierárquico em relação aos subordinados. O objetivo é eliminar do ambiente de trabalho o empregado que por alguma característica represente uma ameaça ao superior, como por exemplo, com relação ao seu cargo. Contudo, nem sempre o superior hierárquico deixa claro ou exterioriza o seu intuito perverso para eliminar o empregado do ambiente de trabalho, pois visando maior produtividade e manutenção da sua posição do poder, acaba destinando humilhações e maus-tratos com relação aos empregados, desestabilizando o ambiente de trabalho.

O assédio moral cometido pelo empregador ou qualquer superior hierárquico implica em descumprimento da obrigação contratual e constitucional, pois que fere a dignidade da pessoa do trabalhador. Desse modo, o empregado tem como proteção jurídica a rescisão do contrato de trabalho, podendo se enquadrar em quase todas as alíneas do art. 483 da CLT, inclusive a alínea “b” que, se refere ao tratamento excessivo pelo empregador ou superior hierárquico. Deve-se ressaltar que, sob pena de também responder por perdas e danos e danos morais em relação ao empregado assediado por qualquer de seus prepostos, com base na teoria objetiva, o empregador deve se atentar para a escolha de seus substitutos funcionais.

O *assédio moral horizontal* é outra forma de assédio que, se desenvolve entre colegas de trabalho, manifestando-se através de apelidos³⁷, brincadeiras maldosas, gracejo, piadas grosseiras, gestos

³⁷ Aqui é importante ressaltar a questão do *Bullying*. Figura muito comum nos dias de hoje, o bullying se transformou em uma prática acentuada entre os jovens, onde o indivíduo que sofre o assédio, ou que é exposto ao ridículo, tem traumas geralmente permanentes, o que afeta o psicológico da pessoa de forma tão grave que pode levá-la a cometer vários homicídios, como já aconteceu nos EUA, ou até mesmo suicídio.

obscenos, menosprezo, isolamento, etc. O que se nota que a maioria dessas condutas entre colegas de serviços se dá em razão de conflitos interpessoais que provocam dificuldades de convivência por qualquer motivo pessoal, bem como a competitividade ou rivalidade para alcançar destaque, manter-se no cargo ou disputar determinada função ou para obter promoção.

O empregado assediante, como autor material do assédio moral, afeta a dignidade e honra do assediado, devendo responder por perdas e danos por sua conduta anti-social e ilícita, além de se sujeitar ao poder disciplinar do empregador que poderá aplicar a sanção mais grave que é a demissão por justa causa, conforme estabelece o art. 482, “b” e “j” da CLT.

Contudo, a demissão por justa causa do empregado assediante não exclui o empregador de responder por dano moral, mesmo não tendo conhecimento da agressão psicológica contra seu subordinado, isso acontece em virtude da teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização do empregador adotada pelo vigente código, ou seja, independentemente de culpa o empregador responderá pelo dano moral decorrente de assédio.

A última forma de assédio moral é a *vertical ascendente*, não tão comum quanto às demais e ocorre quando um superior hierárquico é assediado por um ou mais subordinados. Esse tipo de assédio pode ser praticado contra o superior que se excede nos poderes de mando e que adota posturas autoritárias e arrogantes, no intuito de estimular a competitividade e rivalidade. Pode ser ainda por insegurança, ou inexperiência, quando o superior hierárquico não consegue manter domínio sobre os trabalhadores, implicando o fortalecimento dos assediadores para se livrar do superior hierárquico indesejado.

No caso do superior hierárquico, este sendo a vítima, tende a sofrer em silêncio temendo levar o problema ao dono ou diretor da empresa, pois que poderá ser considerado incompetente para o cargo de chefia e ser obrigado a ocupar cargo de menor responsabilidade, principalmente quando se trata de cargo de confiança, cuja reversão ao cargo de origem encontra respaldo no parágrafo único, do art. 463 da CLT.

18 A prova do assédio moral e do dano

O assédio moral é uma violência invisível, oculta e atinge a esfera íntima e subjetiva da vítima, e o dano moral decorrente do assédio para efeitos de responsabilização civil e efetiva reparação é imprescindível à prova dos fatos, que se verificam através da dor, do sofrimento e

perturbação interior causada pela conduta ilícita de assédio, assim verifica-se o dano moral com a comprovação do ilícito. No caso de dano físico e psíquico, a prova pericial é o meio direto e eficiente de provar o dano moral.

Entretanto, não se pode ignorar os prejuízos concretos e externos na vida da vítima, pois que o sofrimento provoca alterações orgânicas e psíquicas como: stress, ansiedade, depressão, distúrbios do sono e alimentar, medo, angústia, etc. e assim efeitos concretos podem ser aferidos através de prova indireta, como a presunção, indícios, quando a vítima não detém o meio de prova direto e licito. E o juiz ainda, valendo-se de sua persuasão racional e da presunção como meio de prova, poderá aferir ou até mesmo presumir a existência de dor, sofrimento, angústia, aflição, desespero, vergonha, humilhação e admitir a existência do dano, determinando a inversão do ônus da prova, impondo ao assediador o ônus de provar a inexistência da conduta assediante.

É importante ressaltar que o assédio moral caracteriza-se a partir de uma conduta rotineira e freqüente, o que pressupõe dizer que o dano físico ou psíquico apresenta-se de forma lenta e silenciosa. Assim, não é possível fixar uma data certa para o início da contagem do prazo prescricional, tal como acontece nos danos decorrentes de evento certo, único e determinado. Portanto, no que se refere ao assédio moral não há que se falar em prazo prescricional.

19 Fixação da indenização

Em razão da importância do bem jurídico tutelado (dignidade da pessoa humana) seria impossível mensurar a intensidade do sofrimento psicológico de cada vítima, e por isso seria impossível de estabelecer critérios para a fixação do quantum indenizatório. Logicamente, ao nos referirmos à reparação material, essa impossibilidade de fixação de indenização já não ocorre, pois que os prejuízos materiais garantem o ressarcimento do que a vítima efetivamente perdeu e/ou deixou de ganhar.

Todavia, no que se refere ao quantum indenizatório por dano moral, inexistem na legislação civil e trabalhistas regras fixando parâmetros para a fixação da indenização, sendo que os julgados sempre se baseiam no critério da liquidação por arbitramento. Assim, para a fixação do valor da indenização é necessário considerar as circunstâncias do caso concreto, tais como a intensidade da dor sofrida pela vítima; a gravidade e natureza da lesão, a intensidade do dolo e o grau de culpa, bem como a condição econômica do agente causador do dano; a possibilidade de retratação;

tempo de serviço na empresa e a idade do ofendido; o cargo e a posição hierárquica ocupada na empresa; permanência temporal dos efeitos do dano e os antecedentes do agente causador do dano.

Conforme o direito material civil, para efeito de fixação do valor da indenização dispõe que “*a indenização mede-se pela extensão do dano*” (art. 944, C.C.), assim o juiz tem livre-arbítrio para fixar a indenização de acordo com o grau de culpa e outras circunstâncias.

20 Da competência da Justiça do Trabalho

De acordo o art.144 da Constituição Federal, a competência para decidir questões entre empregado e empregador que envolva o dano moral é da Justiça do Trabalho. Dispõe o art.144 da Carta Magna:

Art.144 – Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

O pedido de reparação de dano moral em razão de assédio moral decorrente de relação de emprego será, portanto, da competência material da Justiça do Trabalho, pois que a expressão “*outras controvérsias decorrente da relação de trabalho*” abarca o dano moral em virtude da conduta de assédio moral praticado na vigência do contrato de trabalho.

21 Conseqüências jurídicas no âmbito penal

Para a caracterização e repreensão desse tipo de comportamento é necessária que as alegações sejam detalhadamente embasadas em provas ou ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos, não sendo suficientes a queixa-crime com simples narração dos fatos.

Invariavelmente toda prática delituosa gera uma pena, no caso do assédio sexual a pena cominada é de 1(um) ano a 2(dois) anos de detenção, conforme prevê o art. 216-A do Código Penal Brasileiro, sendo possível ainda , no âmbito civil, o pedido de indenização por danos morais, em virtude da violação do direito a intimidade assegurado no art. 5º, da Constituição Federal.

Ressaltando que a competência para o processo e julgamento é dos Juizados Especiais Criminais (art. 2º, da Lei 10.259/01), por se tratar de infração de menor potencial ofensivo, sendo que a ação penal será privada, salvo as exceções do artigo 225, parágrafo 1º e 2º do Código Penal.

22 Conseqüências jurídicas no âmbito trabalhista

A CTL não faz qualquer referência expressa ao assédio sexual e/ou assédio moral, que pode partir de um(a) funcionário(a) hierarquicamente superior, empregado(a), subordinado(a), como também do próprio empregador. Os efeitos do assédio sexual poderão ser enquadrados no art. 483 da CLT, “c” (perigo manifesto), ou na alínea “e” (ato lesivo da honra e boa fama) ou, ainda na violação genérica do direito à dignidade.

Conhecido o fato, o assediador, sendo empregado, poderá ser despedido pela empresa por justa causa, consistindo o ato faltoso em incontinência de conduta. Nesse caso, a vítima também poderá ajuizar ação de indenização por dano moral contra o assediador e ainda ação penal, em virtude da tipificação criminal da conduta (art.216-A CP).

Se de iniciativa do empregador, o assédio ensejará ao empregado dar por rescindido seu contrato de trabalho por culpa do empregador, com base no art. 483, “e”, da CLT, além de pagamento das verbas rescisórias, sendo possível pelas circunstâncias, tipificar o dano moral. Podendo assim, propor ação de indenização por dano moral e também ação penal pela conduta típica do empregador.

É importante salientar que a reparação do dano deve levar em conta a gravidade da afronta, a intensidade do sofrimento, e as condições econômicas e sociais do assediante.

23 Conseqüências Psicológicas para a vítima de assédio

Um levantamento feito pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) revela que 42% dos trabalhadores brasileiros foram vítimas de assédio em 2000, atualmente é evidente que esse número cresceu, pois que as pessoas começaram a exigir seus direitos.

As conseqüências do assédio com relação à vítima não se limitam ao recebimento de uma indenização sentenciada em juízo. Sem dúvida, podemos notar que as conseqüências para a vítima são desastrosas, visto que além de conduzi-la ao desemprego, à dificuldade de se relacionar, há também os sintomas físicos e psicológicos, que podem variar de acordo com as vítimas, dependendo do sexo.

Em geral as mulheres, exclusivamente, são sujeitas a crises de choro, a palpitações, tremores, tonturas, falta de apetite. Já os homens, em sua maioria, têm sede de vingança, idéia e tentativa de suicídio, falta de ar e passam a fazer o uso de drogas.

Podem-se notar também, em ambos os sexos, a depressão, a insônia, a sonolência durante o dia e a dor de cabeça*.

24 Conclusão

Concluimos que recentemente os tipos de assédio, tanto moral quanto sexual, se fazem presente no cotidiano brasileiro e que o Direito Penal, como instrumento de tutela repressiva do Estado, não é eficaz para punir a prática do assédio sexual, contrariamente à Justiça do Trabalho que, com mais sucesso que a Justiça Penal, figura como punição sob a forma de indenização trabalhista de maneira plena e eficaz.

No mesmo sentido equivale dizer que o Direito Penal, que deve atuar como *Ultima Ratio*, pautando-se também sob o princípio da insignificância, não é o instrumento mais adequado para a punição, seja de assédio moral ou sexual. É de extrema dificuldade encontrar alguém que como superior hierárquico tenha assediado moral ou sexualmente um inferior hierárquico e ter sofrido, em virtude do crime cometido, art. 216-A, repressão penal por isso. Portanto, insistimos em dizer que seria fundamental a descriminalização do delito de assédio sexual e sua inclusão como um ilícito punível pela lei civil ou trabalhista bem como já é para o assédio moral.

Sexual and moral harassment in labor relations

Abstract: The present study seeks to demonstrate the relevance of the proposed theme, due to the insertion of the article 216-A in the Criminal Brazilian Code, which was added by the law nº. 10.224 of May 15th, 2001, which typifies the conduct of sexual harassment. The “new” crime is already valid since May 16th, 2001. However, to visualize this crime characterization, it is necessary to observe some elements, such as the labor relation (job, function or position). It is also necessary to explain that the moral harassment is not yet, expressly, part of the juridical Brazilian ordainment. The Labor Justice has positioned its opinion in consonance with the right of dignity of the human being, which is a fundament pre-

viewed in the article 1, III of the Brazilian Constitution of 1988. It will analyze the competence of the Labor Justice, which in a wise view, is the one responsible for the analysis of all conflicts that derives of a labor relation, mainly in which refers to the demands of payment of moral damages derived of a harassment. In this same aspect, there will be a discussion about a hypothesis of decriminalization of the sexual harassment, due to the impossibility of the Criminal Justice to make this conduct stop. Even if the sexual harassment is a recent typified conduct, the harassment, sexual or moral, in a minor or major level, always existed, but the difference is that now the population, even in small scales, has been fighting to guarantee its rights, making the harassment become a more evident kind of conduct. Researches say that the moral harassment reaches 36% of the Brazilian population economically active. It explains why this theme has been gaining larger spaces in the media and in discussions about the workers, mainly those who have suffered the conduct that was expressly typified in the Criminal Code. All in all, it could be concluded that the study about the proposed theme is very important, due to its repercussion in our country.

Keywords: Labor relations. Sexual harassment. Moral harassment.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRITO, Márcio Roberto Andrade. **Terrorismo no trabalho**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/55651,1>> Acesso em: 15/05/2007.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Russel, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 524 a 526.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. trad. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.181.

MIKKELSON, Barbara and David P. **Urban Legends Reference Pages**. apud. AYTÓ, John. *Dictionary of Word Origins*. New York: Arcade Publishing, 1990. ISBN 1-559-70214-1. (p. 242-243). Disponível em: <<http://www.snopes.com/language/acronyms/fuck.htm>> Acesso em: 05/06/2007.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**, III, p. 128. – apud – PRADO. Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 3 parte especial. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 227.

PINTO, Felipe Martins. **Assédio Sexual**. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=19>> Acesso em: 09/03/2007.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 3 parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 222.

ANEXOS

ANEXO A – Quadro comparativo dos sintomas das vítimas de assédio

| Sintomas | Mulheres | Homens |
|---------------------------------|----------|--------|
| Crises de choro | 100% | 0% |
| Dores generalizadas | 80% | 80% |
| Palpitações, tremores | 80% | 40% |
| Sentimento de inutilidade | 72% | 40% |
| Insônia ou sonolência excessiva | 69,6% | 63,6 |
| Depressão | 60% | 70% |
| Diminuição da libido | 60% | 15% |
| Sede de vingança | 50% | 100% |
| Aumento da pressão arterial | 40% | 51,6% |
| Dor de cabeça | 40% | 33,2% |
| Distúrbios digestivos | 40% | 15% |
| Tonturas | 22,3% | 3,2% |
| Idéia de suicídio | 16,2% | 100% |
| Falta de apetite | 13,6% | 2,1% |
| Falta de ar | 10% | 30% |
| Passa a beber | 5% | 63% |
| Tentativa de suicídio | 0% | 18,3% |

Fonte: Barreto, M. Uma Jornada de Humilhações. 2000 PUC/SP

*Obs.: Pelo quadro nota-se que as mulheres sofrem de maneira mais acentuada que os homens. Porém é interessante analisar que as conseqüências mais graves (como citado no quadro acima: depressão, idéia de suicídio, alcoolismo, tentativa de suicídio) incidem mais nos homens.

☰ Recebido: julho/2010 Aprovado: abril/2012