

O assédio sexual, algumas notas comparativas e o crime de assédio sexual

José Raimundo Gomes da Cruz

Por força da Lei n. 10.224, de 15/5/2001, o nosso Código Penal passou a contar o seguinte dispositivo: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

Escrevendo sobre o tema há mais de uma década (“Assédio sexual”. *CPPG*. v. 2. p. 2), observei que o mundo inteiro acompanhara, pelos meios de comunicação, a acusação feita por Anita Hill, advogada, então com 35 anos de idade, ao novo ministro da Suprema Corte dos EUA, Clarence Thomas, que na época contava 43 anos de idade. O Senado americano, segundo tal acusação, não deveria aprovar a nomeação feita pelo Presidente Bush, pai do atual Presidente, porque, cerca de dez anos antes, trabalhando sob as ordens de Thomas, a autora da acusação teria sofrido assédio sexual (*sexual harassment*) por parte do novo ministro, isto é, este teria feito naquela época referência explícita a detalhes anatômicos mais íntimos e proezas de que ele seria capaz, em matéria de sexualidade. O julgamento do Senado teve resultado favorável ao novo ministro, por escassa maioria.

As possíveis repercussões teóricas e práticas de tal caso sugeriam alguma análise. Observe-se que a reportagem da revista TIME, de 21/10/91, ouvindo jurista do elevado nível de Judith Resnick, professora da University of Southern California, obteve a informação de que esse caso constituía “paradigma de assédio sexual”.

O tema, apesar da clareza da linguagem legal, era complexo, envolvia os limites entre a moral e o direito, sendo sua incidência

difícil de ser medida. Sob o critério da EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission* – Comissão de Igual Oportunidade de Emprego), desde 1980, confirmado, unanimemente, pela Suprema Corte dos EUA, em 1986, assédio sexual incluía não apenas o abuso físico, mas também o verbal e circunstancial, ou relativo ao ambiente hostil de trabalho. O verdadeiro problema não residia na importunação ofensiva ao pudor (prevista como contravenção no artigo 61 da nossa Lei das Contravenções Penais). Tratava-se, antes, “de abuso de poder, quando a trabalhadora dependia para sua sobrevivência profissional da boa vontade de seu superior e, por isso, sentia-se vulnerável”. Não era, automaticamente, questão relativa aos dois sexos, mas, como salientara certa autoridade ouvida, “questão de intimidação econômica”.

Havia até advogados norte-americanos especializados em casos de assédio sexual, em geral, relativos a mulheres em empregos inferiores, nas chamadas *white-collar professions*.

Certa Corte de Justiça da Califórnia adotara como critério para a devida proteção contra o assédio sexual a condenação de expressões e gestos que parecessem problemáticos a uma *reasonable woman*, acrescentando-se que a percepção dessa “mulher razoável” distinguia-se daquela do homem.

Tanto na opinião de psicólogos, quanto na de sociólogos, existia em tudo a tentativa de enfraquecer o poder da mulher.

Claro que não faltava certa visão unilateral do problema, com a objeção consistente em que os homens manipulavam o poder profissional, mas as mulheres tinham o poder sexual.

Os casos exemplificados pela reportagem eram diversos. Saliente-se que, por força do U. S. Civil Rights Act de 1964, a mulher que vencesse a demanda ficava reintegrada no emprego

com pagamentos dos atrasados. Havia leis estaduais mais generosas, mas não existia punição, ainda, no âmbito federal.

Quando escrevi essas notas, a nossa atual Constituição da República era bem recente. Sem dúvida, ela se mostrava pródiga com normas de direitos sociais. De interesse para o tema examinado, podíamos lembrar seu artigo 7º, inciso XX, que prevê, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Some-se a isto o disposto no inciso XXX do mesmo dispositivo constitucional: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Concluindo, tentei profetizar: “A experiência americana apenas esboçada nas linhas precedentes poderá servir de modelo, quando surgirem controvérsias sobre certas condutas relativas à mulher trabalhadora em sua atividade profissional.”

Em termos comparativos, cabe o exame dos dispositivos mais recentes do Código Civil do Estado da Califórnia (cf., a propósito, meu artigo sob o título “Os códigos do Estado da Califórnia (EUA)”. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. v. 27. pp. 145 e ss.). Tal diploma em seu § 51.9, sob a rubrica *Assédio Sexual – Elementos de Causa de Ação (Sexual Harassment – Elements of Cause of Action)* estabelece:

a) Aquele que for demandado por assédio sexual será responsabilizado se o autor da ação provar todos os seguintes requisitos:

(1) Existência de atividade, serviço ou relacionamento profissional entre o autor e o réu. Tal relacionamento pode existir entre o demandante e, entre outras, as seguintes pessoas: A) Médico, psicoterapeuta ou dentista... (B) Advogado, assistente

social, agente do registro de imóveis, contador, banqueiro, construtor; C) Administrador; D) Hospedeiro; E) Professor; F) Relacionamento que seja substancialmente assemelhado a qualquer daqueles acima.

2) O demandado ter feito avanços sexuais, solicitações, propostas sexuais, ou pedidos de concordância sexual do demandante indesejáveis e persistentes ou rigorosos, continuando após o apelo do demandante para parar...

(3) Não estar o demandante em condição de encerrar facilmente o relacionamento sem grave prejuízo.

(4) O demandante ter sofrido ou estar para sofrer perda econômica, desvantagem ou prejuízo pessoal como resultado da conduta descrita no parágrafo (2).

(b) Numa ação decorrente desta seção, os danos serão concedidos de acordo com a seção 52.

(c) Nada neste dispositivo será interpretado para limitar a aplicação de qualquer outra providência conforme a lei.

(d) A demanda e resposta sob deste dispositivo observarão o disposto nas seções 446 e 447 do Código de Processo Civil.

O mencionado artigo 52 do Código Civil do Estado da Califórnia regula a indenização por atitudes discriminatórias (§§ 51 e 51.5 do mesmo Código californiano), sendo, como consta acima, aplicável para indenizações decorrentes de assédio sexual (Cf. *Standard California Codes*. New York-San Francisco : Mathew Bender, 1998. pp. 18 e ss.).

No tocante ao Canadá, Estado Federal cujas unidades locais – as suas Províncias – também possuem, como ocorre com aquelas que integram os EUA, autonomia bem mais acentuada do que a dos nossos Estados-membros (cf. meu artigo sob o título

“Canadá: Direito e Processo”. *Revista Forense*. v. 351. pp. 117 e ss.), encontra-se definição de assédio sexual na seção 3 do *Human Rights Act* da Nova Scotia de 1989, conforme emenda de 1991: “(i) significa ‘conduta sexual constrangedora ou comentário que se presume razoavelmente indesejável, (ii) uma solicitação ou investida sexual feita por uma pessoa a outra pessoa, quando aquela pessoa está na posição de conceder ou negar benefício à pessoa a quem a solicitação ou investida é feita, quando a pessoa que faz a solicitação ou investida saiba ou deva razoavelmente saber que é indesejável, ou (iii) uma represália ou ameaça de represália contra certa pessoa por rejeitar uma solicitação ou investida sexual” (cf. *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.* [1989]). (John A. Yogis. *Canadian Law Dictionary*. 5. ed. New York : Barron’s, 2003. p. 259).

Também se encontra a seguinte informação relativa ao vocábulo *harassment* 1.: “Fazer comentário ou adotar conduta vexatória, que se sabe ou se deve razoavelmente saber indesejável.” (*Human Rights Code*, 1990) “2.: Geralmente no contexto de raça ou sexo... um padrão de indesejável conduta física ou verbal, que, intencionalmente ou não, humilha um empregado ou cria um ambiente de trabalho ‘envenenado’ – literalmente, “*poisoned*” *work environment* – ou outras conseqüências adversas para ele ou para ela...” *Silzer v. Chaparral Industries (86) Inc.* (1993)” (Yogis, ob. cit., p. 124).

Retornando ao artigo 216-A, introduzido pela Lei n. 10.224, de 15/5/2001, no nosso Código Penal, poderia desenvolver considerações penais e mesmo processuais penais, embora com menor segurança e harmonia de convicções do que conseguiram Damásio E. de Jesus (“Crime de assédio sexual”. *Revista dos Tribunais*. v. 796. pp. 477/483) e Luiz Flávio Gomes (“Lei do Assédio Sexual [10.224/2001]”. *Revista dos Tribunais*. v. 793. pp. 455/462). Note-se que, mesmo aí, seu consenso, por

exemplo, sobre a possibilidade da tentativa do assédio (Jesus, ob. cit., p. 482; Gomes, ob. cit., p. 461), não coincide com a opinião de outros (Celso Delmanto *et alii*. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p. 471).

Jesus e Gomes lamentam o veto, que suprimiu o projetado parágrafo único do artigo 216-A do Código Penal: “Incorre na mesma pena quem cometer o crime: I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; II – com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou a ministério.” Para o primeiro, com o veto, “subsistiu somente o assédio laboral (*caput*). Os outros tipos de assédio são atípicos.” (ob. cit., p. 483). Para Gomes, o veto excluiu cinco modalidades de assédio (o doméstico, o decorrente de coabitação, de hospitalidade, de abuso inerente a ofício ou a ministério), a pretexto da sua previsão no artigo 226 do Código Penal como causas especiais de aumento da pena, daí resultando sua impunidade (ob. cit., pp. 460/461).

Ataliba Pinheiro Espírito Santo se mostra crítico, ante a natureza polêmica da matéria, a “imprecisão do injusto, a distorção da pena, a indefinição de termos do tipo, a complexidade processual do delito e a inadequada tentativa de educar criminalizando a conduta”, além da possibilidade de que certos ilícitos não sejam criminalizados, pela própria “necessidade de não-banalização do crime” (“Crítica à Lei nº 10.224. de 15/5/2001 -Assédio sexual”. *Revista Jurídica*. v. 282. pp. 88/89).

Concordo com Rômulo de Andrade Moreira: o constrangimento exigido pelo artigo 216-A do Código Penal pressupõe perseguir com insistência, molestar, não bastando “simples palavras elogiosas ou meros gracejos.” (“O novo delito de assédio sexual - Lei nº 10.224/2001”. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. v. 10. p. 51).

Contudo, retomando o caso considerado pela jurista Judith Resnick “paradigma de assédio sexual”, parece-me que o nosso legislador ignorou quase completamente a essência da matéria, que não se caracteriza pela intimidade sexual, mas pela intimidação econômica.