

ano 24 – n. 97 | julho/setembro – 2024
Belo Horizonte | p. 1-234 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v24i97
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Nathalia Campos

Diagramação: Derval Braga

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O devido processo legal em investigações administrativas de assédio sexual: a força do mandamento constitucional e a realidade da instrução processual disciplinar

Due legal process in administrative investigations of sexual harassment: The constitutional command versus the reality of disciplinary procedural instruction

Daniel Pires*

Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) (Porto Alegre-RS, Brasil)
danielpires.adv@gmail.com
<http://orcid.org/0009-0001-5106-8836>

Sandro Lúcio Dezan**

Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) (Brasília-DF, Brasil)
sandro.dezan@ceub.edu.br
<http://orcid.org/0000-0002-8524-8309>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PIRES, Daniel; DEZAN, Sandro Lúcio; SILVA, Vlândia Pompeu. O devido processo legal em investigações administrativas de assédio sexual: a força do mandamento constitucional e a realidade da instrução processual disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 97, p. 171-199, jul./set. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i97.1950.

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre-RS, Brasil). Especialista em direito público pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Especialista em direito público pela Escola Superior da Magistratura Federal. Advogado graduado pela Pontifícia Universidade Católica. Consultor jurídico no Instituto Gamma de Assessoria a Órgãos Públicos (IGAM) e instrutor de cursos, na área do Direito Público.

** Professor Titular de Direito Administrativo no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) (Brasília-DF, Brasil). Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito

Gládia Pompeu Silva***

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) (Brasília-DF, Brasil)

vladiapompeu@yahoo.com.br

<http://orcid.org/0000-0002-4687-1640>

Recebido/Received: 19.05.2024 /19 May 2024

Aprovado/Approved: 12.09.2024/12 September 2024

Resumo: O presente artigo tem a pretensão de apresentar as principais dificuldades na concretização do princípio constitucional do devido processo legal administrativo em investigações de assédio sexual, especialmente quanto à seleção e obtenção dos elementos probatórios, bem como da produção e valoração das provas. Primeiro, analisamos os contornos contemporâneos do princípio do devido processo legal administrativo, à luz do disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição República Federativa Brasileira e dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A seguir, apresentamos o assédio sexual enquanto infração administrativa disciplinar. Tratamos de aspectos relacionados à conceituação, tipologia e previsão legal. Realizamos, ainda, a análise de alguns precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a temática. Por fim, apontamos as sensibilidades na identificação dos elementos, produção e valoração das provas na instrução processual administrativa disciplinar de condutas que envolvem a prática de assédio sexual. Nesse ponto, destacamos como a natureza da infração, a condição de vulnerabilidade da vítima e o histórico-cultural brasileiro interferem na concretização das garantias do contraditório e ampla defesa. Concluímos pela existência de um sistema de tipificação precário, no que tange ao ilícito administrativo do assédio sexual. Essa disfunção termina por perpetrar sequelas no desenvolvimento do devido processo substancial, inclusive no que tange ao instituto da coleta de provas, exigindo a evolução do legislador, na atuação ao combate a prática do assédio sexual na Administração Pública e sobre a responsabilização.

Palavras-chaves: Princípio do devido processo legal administrativo. Assédio sexual. Investigação administrativa. Instrução processual disciplinar.

Abstract: This article aims to present the main difficulties in implementing the constitutional principle of due administrative legal process in sexual harassment investigations, especially regarding the selection and obtaining of evidence, as well as the production and evaluation of evidence. First,

da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal. Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Investigador do Centro de Investigação de Justiça e Governação (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia, e do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII), da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal. Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, vinculado à Área de Concentração Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

*** Professora Titular do Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) (Brasília-DF, Brasil). Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduada em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Altos Estudos de Defesa pela Escola Superior de Guerra (ESG). Cursando MBA em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito Administrativo. Colunista do portal Migalhas. Procuradora da Fazenda Nacional desde 2006.

we analyze the contemporary contours of the principle of due administrative legal process (Article 5º, LIV and LV of the Constitution of the Brazilian Federative Republic and articles 20, 21 and 22 of the LINDB). Next, we present sexual harassment as an administrative disciplinary infraction. We deal with aspects related to conceptualization, typology and legal provisions. We also analyzed some jurisprudential precedents of the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice. Finally, we point out the elements, production and valuation of evidence in the administrative disciplinary procedural investigation of conduct involving the practice of sexual harassment. At this point, we highlight how the nature of the infraction and the victim's condition of vulnerability interfere with the implementation of the guarantees of contradictory and full defense. We conclude that there is a precarious classification system regarding the administrative offense of sexual harassment. This dysfunction ends up having consequences for the development of substantial due process, including with regard to the institute of evidence collection, requiring the evolution of the legislator, in action to combat the practice of sexual harassment in the Public Administration and in terms of accountability.

Keywords: Due administrative legal process. Sexual harassment. Administrative investigation. Disciplinary procedural instruction.

Sumário: 1 Introdução – 2 O princípio do devido processo legal administrativo à luz do disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição República Federativa Brasileira, e dos artigos 20, 21 e 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – 3 O assédio sexual enquanto infração administrativa disciplinar – 4 Investigação administrativa de assédio sexual: o impacto da situação de vulnerabilidade da vítima e do histórico-cultural brasileiro na concretização do princípio do devido processo legal verdadeiramente substancial – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

Uma análise sobre os desafios que o princípio do devido processo legal enfrenta em investigações administrativas de assédio sexual é o objetivo do presente artigo. Quando percebemos que a vulnerabilidade das partes envolvidas e a sensibilidade probatória dos fatos coloca em xeque algumas regras expressas que visam concretizar o devido processo legal formal na esfera administrativa, faz-se necessário revisitarmos seu conteúdo e sua aplicação prática.

Nessa senda, abordaremos a temática em três perspectivas.

Primeiramente, apresentaremos os contornos contemporâneos do princípio do devido processo legal administrativo desenvolvidos à luz do que dispõe a Constituição Federal e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A pretensão é tecer nossos comentários a partir dos avanços normativos na esfera das garantias processuais em investigações administrativas, com o enfoque nas infrações, cujas apurações exigem uma abordagem processual para além do previsto nas disposições legais, tendo por foco o ilícito do assédio sexual.

Num segundo momento, abordaremos o assédio sexual enquanto infração administrativa e trataremos sobre conceituação, tipologia e previsão legal/normativa. Apontam-se a inexistência de um tipo administrativo disciplinar uniforme aplicável

a todos os regimes jurídicos federativos e os impactos negativos que isso causa, tendo em vista o princípio da independência das instâncias penal e administrativa sancionadoras.

Por fim, prosseguimos para o exame da investigação administrativa do assédio sexual, destacando o impacto causado pela situação de vulnerabilidade dos envolvidos e do histórico-cultural brasileiro. De fato, algumas sensibilidades na identificação dos elementos, produção e valoração das provas durante a instrução processual administrativa disciplinar que envolvem a prática de assédio sexual interferem na concretização efetiva do princípio do devido processo legal administrativo substancial, considerando o reforço trazido pelos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.

Esse tema parece ainda não ter sido suficientemente abordado pela doutrina, e aqui reside nossa contribuição.

2 O princípio do devido processo legal administrativo à luz do disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição República Federativa Brasileira, e dos artigos 20, 21 e 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹

O princípio do devido processo legal encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LIV,² da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seu conteúdo tem evoluído para além da exigência de prévia prescrição de um *iter procedimental* (caráter formal) com o fim de impor privação à liberdade ou à propriedade de alguém. Atualmente não mais se questiona a existência do seu caráter substancial (ou material), pressupondo que as prescrições procedimentais sejam ainda razoáveis, adotem “valores condizentes com a dignidade da pessoa humana”³ e instituem um processo leal e justo.⁴

¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

² “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)”

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (...).”

³ DEZAN, Sandro. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2024. p. 211.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. II. p. IX-13; IX14.

Nesse sentido, trabalharemos, neste artigo, uma perspectiva ampla do princípio, associando-o ao dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LV⁵ (princípios do contraditório e ampla defesa), por entendermos que, sob aspecto substancial, um não sobrevive sem o outro. Ainda, utilizaremos disposições infralegais que ajudam a concretizar os contornos contemporâneos do princípio do devido processo legal administrativo, como acontece com os artigos 20, 21 e 22 da LINDB.

Tais avanços normativos têm fortalecido o compromisso com as garantias processuais em investigações administrativas, especialmente para o caso de infrações, cujas apurações exigem uma abordagem processual para além do previsto nas disposições legais. É o caso do assédio sexual, uma espécie irregularidade administrativa que ainda carece de clareza material e cujo processo investigativo necessita de um olhar mais condizente com a sensibilidade do contexto fático e com a condição das partes envolvidas.

O devido processo legal administrativo não ostenta apenas o status de princípio fundamental. É categorizado também como direito individual e garantia constitucional. Na condição direito, “têm como objeto imediato um bem específico”⁶ (liberdade), visando protegê-lo, ainda que indiretamente. Enquanto garantia fundamental, assegura ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam.⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello nos lembra que o princípio assume a posição de “mandamento nuclear de um sistema” que irradia suas balizas para as mais diversas normas e assume relevante papel na interpretação e integração:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de seus comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque,

⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (...).”

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 172.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 174.

ao ofendê-lo abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda estrutura nele esforçada.⁸

De fato, o “due process of law”⁹ tem importância significativa em processos administrativos sancionadores, pois é instrumento de contenção às tiranias processuais e impõe a criação de espaços para visibilização dos contrapontos apresentados pelos litigantes, que deverão estar em patamar de igualdade material durante todo o processo. Ação essa que deve se concretizar com previsão de regras expressas, mas também deve irradiar-se sobre todo o sistema, através da ponderação admitida a partir da sua robusta carga principiológica.

A ele se submetem as partes e o julgador, Estado-Administração, cujas ações devem estar legitimadas em um procedimento participativo, dialógico, no qual os destinatários da decisão final tenham oportunidade de apresentar seu ponto de vista sobre os fatos e contribuir efetivamente para uma melhor decisão da Administração Pública.¹⁰ Assim, de um lado, a decisão deve ser justificada por uma interpretação coerente e objetiva do cenário fático-probatório. De outro, as partes devem participar ativamente desse processo de construção decisional em igualdade de condições.

A LINDB, alterada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, trouxe novos e bons elementos para aprimorar o caminho em busca da decisão administrativa mais leal e justa. Em seus artigos 20, 21 e 22, dispõe que a decisão nas esferas administrativa, controladora¹¹ e judicial deve atentar-se à boa motivação de forma que suficientemente se consiga demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Deve ainda “indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” e considerar “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 913.

⁹ Ressalvadas algumas divergências histórico-doutrinárias pontuais, a expressão “due process of law” surge em 1354, quando Eduardo III reafirma as leis da terra, entre elas a Magna Carta firmada por João Sem-Terra em 1215. Esta, por sua vez, em momento algum havia mencionado a referida expressão, mas apenas utilizara a expressão “lei da terra” (*law of the land/legem terrae*) (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 61).

¹⁰ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. v. 1. p. 460.

¹¹ Há debate doutrinário importante sobre o alcance da expressão “esfera controladora”, mas que foge ao objeto de estudo no presente artigo.

A exigência de motivação, nestes termos, exige da Administração Pública muito mais que uma correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada.¹² Motivar um ato, em primeiro lugar obriga a fixar os fatos a partir dos quais parte a análise, inseri-los na hipótese de uma norma jurídica adequada e, ao final, argumentar como a referida norma impõe a decisão que é posta.¹³

A LINDB, nesse aspecto, exige atenção quanto a utilização de valores jurídicos abstratos na fundamentação de decisões, sejam elas administrativas ou judiciais. Sugere que a “abstratividade conceitual” somente será admitida quando for possível, no caso concreto, ser consideradas as consequências práticas da decisão. A decisão deve indicar, portanto, de modo expresse as consequências jurídicas e administrativas que dela advirão. Por sua vez, a motivação deve ser o instrumento de ligação entre os motivos de fato¹⁴ e os motivos de direito.¹⁵ Por meio dela deve ser possível aferir com facilidade que foram levados em consideração “os obstáculos e as dificuldades reais”.

Temos que houve uma qualificação do princípio do devido processo legal substancial quando passamos a exigir que a motivação parta de uma análise do quadro fático construído sob o olhar atento às partes, seu passado, presente e futuro. Para alcançarmos o processo prévio, leal, justo devemos observar os fatos *in concreto* antes de passarmos à sua subsunção à norma. Saímos da lógica de que motivação é apenas a “justificativa expressa que o agente menciona no ato administrativo”¹⁶ para repensarmos como (re)construir “quais são os fatos a partir dos quais se partirá a análise” e os considerar, na motivação da decisão, sob a perspectiva material das partes envolvidas, com um olhar prognóstico para o futuro, mas sem descurar do presente e do passado.

Entendemos que o devido processo legal substancial não se sustenta sem a possibilidade de as partes envolvidas estarem (bem) informadas, manifestarem-se e produzirem provas, interferindo ativamente na formação do convencimento do

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 57.

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 567.

¹⁴ A situação empírica, concreta do mundo (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 376).

¹⁵ A previsão hipotética prevista em lei que enseja a prática do ato (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 376).

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal, comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5. ed. rev. ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013. p. 49.

juiz. Interferência essa que deve ser atenta à condição material de cada parte considerada em si mesma.

Não há em um Estado Democrático de Direito ramo do direito sancionador público sem um devido e prévio processo.¹⁷ Tamanha força reverte-o como instrumento de resistência¹⁸ àquele que ostentando a condição de litigante ou acusado em processo judicial ou administrativo, tenha que posicionar-se contrariamente a pressões sofridas por meios de atos, ações, condutas e até processos e leis injustas.

Em sua aplicação, os efeitos normativos atingem não apenas uma perspectiva formal, mas também substancial, em que razoabilidade e proporcionalidade assumem papel de relevo na concretização principiológica.¹⁹ Aspecto que tem bastante impacto no âmbito do direito administrativo sancionador disciplinar, especialmente quando relacionadas a condutas de assédio sexual, já que nesses casos a igualdade processual entre as partes envolvidas (vítima e acusado) pode ser fortemente abalada em razão da comum vulnerabilidade da vítima. Os fatos *in concreto* muitas vezes encontram-se inseridos numa cultura social que desigualada o papel ocupado pelas mulheres não refletido na análise processual.

É perceptível, entretanto, que as balizas que norteiam a concretização do *due process of law* na processualística penal (ou mesmo trabalhista) se encontram mais evoluídas que no âmbito administrativo, inclusive quando tratamos conduta infracional materialmente idêntica. É o caso do assédio sexual, cuja tipificação disciplinar, na grande maioria das vezes,²⁰ encontra suporte na previsão do artigo 216-A do Código Penal,²¹ em face da inexistência de dispositivo específico. Se a materialidade da conduta sofre, a aplicação substancial dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa igualmente são atingidos pelos reflexos dessa disfunção.

O fato é que no âmbito do direito administrativo sancionador disciplinar, o princípio do devido processo legal merece atenção e cuidado redobrados para que

¹⁷ DEZAN, Sandro. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2024. p. 208.

¹⁸ Sobre o direito de resistir, nos ensina Maria Helena Diniz (*Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 365) que, “quando houver abuso de poder para exercer pressão irremediável surge o direito de resistência que, no sentido amplo, reconhece aos cidadãos, em certas condições a recusa à obediência, a oposição a leis injustas, a resistência à opressão e à revolução”.

¹⁹ DEZAN, Sandro. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2024. p. 209.

²⁰ Na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estatui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e prevê as condutas passíveis de penalização administrativa disciplinar não dispõe expressamente sobre a prática de assédio sexual.

²¹ “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.”

atinja seu grau máximo de efetividade. Se de um lado, a previsão procedimental para apuração e penalização de condutas infracionais deve estar prévia e suficientemente descrita em lei, de outro lado, tais procedimentos devem adaptar-se à realidade material/processual *in concreto*, ato a ato, etapa a etapa e decisão a decisão.

Veja que nos casos de assédio sexual a vulnerabilidade da vítima e a sensibilidade probatória envolvida coloca em xeque algumas regras expressas que visam concretizar o devido processo legal formal. A título de exemplo, cite-se o artigo 30²² da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e inadmite, expressamente, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Regra de inquestionável validade e que está alinhada com o que se espera de um “processo justo e leal”.

Ocorre que a (i)lícitude passa a ser questionada e relativizada quando se trata de única prova possível a comprovar um fato que enseje aplicação de sanção penal,²³ especialmente quando estamos diante de casos que a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade,²⁴ como acontece com os crimes de natureza sexual.

Estranho é que tais diretrizes ainda não parecem ser objeto de ampla aceitação na esfera sancionadora administrativa disciplinar. E ainda não estão refletidas na processualização de infrações administrativa de mesma natureza. Subverte-se,

²² “Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.”

²³ “A gravação da conversa de um dos interlocutores não configura interceptação, sendo lícita como prova no processo penal, aplicando-se, nesse caso, o princípio da proporcionalidade, que permite o detrimento de alguns direitos para que prevaleçam outros de maior valor” (STJ, RHC, 7216/SP, 5a. T., RT n. 755/580).

²⁴ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSÉDIO SEXUAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO RECORRIDA CORROBORA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. SÚMULA N. 83 DO STJ. VÍTIMAS MANIFESTARAM O INTERESSE NO PROSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. REQUISITO DE PROCEDIBILIDADE SATISFEITO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA À LEI ESTADUAL. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA DEFESA COM NATUREZA PROTETÓRIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. DOSIMETRIA DA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CRIMES PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. 1. (...) são consistentes as palavras das vítimas, por ocasião de seus respectivos interrogatórios, colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório, pois elas narraram, de forma extremamente coerente e dentro de um contexto absolutamente lógico, as diversas ocasiões em que foram abordadas pelo agravante, que, usando sempre de sua condição de Secretário de Justiça e superior hierárquico delas, e deixando claro seu poder de evitar que elas fossem exoneradas dos cargos que ocupavam na secretaria, abordava as vítimas, ora insinuando, ora solicitando a prestação de favores sexuais. O Tribunal de origem ainda ressaltou que os depoimentos se apresentaram pertinentes aos fatos da ação penal por relatarem muito do clima que existia entre os servidores da Secretaria de Justiça em face dos comentários correntes a respeito dos diversos assédios praticados pelo acusado, e, ainda que não tenham presenciado os momentos em que o denunciado assediava diretamente as vítimas, os testemunhos confirmaram vários dos fatos narrados na denúncia e nas declarações das vítimas, sendo, por isso, ao contrário do afirmado pelo réu, absolutamente pertinentes. 2. A **jurisprudência do STJ reputa como válidos os fundamentos colacionados pelo Tribunal de origem, no sentido de que, “em crimes de natureza sexual, a palavra da vítima possui relevante valor probatório, uma vez que nem sempre deixam vestígios e geralmente são praticados sem a presença de testemunhas”** (AgRg no AREsp n. 2.030.511/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 3/5/2022). (AgRg no REsp 1934827/BAAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL\ 2021/0121172-5).

a nosso ver, a lógica princípio do devido processo legal administrativo com seus contornos contemporâneos.

3 O assédio sexual enquanto infração administrativa disciplinar

O assédio sexual é infração administrativa autônoma em relação à figura semelhante aplicável no direito criminal.²⁵ Em parte, devido à previsão legal,²⁶ devidamente chancelada pela jurisprudência,²⁷ em parte devido à aplicação do princípio da independência relativa das instâncias civil, penal e administrativa,²⁸ reconhece-se, com certa tranquilidade, a teoria que permeia o tema. Sua aplicação prática, entretanto, não goza da mesma impressão quando tratamos de condutas relacionadas aos assédios, moral e sexual.

De fato, aceitamos que Administração Pública é autônoma, suficiente e independente para dar aos fatos ilícitos a repercussão sancionadora respectiva, conforme estabelecida no direito administrativo disciplinar, independentemente de sua capitulação criminal.²⁹ Ocorre que, quando a infração não está expressamente bem delineada no âmbito administrativo disciplinar, seu reconhecimento, investigação e punição são ainda mais desafiadoras.

Por isso, neste momento, convém apontarmos os aspectos relacionados à conceituação, tipologia, previsão legal/normativa referentes ao assédio sexual na seara do direito administrativo sancionador disciplinar. Igualmente parece interessante trazermos alguns precedentes jurisprudenciais sobre a temática com o fim de fincarmos balizas mais claras entre as instâncias penal e administrativa. A pretensão é criar uma sistematicidade própria da esfera administrativa.

Assédio é qualquer conduta insistente, impertinente, incômoda, com perguntas e pretensões em relação a alguém.³⁰ Já o assédio sexual encontra-se juridicamente tipificado no artigo 216-A do Código Penal brasileiro da seguinte forma: “(...) 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”.

²⁵ Art. 216-A do Código Penal brasileiro.

²⁶ Art. 125 da Lei nº 8.112, de 1990.

²⁷ Exemplificativamente, MS nº 19779/DF, decisão da Primeira Seção do STJ.

²⁸ DEZAN, Sandro. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2024. p. 244.

²⁹ DEZAN, Sandro. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2024. p. 244.

³⁰ ASSÉDIO. In: DICIONÁRIO Online de Português. [S. l.]: 7Graus, [2024]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/assedio/>. Acesso em: 4 mar. 2024.

No âmbito do direito administrativo sancionador disciplinar alguns estatutos sequer tratam do assédio sexual como infração disciplinar, como é o caso da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Essa omissão material tornou necessário um intenso trabalho de interpretação e integração por parte da Administração Pública Federal quando pretendia manifestar-se sobre fatos irregulares sob sua alçada. Afinal, só assim seria possível tratar os casos noticiados de maneira a garantir a justa concretização do princípio da dignidade humana, cuja ingerência permeia todos os ramos do Direito.³¹

Essa discussão não é meramente acadêmica, muito pelo contrário. Gera impacto bastante negativo, tendo em vista a necessidade de prévia definição infracional sancionatória específica para punição de irregularidades disciplinares (princípios da legalidade, juridicidade) e ainda exige que o Estado-Administração utilize práticas interpretativas, a partir da área do direito com estrutura dogmática distinta, para alcançar a pacificação social.

De maneira pragmática, durante algum tempo a subsunção de condutas de assédio sexual foi resolvida a partir da aplicação de outras tipificações previstas na Lei nº 8.112, de 1990, artigos 116, inciso IX; 117, incisos V, IX, XVI, XVIII; 132, incisos IV, V, para os casos em que exigida a imposição de penalidade em concreto. Ocorre que essa solução traz algumas dificuldades especialmente quanto à fase instrutória.

Se por um lado alcançava uma pacificação institucional/social momentânea, já que não deixava sem investigação os fatos noticiados, por outro sensibiliza enormemente a racionalidade processual em razão da ausência de tratamento uniforme, com fortes reflexos probatórios e sancionadores. Se a conduta fática é aferida sob a perspectiva de suporte infracional diverso em cada caso, certamente as provas buscadas serão diferentes em cada processo e a aplicação da sanção também será distinta, afetando inclusive a igualdade entre as partes e segurança jurídica.

Especificamente para os casos que envolvam os servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações públicas, tivemos importante avanço com a aprovação pelo presidente da República do Parecer Vinculante nº JM-03, de 4 de setembro de 2023, do advogado-geral da União,³² cujas razões expostas encontram-se no Parecer nº 0015/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU.

³¹ JORIOA, Israel Domingos. *Latrocínio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 13.

³² BRASIL. Presidência da República. Advocacia-Geral da União. *Processo nº 00407.018385/2019-15*. Parecer nº JM-03, de 4 de setembro de 2023. Brasília, DF: Presidência da República; Advocacia-Geral da União, 4 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/Pareceres/2023-2026/

A manifestação conclui por fixar a aplicação da penalidade de demissão, para os casos em que, comprovadamente, se verificarem a prática de condutas ofensivas à dignidade sexual, impondo que sua tipificação estaria alinhada aos artigos 132, XIII c/c 117, inciso IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) e do artigo 132, inciso V (incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição), todos da Lei nº 8.112/1990.

A manifestação, aprovada com fundamento no artigo 40, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que se tornou de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, ainda cuidou de uniformizar o conceito de assédio sexual.

Assim, para o fim de configuração da irregularidade funcional a conduta do agente deve ser entendida como aquela “tendente a obter algum proveito de natureza sexual, por meio de interações não consentidas, indesejadas, inaceitáveis, impróprias ou ofensivas para o destinatário e que guarde relação com o exercício irregular dos poderes ou prerrogativas do cargo ou função. Destaca que não se faz necessário que haja superioridade hierárquica em relação à vítima, mas que o cargo deve exercer um papel relevante na dinâmica da ofensa.

Informa ainda que, para a configuração do tipo infracional previsto no artigo 132, inciso V, fazem-se necessárias a

incontinência pública ou a conduta escandalosa do servidor, que ofenda de forma gravíssima a moralidade administrativa. Enquadram-se nessa hipótese as condutas descritas no Título VI - Dos crimes contra a dignidade sexual do Código Penal, bem como todas as condutas de natureza sexual que sejam, ou venham a ser tipificadas pelas demais leis penais.

Criou assim uma identidade própria para o assédio sexual em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Importa destacar ainda que a linha de argumentação citada encontra raízes em outra manifestação da própria Advocacia-Geral da União (AGU), o Parecer nº 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU, que, por sua vez, já conceituava o assédio sexual de forma mais ampla que o artigo 216-A do Código Penal:

PRC-JM-03-2023.htm#:~:text=0%20citado%20Parecer%20n.,seguinte%20conceito%20de%20ass%C3%A9dio%20sexual. Acesso em: 4 mar. 2023.

A prática de assédio sexual, compreendida de forma ampla como quaisquer condutas de natureza sexual manifestadas no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele, externada por atos, palavras, mensagens, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, independentemente do gênero, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual, sua intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade, afrontam a moralidade administrativa, o decoro, a dignidade da função pública e da instituição, caracterizando-se como transgressão disciplinar de natureza gravíssima.

Adotando semelhante amplitude, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, alterada pela Lei nº 14.612, de 3 de julho de 2023, define o assédio sexual como “a conduta de conotação sexual praticada no exercício profissional ou em razão dele, manifestada fisicamente ou por palavras, gestos ou outros meios, proposta ou imposta à pessoa contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual”.

De importante, assentamos que para o âmbito administrativo sancionador disciplinar o ato infracional qualificado como assédio sexual possui definição própria, portanto. Bem mais ampla, afastando a necessidade de interpretação analógica do artigo 216-A do Código Penal. Em razão da especialidade, outras entidades e órgãos que compõem as administrações públicas estaduais e municipais devem se valer da definição proposta pelo Parecer Vinculante nº JM-03/2023, aprovado pelo presidente da República, em caso de lacuna normativa. Não deve, portanto, buscar sanar eventual omissão legislativa na esfera criminal.

Isso porque algumas distinções relevantes entre as definições criminal e administrativa se adequam exatamente às particularidades da Administração Pública. Veja que a figura do assédio sexual na esfera administrativa pretende dar tratamento disciplinar a toda e qualquer atitude com conotação sexual, praticada no exercício do cargo ou em razão dele, que viole a liberdade e a dignidade sexual de outra pessoa. Não se exige ascendência, podendo, portanto, ser praticado por superior hierárquico, colega de mesma hierarquia ou até mesmo algum subordinado, independente do gênero da vítima e do agressor. Não se exige ascendência, podendo, portanto, ser praticado por superior hierárquico, colega de mesma hierarquia ou até mesmo algum subordinado, independente do gênero da vítima e do agressor.

Para essa esfera, que é independente e autônoma, a configuração de assédio sexual exige apenas: 1) conduta dolosa que vise vantagem sexual; 2) seja provocada por agente público; 3) que gere constrangimento à vítima e viole sua liberdade

sexual, intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade; 4) seja manifestada no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele.

Assim, nos alinhamos a possibilidade de punição administrativa de professores da Administração Pública que cometem assédio sexual ao constranger alunas com fins sexuais. Veja que nessa relação não se verifica “submissão da vítima em relação ao ofensor, decorrente do emprego, cargo ou função por este exercido, mas apenas uma relação de domínio, de influência, de respeito, e até mesmo de temor reverencial (v.g., relação professor-aluno em sala de aula).³³ ³⁴ Se adotássemos literalmente a definição aplicável à seara criminal, o assediador não poderia ser punido na esfera administrativa. Não em conduta qualificada como assédio sexual, conforme disposto no referido parecer.

De outra via, na esfera administrativa, diferentemente do que acontece na seara criminal, é possível que se configure o assédio sexual por intimidação ou ambiental, caracterizado pela insistência, impertinência, hostilidade praticada individualmente ou em grupo, manifestando relações de poder ou de força, não necessariamente de hierarquia. Além, é claro, do assédio sexual por chantagem, também chamado de assédio vertical e configurado através da conduta de valer-se da posição de

³³ “APELAÇÃO CRIMINAL. ASSÉDIO SEXUAL (ART. 216-A, CP). FATO OCORRIDO EM SALA DE AULA. RELAÇÃO PROFESSOR/ALUNA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. ASCENDÊNCIA DECORRENTE DO CARGO. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. FATO TÍPICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ANÁLISE DESFAVORÁVEL AFASTADA. VÍTIMA MENOR DE 18 ANOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. FRAÇÃO MÁXIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. PENA REDUZIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A conduta de professor que, no ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e passa a constrangê-la a exhibir o seio, além de realizar outros comportamentos de cunho sexual, em troca de sua aprovação na matéria, tipifica o delito de assédio sexual, previsto no art. 216-A do Código Penal. 2. A expressão “ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função”, constante do tipo legal do art. 216-A do CP, traduz a existência de submissão do ofendido em relação ao ofensor, decorrente do emprego, cargo ou função por este exercido, ou seja, “na ascendência, elemento normativo do tipo, não se exige uma carreira funcional, mas apenas uma relação de domínio, de influência, de respeito, e até mesmo de temor reverencial (v.g., relação professor-aluno em sala de aula)? (Prado, Luiz Regis, (Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. RT, 2013, p. 288). 3. Simples afirmação de que o réu esperou a sala de aula esvaziar-se, para então constranger a vítima, sem a indicação de outros fatos concretos, é fundamento inidôneo para justificar a análise negativa das circunstâncias do crime, especialmente porque os delitos contra a liberdade sexual, normalmente são cometidos longe das vistas de terceiros. 4. A mera suposição de que, se a vítima exercesse alguma atividade laboral, seria na condição de menor aprendiz, em razão da sua idade na data dos fatos (15 anos), é fundamento inidôneo para amparar o aumento de pena na fração máxima de um terço prevista no §2º do art. 216-A do CP (delito cometido contra vítima menor de 18 anos), impondo-se a sua redução ao mínimo de um sexto. 5. Recurso parcialmente provido. 07038415920208070011 - (0703841-59.2020.8.07.0011 - Res. 65 CNJ). Acórdão n. 1616142. Data de julgamento: 15/09/2022.”

³⁴ “6. A comissão julgadora, à luz dos elementos colhidos nos autos, entendeu que o autor, na condição de servidor público da Secretaria de Educação do DF lotado em escola pública de ensino fundamental – da qual era vice-diretor –, atentou contra princípios da administração pública ao assediar sexualmente uma aluna da instituição menor de quatorze anos, com a qual passou a se relacionar mediante contraprestação pecuniária, tendo conhecimento que o valor pago seria usado para a compra de drogas. 6.1. Além de não comunicar

superioridade para constranger subordinado com intimidações, pressões ou outras interferências, com o objetivo de obter algum favorecimento sexual.

Importante destacar que o assédio sexual é admitido apenas sob a forma dolosa, uma vez que o assediador molesta a vítima com intenção de obter vantagem sexual. É ato intencional, com necessidade de comprovação do elemento subjetivo. Nesse aspecto, as esferas criminal e administrativa coincidem.

Pode se concretizar sob diversas formas: i) não verbal (olhares concupiscentes e sugestivos, exibição de fotos e textos pornográficos, seguidos de insinuações, passeios frequentes ao local de trabalho ou diante do domicílio da vítima, perseguição à pessoa assediada, exibicionismo etc.; ii) verbal (convites reiterados para sair, pressões sexuais sutis ou grosseiros, telefonemas obscenos, comentários inoportunos de natureza sexual); iii) física (toques, encurralamento, roçaduras, apertos, palmadas, esbarrões propositais, apalpadelas, agarramentos).³⁵

Contudo, é interessante lembrar que “é comum que o assédio sexual constitua a razão para desencadear uma ação de abuso moral, transformando-se em vingança do agressor rejeitado”.³⁶ Nesse caso se faz possível a aplicação de penalidade específica e autônoma em razão dos atos de assédio moral praticados. Assim, o enquadramento disciplinar adequado sempre exigirá uma análise atenta por parte da Administração Pública. A particularidade termina por imputar um esforço de interpretação e ponderação de todos os envolvidos na esfera apuratória e sancionadora, mas em especial dos membros da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar.

Diante das fases de indiciamento e de produção do relatório opinativo pela aplicação da sanção, esses atores têm a relevante incumbência de aferir todos os elementos fáticos constitutivos da infração perpetrada. Por isso que é preciso buscar, de forma objetiva, o que restou comprovado em matéria fática após a instrução probatória e promover o enquadramento adequado que pode ser distinto em cada caso.

aos pais da menor acerca do seu envolvimento com substâncias ilícitas, houve tentativa de coagir uma das testemunhas arroladas a mentir no processo disciplinar, fatos que estão sendo apurados na esfera penal. 6.2. Diante da gravidade dos eventos apurados (sobre os quais não cabe ao Judiciário rever) e do dever do Estado de proteger as crianças e adolescentes de quaisquer circunstâncias que importem em violação de seus direitos fundamentais, a pena de demissão mostra-se razoável e proporcional aos atos apurados e a posição hierárquica que ocupava no momento da prática dos ilícitos. Precedente desta Corte. 7. Apelação parcialmente conhecida e, no ponto, improvida. 07102039020198070018 - (0710203-90.2019.8.07.0018 - Res. 65 CNJ). Acórdão n. 1260352. Data de julgamento: 01/07/2020.”

³⁵ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 905.

³⁶ GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 39-41.

Neste ponto, relembremos a importância, já destacada na seção anterior, de uma análise do quadro fático construído, sob um olhar atento às partes, seu passado, presente e futuro, no qual se considerem a cultura social subjacente e a situação de vulnerabilidade da vítima e, em alguns casos, até das testemunhas.

Veja-se que a uniformização de capitulação descrita no Parecer Vinculante nº JM-03/2023, do advogado-geral da União e aprovado pelo presidente da República, não é de observância obrigatória a todos os entes federativos e muito menos para as entidades e órgãos estaduais, municipais e distritais. Assim, permanece possível a tipificação de condutas de assédio sexual em enquadramentos distintos. Por exemplo, falta de urbanidade ou descumprimento do dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

Essa diretriz não se aplica, porém, para servidores em relação aos quais os crimes contra a dignidade e liberdade sexual sejam capitulados, de maneira expressa, no estatuto do funcionalismo ou da carreira, como infrações administrativas. É o caso das polícias federal e cível do Distrito Federal (art. 48, inciso I, da Lei nº 4.878, de 1965, c/c art. 216-A do Código Penal).³⁷ Outro exemplo é a previsão exposta no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul.

Este último dispõe no artigo 197, inciso XXIV, da Lei Complementar nº 133, de 1985,³⁸ alterada pela Lei Complementar nº 450, de 2000, proibição expressa ao agente público de “assediar outrem, com a finalidade de obter vantagem sexual, implicando dano ao ambiente de trabalho, à evolução na carreira profissional ou à eficiência do serviço”. Elenca, portanto, a tipificação estatutária de assédio sexual aplicável aos seus agentes públicos de forma clara. O tipo indica que a conduta traz consequências nefastas ao ambiente profissional, à evolução na carreira da vítima e à sua eficiência no serviço. Para esse caso, igualmente desnecessária a aplicação analógica do Parecer Vinculante nº JM-03/2023, aprovado pelo presidente da República.

Todavia, o esforço não se exaure em tentar promover ou alterar a legislação estatutária em seu aspecto material, visto que outro problema surge no panorama do Direito Sancionador, qual seja, a investigação administrativa de assédio sexual e a reunião do manancial probatório coerente dentro do processo disciplinar.

³⁷ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 1568.

³⁸ Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/1985/14/133/lei-complementar-n-133-1985-estabelece-o-estatuto-dos-funcionarios-publicos-do-municipio-de-porto-alegre>. Acesso em: 4 mar. 2024.

Segundo informações extraídas do *site* da Controladoria-Geral da União (CGU),³⁹ órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e responsável por gerir e exercer o controle técnico das atividades correcionais desempenhadas no âmbito deste Poder,⁴⁰ entre os anos de 2022 e 2024, foram instaurados 751 procedimentos disciplinares para apurar práticas de assédio sexual. Destes, 501 estão concluídos com a aplicação de 42 penalidades (7 advertências, 14 suspensões e 21 demissões). Foram celebrados 14 termos de ajustamento de conduta.⁴¹

Ocorre que, segundo dados da própria CGU, 66% dos processos de assédio foram arquivados, sem aplicação de qualquer penalidade aos acusados, em 2022. Ou seja, em 2 de cada 3 processos de investigação por assédio sexual na Administração Pública Federal foram concluídos sem aplicação de qualquer penalidade.⁴²

Esses dados podem refletir a necessidade de aprimoramento da investigação processual disciplinar. E, então, sugere-se especial atenção a aspectos como: i) identificação do quadro fático inicial tendo consciência da cultura social que permeia o tema; ii) melhor direcionamento quando a busca por elementos de prova; iii) correta valoração do material probatório colhido; iv) adequada distribuição do ônus de prova e v) construção de motivação substancialmente fundada nas condições que envolvem as partes.

4 Investigação administrativa de assédio sexual: o impacto da situação de vulnerabilidade da vítima e do histórico-cultural brasileiro na concretização do princípio do devido processo legal verdadeiramente substancial

Sem a intenção de esgotar a discussão, neste momento passamos a apontar algumas sensibilidades na identificação dos elementos, produção e valoração das provas durante a instrução processual administrativa disciplinar que envolvem a prática de assédio sexual. Não será uma análise corriqueira, entretanto. Acreditamos que a concretização efetiva do princípio do devido processo legal administrativo substancial, considerando o reforço trazido pelos artigos 20, 21 e 22 da LINDB,

³⁹ Disponível em: <https://centralpaineis.cgu.gov.br/visualizar/corregedorias> Acesso em: 5 mar. 2024.

⁴⁰ Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005.

⁴¹ Portaria Normativa CGU nº 21, de 11 de outubro de 2022:

“Art. 61. O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.”

⁴² 66% dos processos de assédio no governo são arquivados, diz CGU. *Conjur*, São Paulo, 5 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/66-processos-assedio-governo-sao-arquivados->. Acesso em: 5 mar. 2024.

traz questões relevantes a serem consideradas especialmente quando afetam o processo sob sua perspectiva formal.

De fato, o assédio sexual é uma infração administrativa de difícil comprovação, pois não raro envolve pessoas em situação de vulnerabilidade,⁴³ cujas ações são cometidas em locais reservados. Muitas vezes se desenvolve sob subterfúgios de ações carinhosas, num suposto contexto de paquera e/ou galanteio, ou ainda por meio de ações pretensamente descontraídas. Vítima e agressor, muitas vezes, questionam se há realmente dolo ou intencionalidade na grande maioria dos casos, o que nos remete a uma necessária ponderação quanto ao histórico-cultural da sociedade em que vivemos.

Segundo José Pastore e Luiz Carlos Robortella,⁴⁴ os fatores culturais continuam tendo grande peso na análise das causas de assédio sexual no Brasil. Cerca de 20% das secretárias entrevistadas na pesquisa citada julgam que, em todo assédio, há sempre uma ponta de provocação por parte da assediada e consideram impossível prevenir o assédio sexual por parte dos homens brasileiros, por tratar da manifestação incontrolável do instinto masculino”.

A pesquisa realizada expõe a dificuldade “nua e crua” que a investigação de infrações administrativas quem envolvem a liberdade sexual enfrenta. Essa interferência cultural, que na maioria das vezes é racionalmente percebida, exerce grande poder de influência na condução dos trabalhos apuratórios e na formação do juízo de valor pelos próprios atores processuais. As vítimas e testemunhas igualmente estão sujeitas aos reflexos impostos pelos padrões sociais. E todos esses aspectos devem ser levados em consideração durante todo o *iter* procedimental.

Desde o início, ainda quando a notícia chega ao conhecimento da autoridade administrativa competente para apurar os fatos, a adoção de algumas providências deve ser sopesada visando garantir a higidez processual das partes envolvidas. Reflexões sobre como manter a sigilosidade do processo; a autonomia e independência dos trabalhos apuratórios e resguardo à proteção de dados da vítima já colocam em xeque a metodologia tradicional de consecução das investigações sancionatórias administrativas, pois exigem decisões céleres que, muitas vezes, transitam entre a gestão e o controle.

⁴³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Apuração de assédio sexual na esfera correcional [Cartilha]*. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, maio 2021. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/65920/3/cartilha_apuracao_assedio_sexual.pdf. Acesso em: 13 mar. 2024.

⁴⁴ PASTORE, José; ROBORELLA, Luiz Carlos. *Assédio sexual no trabalho*. O que fazer? São Paulo: Makron Books, 1998. p. 31.

A existência de um canal de denúncias/representações seguro para os noticiantes, inclusive anônimos, e imune a interferências da Alta Administração são pontos cruciais ao processamento disciplinar. Especialmente nos casos de assédio sexual vertical descendente (praticado por superior contra seu subordinado) é comum que a vítima e testemunhas sofram retaliações no ambiente de trabalho.⁴⁵ E, uma vez que isso se configura, todos os atos instrutórios posteriores podem ser prejudicados.

A detecção de possíveis práticas de assédio sexual, ainda que não esteja inserida na fase investigatória propriamente dita, é determinante para a garantia de um processo apuratório substancialmente adequado. Essa fase consiste na obtenção inicial de informações suficientes que sustentem a abertura de uma investigação e que possam ser utilizadas como elementos que irão direcionar as ações processuais.

Dada sua importância, a existência de uma estrutura confiável para recebimento de denúncias pressupõe proteção aos denunciantes, garantindo que as informações por ele trazidas serão mantidas sob o sigilo necessário e o manterão fora do alcance de intimidações em seu ambiente profissional.

Nos termos no artigo 23, inciso VIII, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso à Informação (LAI), “são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”. A própria Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 15, reforça a atenção que deve ser dada ao sigilo no processo administrativo sancionador disciplinar.

A regra é que qualquer processo administrativo disciplinar em andamento deve permanecer em sigilo.⁴⁶ Nos processos cujo objeto se refere à investigação de condutas de assédio sexual, aplica-se ainda o disposto no artigo 31, da referida lei, reforçando a responsabilidade do Estado-Administração na proteção à intimidade,

⁴⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Apuração de assédio sexual na esfera correccional [Cartilha]*. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, maio 2021. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/65920/3/cartilha_apuracao_assedio_sexual.pdf. Acesso em: 13 mar. 2024.

⁴⁶ É o que se percebe no julgado que se colaciona: “MS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - SIGILO NECESSÁRIO À ELUCIDAÇÃO DO FATO OU EXIGIDO PELO INTERESSE PÚBLICO - ACESSO AOS AUTOS POR TERCEIRO - IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇA DENEGADA. Durante a tramitação de processo administrativo disciplinar será assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato imputado ou exigido pelo interesse público, ressalvado o acesso aos autos pelas partes, seus defensores e à autoridade administrativa competente, inexistindo ilegalidade ou abusividade no ato da autoridade impetrada que indefere o pedido de terceiros” (TJ-MG - MS: 10000170939276000. Pub. 26/03/2018).

vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988 tutela expressamente os direitos à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à liberdade, à honra, à privacidade e à intimidade, os valores sociais do trabalho, os valores de justiça, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 1º, incisos III e IV; artigo 3º, incisos I e IV; c/c artigo 5º, caput e inciso X; c/c artigo 186 e artigo 927 do Código Civil). Ademais, a sexualidade é elemento da personalidade humana⁴⁷ que exige resguardo e descrição, já que diretamente relacionado à intimidade.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, seguindo a mesma linha protetiva e sendo instrumento de concretização do direito humano à intimidade, destaca dentre seus fundamentos “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem”⁴⁸ e reforça que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade”. No âmbito do processo administrativo disciplinar isso exige um cuidado especial com os dados pessoais que transitam num procedimento que envolve possíveis condutas de assédio sexual.

Veja que a própria LGPD os qualifica como dados pessoais sensíveis⁴⁹ e a eles irroga uma metodologia de tratamento específica. Impõe, de maneira expressa, que toda operação realizada com dados pessoais (como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração),⁵⁰ somente poderá ser realizada quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas.⁵¹

Sugere-se, nesse sentido, que as autoridades responsáveis pelo processamento da investigação de assédio sexual em instâncias administrativas cuidem de formalizar essa autorização específica nos autos, quando for o caso, sob pena de responsabilização.⁵² Ainda, é preciso ter cuidado adicional em relação aos dados pessoais da vítima. A CGU indica que ao inseri-los nos autos o Estado-Administração

⁴⁷ RAVAGNI, Eduardo. *O que é a sexualidade humana?* 2007. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília, Brasília, 2007. f. 16. Disponível em http://www.realp.unb.br/jspui/bitstream/10482/1226/1/Tese_2007_EduardoRavagni.pdf. Acesso em 14 mar. 2024.

⁴⁸ Artigo 2º, inciso IV.

⁴⁹ Artigo 5º, inciso II.

⁵⁰ Artigo 5º, inciso X.

⁵¹ Artigo 11, inciso I.

⁵² Artigo 52.

deve limitar-se a juntar apenas o essencial. Dados como o endereço pessoal, correio eletrônico, número telefônico, dentre outros, devem ser preservados.⁵³

Atenção especial também deve ser dada à composição da comissão processante responsável pela apuração de assédio sexual. Além de ser dotada de independência e imparcialidade deve possuir autonomia para exercer suas atribuições sem ingerências indevidas ou até retaliações. Segundo Admoesta M. Leal Henriques, o instrutor de um processo deve reunir as seguintes condições: competência técnica, isenção, independência hierárquica relativamente à entidade que mandou instaurar o processo e ao respectivo ministro.⁵⁴

Não é aceitável que autoridade administrativa superior, ou qualquer outro agente público ou particular, venha interferir nos trabalhos de investigação.⁵⁵ Ademais, o impacto que os padrões culturais exercem sobre os agentes administrativos investigadores é algo relevante e que também deve ser considerado. Tais perspectivas podem se impor de forma negativa quanto à valoração dos elementos de provas colhidos e até na solução meritória do caso. Para tanto, a ideia de se ter uma comissão e não apenas um único agente responsável pelo processamento já minimiza os impactos que vieses⁵⁶ e heurísticas⁵⁷ possam causar.

É fato que uma sociedade percebe o assédio sexual de acordo com os fatores culturais que a permeiam. A cultura, nesse sentido, pode ser entendida como o conjunto de aspectos absorvidos a partir da convivência humana e incorporadas em padrões, hábitos, ensinamentos e costumes de um determinado grupo social. E visibiliza-se por meio da aceitação tácita de ações e condutas tidas como aceitáveis para aquele grupo e norteiam comportamentos e decisões sobre fatos e acontecimentos.

Até aqui já percebemos que o processo administrativo sancionador quando se insere numa discussão de assédio sexual exige uma postura proativa da

⁵³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Apuração de assédio sexual na esfera correccional [Cartilha]*. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, maio 2021. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/65920/3/cartilha_apuracao_assedio_sexual.pdf. Acesso em: 13 mar. 2024.

⁵⁴ HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regime de férias, faltas e licenças*. 5. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2007. p. 307.

⁵⁵ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 659.

⁵⁶ Erros sistemáticos que induzem impressões e intuições e interferem no processo de tomada de decisão (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar, duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 10).

⁵⁷ Procedimentos simples que ajudam a encontrar respostas adequadas ainda que geralmente imperfeitas para perguntas difíceis. A confiança na heurística provoca, não rara vezes, vieses previsíveis (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar, duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 14).

Administração Pública tendo em vista a situação de vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Considera-se vulnerável a pessoa que, em função das características de eventual ilícito, pode vir a ser intimidada com relativa facilidade, perdendo a condição de prestar informações ao processo com plena liberdade. Pessoas que foram vítimas de assédio sexual são claramente exemplos de testemunhas vulneráveis. Vulnerabilidade essa que atinge seu potencial deletério máximo no momento da instrução processual.

Inicialmente já deve ser definida como será a alocação profissional da vítima e do acusado durante todo o trâmite processual administrativo, especialmente quando estamos diante de um caso de assédio vertical, seja na modalidade ascendente, seja na descendente. Até mesmo em casos de assédio horizontal ocorrido entre integrantes de uma mesma equipe, a medida se faz salutar. Afinal, difícil imaginar manter os envolvidos exercendo suas funções e dividindo, diariamente, o mesmo espaço laboral.

Essa importante reflexão deve ser feita pela autoridade instauradora tão logo receba a denúncia e verifique, em juízo preliminar de admissibilidade, a existência de indícios mínimos para fins apuratórios. O desafio reside quando percebemos que a legislação aplicável, muitas vezes, não dispõe de instrumentos cautelares específicos para solucionar a questão. Essa omissão torna-se ainda mais interessante quando lembramos que a interpretação tradicional do princípio da legalidade exige que a Administração Pública tenha um fundamento legal para cada uma das suas atuações administrativas⁵⁸ e que deve se limitar a emitir atos que se fundem em norma legal, a qual predetermina seus conteúdos.⁵⁹

Ocorre que a Carlos Ari Sundfeld⁶⁰ nos lembra que o texto Constitucional em vigor nos mostra uma nova perspectiva no que tange ao princípio da legalidade. Segundo o autor, ele deve apontar para uma genérica dependência da lei, onde a profundidade de vinculação do legislador com cada hipótese dependerá da política legislativa que pode ser mais ou menos restritiva. A lei deve exigir, mas não pode engessar a atuação administrativa e, muito menos, suplantiar direitos e garantias fundamentais.

⁵⁸ MERKEL, Adolf. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Traducción: José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004. p. 209.

⁵⁹ EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 56, p. 55, 1959.

⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 255,

Alguns regulamentos estaduais, municipais e distrital, assim como a Lei nº 8.112/1990,⁶¹ possuem a previsão do instrumento de afastamento provisório. Por meio do qual a Administração Investigadora tem autorização legal expressa para afastar do exercício do cargo, cautelar e preventivamente, o servidor que venha a influir na apuração da irregularidade. A medida deve ser adotada de forma temporária e o recebimento da remuneração será mantido. O dispositivo parece ser de fácil aplicação ao acusado da prática da irregularidade ou até mesmo de terceiros que estejam interferindo de alguma forma. Para a vítima, entretanto, sua aplicação nos parece ser de utilização mais excepcional.

Importante destaque se dê ao disposto no §3º artigo 197 da Lei Complementar nº 133, de 1985, do Estatuto Porto-Alegrense, que dispõe sobre a possibilidade de consulta do órgão de recursos humanos, nos seguintes termos: “Consultado o órgão de recursos humanos, é facultado ao funcionário vítima de assédio sexual ou de assédio moral a mudança de local de trabalho, sem prejuízo de sua retribuição pecuniária, até a conclusão do respectivo processo disciplinar”. Trata-se de hipótese valiosa, que permite às unidades de gestão do órgão intervirem, por solicitação da vítima, realizando a mudança de local de trabalho, sem qualquer prejuízo da sua remuneração, até que se ultime o processo administrativo disciplinar.

É na fase instrutória propriamente dita que a investigação administrativa de assédio sexual ganha contornos próprios. Nesse momento, a posição de vulnerabilidade da vítima e testemunhas pode causar reflexos indesejáveis e afetar diretamente a concretização do devido processo legal.

De fato, uma vítima constrangida não exerce o papel de principal testemunha dos fatos. De um lado, por vergonha ou medo, não contribui ativamente com a instrução, o que já a coloca numa posição de desigualdade processual material. Não apresenta informações coerentes, adequadas e suficientes. Não se manifesta com completude e liberdade aptas a contribuir efetivamente com uma decisão mais justa. De outro, impõe à Administração Pública um maior esforço para a comprovação do elemento subjetivo específico: o dolo de constranger com fins sexuais.

Como dito, a figura típica do assédio pressupõe a configuração de quatro elementos: 1) conduta dolosa que vise vantagem sexual; 2) seja provocada por agente público; 3) que gere constrangimento à vítima e viole sua liberdade sexual, intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade; 4) seja manifestada no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele.

⁶¹ Artigo 147.

A dificuldade na investigação de condutas administrativas dessa natureza envolve, portanto, grande sensibilidade para comprovação do ato doloso com intencionalidade sexual e o constrangimento causado. Na prática, o direcionamento instrutório se debruça primordialmente sobre questões, que exigem, de regra, a produção de provas testemunhais. Para alguns denominada de “prova diabólica”,⁶² a sua colheita pressupõe dificuldades intrínsecas em comprovar a veracidade do seu conteúdo.

Para os demais casos, a indicação de que a prova testemunhal deve ser analisada em contexto e valorada em conjunto com as demais provas produzidas é válida e permanece como uma diretriz. Para os casos de assédio sexual tivemos um importante avanço, construído no âmbito da esfera penal, que deve ser acolhido amplamente nas investigações administrativas.

Sabemos que é encargo da comissão investigadora comprovar a ocorrência de violação à proibição da prática de assédio sexual, fortemente guiada pelo princípio constitucional da presunção de inocência ao acusado.⁶³ Assim, diante da inegável fluidez e volatilidade da prova testemunhal, a doutrina e jurisprudência⁶⁴ sugerem que seja apreciada em conjunto com os demais elementos probatórios, a fim de ganhar solidez. Ocorre que o ato de assédio sexual, na maioria das vezes, é praticado de forma muita discreta, sem testemunhas ou outros elementos de informação, o que exige uma nova abordagem processual.

Nesses casos, em caráter excepcional, à palavra da vítima tem se dado especial valor. Admite-se, portanto, o sancionamento do acusado com base em prova testemunhal: o relato da própria vítima.⁶⁵ Alguns critérios, contudo, devem

⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 147, maio/ago. 2018.

⁶³ “Artigo 5º.

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (...).”

⁶⁴ Exemplificativamente: Diferentemente do que alega o apelante, há provas robustas e suficientes, nos autos, para atestar que o Sr. Arnaldo (...) praticou condutas lascivas para com a servidora pública, vez que a autora juntou vídeo na qual mostra o servidor praticando atos libidinosos dentro do Órgão Público Municipal, conforme documento de fls. 26. Só o fato de um servidor público praticar atos obscenos e libidinosos dentro do ambiente de trabalho já é uma conduta totalmente reprovável, demonstrando que a pessoa não possui o menor respeito no âmbito do seu labor. O fato é mais grave ainda quando a pessoa passa a praticar tais condutas na frente de uma colega de trabalho, demonstrando que não tem respeito para com o próximo. Tudo isso está cabalmente corroborado pelo depoimento da testemunha Elzineh (...), que já trabalhou no mesmo departamento que a apelada (TJ-PA - AC: 00383297920108140301, Belém, Rel. Nadja Nara Cobra Meda, Pub. 24/08/2018).

⁶⁵ Nesse sentido é o entendimento do STJ, publicado no Informativo de Jurisprudência nº 111: “(...) 3. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, “nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos (AgRg no AREsp 1.646.070/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI

estar presentes para isso acontecer. Os mais importantes são: a) a total coerência e plausibilidade do depoimento da vítima e b) a falta de uma versão crível e coerente por parte da defesa.

Ainda sob a mesma perspectiva, para as investigações sexuais é igualmente possível uma valoração diferenciada de provas, especificamente quanto à sua ilicitude. É o que acontece com a gravação de conversa por um dos interlocutores,

CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020). (...) (HC 643.674/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2021) (grifou-se) CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEV. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima-menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato -, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório. II. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes. III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator (Resp 700.800/RS, Relator: Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 18/04/2005) (grifou-se) (...) 1. (...) a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios' (...). (REsp 401028/MA, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 22/3/2010)". (...) I - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes). (...). (HC 135972/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 7/12/20090). ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A OCORRÊNCIA DE ATO LIBIDINOSO - FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO - INVIABILIDADE POR TRATAR-SE CRIME HEDIONDO - DOSIMETRIA DA PENA CORRETA. Assente na jurisprudência que nos delitos contra os costumes, pela sua própria natureza, a palavra da vítima assume excepcional relevância, particularmente quando coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos. A versão da vítima para os fatos deve prevalecer sobre as negativas do acusado, salvo se provado de modo cabal e incontroverso que se equivocou ou mentiu. É infundada a tese de suspeição dos demais depoimentos testemunhais levantada pela defesa tardiamente, sem obediência a dispositivos legais aplicáveis ao caso, art. 214 do CPP, notadamente quando não se constata qualquer contradição entre as declarações prestadas pelas testemunhas. Sabe-se que, em delitos de natureza sexual, especialmente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, nem sempre deixa vestígios, o que torna desnecessária a realização de laudo pericial. O estupro e o atentado violento ao pudor, em qualquer situação, são hoje considerados crimes hediondos sendo o regime de cumprimento de pena o integralmente fechado, "ex vi" do art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos. A quantidade de pena privativa de liberdade fixada de maneira fundamentada e correta não merece revisão para certos. (TJMG. Apelação Criminal n. 1.0400.99.0000806-4/001. 2005) (grifou-se) APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR, COMETIDO PELO CÔNJUGE DA GUARDIÃ DA INFANTE, POR DIVERSAS VEZES. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA CORROBORADO PELOS DEPOIMENTOS DAS DEMAIS TESTEMUNHAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA, ALIADO A OUTRAS PROVAS QUE, EM CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, TEM ALTO VALOR PROBATÓRIO (...) (TJSC. Apelação Criminal n. 2008.023236-4. 2008) (grifou-se) (...) Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu. (TJSP RT 671/305-6) (grifou-se) Uma técnica importante para fortalecer essa situação excepcional é, se possível, ouvir a vítima mais de uma vez, uma em sede de admissibilidade e outra em sede de processo disciplinar. A ideia dessa pluralidade de oitivas é viabilizar a possibilidade de averiguar a coerência e a harmonia do que foi dito pela vítima em dois momentos distintos."

caso em que não será tida como ilícita. O STJ, inclusive, já se manifestou no sentido de que tal hipótese justifica-se em razão de aplicação do princípio da proporcionalidade “que permite o detrimento de alguns direitos para que prevaleçam outros de maior valor”.⁶⁶

Outra intersecção interessante é o caso de admitirmos que a conduta do próprio acusado pode ser admitida como prova indireta nos casos que envolvam assédio sexual. Passando ao largo de discussões que invocam o princípio da presunção de inocência, e mais propriamente do direito que se tem de não produzir prova contra si mesmo, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região já admitiu que “comprovado que o agente agiu da mesma maneira em relação a outras possíveis vítimas, demonstrando um comportamento desvirtuado da normalidade, o assédio sexual restará admitido”.⁶⁷ Aqui temos que o comportamento do possível assediador pode ser prova contra si mesmo.

De fato, toda essa construção ora apresentada, com robusto suporte doutrinário e jurisprudencial, especifica que, nos casos de infrações (penais ou administrativas) contra a liberdade sexual está embasada na realidade de que “exigir prova cabal e ocular para vislumbrar o assédio sexual é simplesmente impossibilitar a prova em juízo, e assim contribuir para que ilicitude de tanta gravidade continue ocorrendo”.

5 Conclusão

As balizas que norteiam a concretização do *due process of law* na processualística penal e trabalhista encontram-se mais evoluídas que no âmbito administrativo, ainda quando tratamos de conduta infracional materialmente idêntica como é o ilícito do assédio sexual. E, embora ainda não tenham absorvido a amplitude conceitual do princípio como apresentamos no presente artigo, parecem ter introjetado algumas premissas que interferem na condução da investigação processual.

A tipificação do assédio sexual, pela maioria das direções, observa o que está no artigo 216-A do Código Penal. Ocorre que, em se tratando do Direito Administrativo Sancionador, existe uma disfunção legislativa que termina por afetar a própria materialidade da conduta e assim a aplicação substancial dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Respeitando a independência da União, estados, municípios e Distrito Federal para tecerem as suas normas estatutárias existe uma lacuna gritante acerca da

⁶⁶ STJ, RHC, 7216/SP, 5a. T., RT n. 755/580.

⁶⁷ TRT, 3a. Reg., 3a. T., RO 8051/98, Rel. Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG; 26/06/99, p. 8.

tipificação do assédio sexual na esfera administrativa. Se na União é possível o uso do Parecer Vinculante nº JM-03/2023, aprovado pelo presidente da República, como paradigma pacificador na interpretação do ilícito, essa mesma aplicação analógica não vincula estados, Distrito Federal e municípios, chancelando nosso entendimento pela disfunção do sistema administrativo.

O que encontramos é um panorama legislativo na esfera administrativa que se omite em trazer um conceito positivado em lei sobre o ilícito do assédio sexual. Tal contraste leva as comissões apuradoras, na maior parte dos casos, a tecer interpretações a partir de tipos diversos.

Uma segunda conclusão passa pela necessidade de sinalizar a distância da norma processual administrativa existente do que entendemos necessário para alcançarmos o processo prévio, leal e justo, missão que impõe o dever de observar os fatos *in concreto* antes de passarmos à sua subsunção à norma. Ora, se o texto positivado impõe que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”, essa diretriz não se coaduna com a busca do processo prévio, leal e justo, quando os fatos somente podem ser validados por meio de testemunho e gravação feita pela própria vítima.

Tendo em vista que o assédio sexual, na maioria das vezes, é praticado de forma muita discreta, sem testemunhas ou outros elementos de informação, premente a exigência de uma nova abordagem processual. Nesses casos, ainda que admitamos ser em caráter excepcional, à palavra da vítima deve ser atribuída um valor especial. Esse relato da própria vítima deve ser lido em conjunto com os demais documentos probatórios.

Por fim, entendemos que o processo sancionador administrativo, que apura o ilícito de assédio, deve atentar-se para as peculiaridades que envolvem a prática dessa irregularidade. Destaca-se a vulnerabilidade da vítima e o histórico-cultural brasileiro que impactam diretamente na concretização do devido processo legal substancial em concreto.

Deve, assim, ser sigiloso, mantida a proteção dos dados pessoais sensíveis envolvidos. Deve, ainda, atentar-se para a evolução das suas normas disciplinares, especialmente no que diz respeito à possibilidade de alocação profissional adequada para vítima, testemunhas e possível agressor durante o transcurso da investigação. Deve cuidar da estruturação de procedimento que reduza possibilidade de ocorrerem retaliações ou interferências na liberdade da vítima e das testemunhas apresentarem suas versões dos fatos.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ASSÉDIO. In: DICIONÁRIO Online de Português. [S. l.]: 7Graus, [2024]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/assedio/>. Acesso em: 4 mar. 2024.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Apuração de assédio sexual na esfera correccional [Cartilha]*. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, maio 2021. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/65920/3/cartilha_apuracao_assedio_sexual.pdf. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Advocacia-Geral da União. *Processo nº 00407.018385/2019-15*. Parecer nº JM-03, de 4 de setembro de 2023. Brasília, DF: Presidência da República; Advocacia-Geral da União, 4 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/Pareceres/2023-2026/PRC-JM-03-2023.htm#:~:text=0%20citado%20Parecer%20n.,seguinte%20conceito%20de%20ass%C3%A9dio%20sexual. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRINDEIRO, Geraldo. *O devido processo legal na Constituição de 1988 e o Direito Comparado*. Constituição Federal, 15 anos, mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal, comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5. ed. rev. ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013.

DEZAN, Sandro. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 147-173, maio/ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 56, 1959.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. II.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regime de férias, faltas e licenças*. 5. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2007.

JORIOA, Israel Domingos. *Latrocínio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar, duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MERKEL, Adolf. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Traducción: José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASTORE, José; ROBORELLA, Luiz Carlos. *Assédio sexual no trabalho*. O que fazer? São Paulo: Makron Books, 1998.

PEREIRA, Rutemberg Nunes. In: PEREIRA, Rutemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAVAGNI, Eduardo. *O que é a sexualidade humana?* 2007. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em http://www.realp.unb.br/jspui/bitstream/10482/1226/1/Tese_2007_EduardoRavagni.pdf. Acesso em 14 mar. 2024.

66% dos processos de assédio no governo são arquivados, diz CGU. *Conjur*, São Paulo, 5 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/66-processos-assedio-governo-sao-arquivados->. Acesso em: 5 mar. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Daniel; DEZAN, Sandro Lúcio; SILVA, Vládia Pompeu. O devido processo legal em investigações administrativas de assédio sexual: a força do mandamento constitucional e a realidade da instrução processual disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 97, p. 171-199, jul./set. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i97.1950.
