

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RENATO GANZAROLLI DE CASTRO MENDONÇA

**A TUTELA DA INTIMIDADE E OS CASOS DE PORNOGRAFIA NÃO
CONSENSUAL**

UBERLÂNDIA

2018

RENATO GANZAROLLI DE CASTRO MENDONÇA

**A TUTELA DA INTIMIDADE E OS CASOS DE PORNOGRAFIA NÃO
CONSENSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, na área de concentração “Direitos e Garantias Fundamentais” e linha de pesquisa “Tutela Jurídica e Políticas Públicas”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

UBERLÂNDIA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- M539t
2018
- Mendonça, Renato Ganzarolli de Castro, 1984-
A tutela da intimidade e os casos de pornografia não consensual
[recurso eletrônico] / Renato Ganzarolli de Castro Mendonça. - 2018.
- Orientador: Edihermes Marques Coelho.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2019.710>
Inclui bibliografia.
- I. Direito. I. Coelho, Edihermes Marques, 1968- (Orient.) II.
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO "PROF. JACY DE ASSIS"
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO



ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ata N.º 111 da defesa de DISSERTAÇÃO DE MESTRADO do Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia.

Defesa de Dissertação de Mestrado Acadêmico	Sigla do PPG: PPGDI
Discente: Renato Ganzarolli de Castro Mendonça	Matrícula: 11612DIR012
Título do Trabalho: A TUTELA DA INTIMIDADE NOS CASOS DE PORNOGRAFIA NÃO-CONSENSUAL	
Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais	
Linha de pesquisa: Tutela Jurídica e Políticas Públicas	

As 14 horas do dia 25 de maio de 2018, sala 309 do bloco 3D, campus Santa Mônica, Universidade Federal de Uberlândia, reuniu-se a Comissão Julgadora, designada pelo Colegiado do Curso de Mestrado em Direito, assim composta:

Professor Doutor Edihermes Marques Coelho – Orientador	Universidade Federal de Uberlândia - UFU
Professor Doutor João Victor Rozatti Longhi	Universidade Federal de Uberlândia - UFU
Professor Doutor Bruno Barbosa Borges	Centro Universitário do Planalto de Araxá - UNIARAXÁ

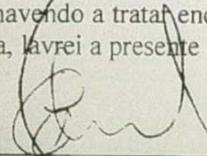
Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa Doutor Edihermes Marques Coelho concedeu a palavra ao(à) candidato(a) para uma breve exposição do seu trabalho.

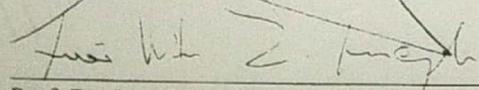
A duração da apresentação do(a) aluno(a) e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do curso estabelecidas pelo Colegiado.

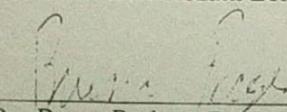
A seguir o(a) senhor(a) Presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), o(a)s quais passaram a arguir o(a) candidato(a), durante o prazo máximo de 30 minutos, assegurando-se ao(à) mesmo igual prazo para resposta. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a comissão, em sessão secreta, atribuiu os conceitos e emitiu pareceres finais individuais anexos a esta ata. Em face do resultado obtido, a Comissão Julgadora considerou o(a) candidato(a) **aprovado(a)**.

Esta defesa de Dissertação de Mestrado Acadêmico é parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre. O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, Legislação e regulamentação internas da UFU.

Nada mais havendo a tratar encerraram-se os trabalhos às 16 horas. Eu, Rafael Momenté Castro, secretário do Programa, lavrei a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Comissão.


Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho – UFU – Orientador


Prof. Dr. João Victor Rozatti Longhi – UFU


Prof. Dr. Bruno Barbosa Borges – UNIARAXÁ

RENATO GANZAROLLI DE CASTRO MENDONÇA

**A TUTELA DA INTIMIDADE E OS CASOS DE PORNOGRAFIA NÃO
CONSENSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, na área de concentração “Direitos e Garantias Fundamentais” e linha de pesquisa “Tutela Jurídica e Políticas Públicas”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Data de Aprovação: _____ de _____ de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Orientador-Presidente

Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. João Victor Rozzati Longhi

Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Bruno Barbosa Borges

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dedico este trabalho à minha avó Wilma, pela sua presença infinita e pelo incansável esforço na criação de seus netos. Vozinha querida, você viverá eternamente em nossos corações.

AGRADECIMENTOS

Toda página de agradecimentos corre o risco de esquecer de pessoas que foram, são ou ainda serão importantes para a nossa vida, seja pessoa, seja profissional, seja acadêmica.

Dito isto, à minha mãe Viviane, minha avó Wilma e meu irmão Marcelo: Vocês são um tripé de força e suporte que, sem vocês, não seria possível eu ter chegado nessa conquista. Ao Vô Normand por seu espírito guardião nos protege diariamente e me ilumina no caminho das Leis, que ele mesmo percorreu.

Ao meu Pai que me deu três presentes incríveis nessa vida. Meu caráter, meu irmão Walter e minha irmã Maria Clara. Que Deus bondoso esse que me permitiu viver com vocês. Essa conquista divido com toda a família Mendonça. De Vó Maria e Tia Fia (que abençoado eu sou por ter três avós), da Vanessinha, do Baroli e dos quinhentos e nove tios, primos e agregados.

Ao querido amigo Walber e aos demais Caburés. Os nomeio em ordem do mais pesado para o mais leve, haja vista a exigência de massa moral para figurar nos quadros deste dileto grupo de amigos: Gordim, Saulim, Milão, Mendes, Canudim, Fabim, Walbs, Sanzio, Barbosa, Pedrones, Mau, e João.

Aos meus especiais amigos, de longa e breve data que acreditaram em mim quando eu mesmo tive dúvidas: Fabi, Nay, Beta, Camila, Mimi, B2, Mumu, Marcão, Teteus e Lerynha, Adailton, Pleti, Chu e Chúlia, Dennys. Já o Rômulo pode ir se lascar no raio que o parta.

Aos professores e amigos do Uniaraxá, que a cada dia me inspiro mais e mais em vocês. Francisco, Almir, Bruno, Wisley, Lídia, Débora, Marcelo Cardoso, Marcelo Chaer, Maristela, Eliana Pavan, Elizabeth, Lídia, Eliana Oliveira e, claro, nosso mentor e coordenador, Nilson Carvalho.

À paciência do meu Orientador Edihermes e aos amigos da Oitava Turma, que tornaram as aulas menos enfadonhas e os trabalhos mais fáceis de fazer. Gustavo, Marcella, Marcela, Carolina, Victor, Gabriéis, Clayton, Jonathan, Samir, John, Larissa, Ruan e Guga.

E finalmente, mas não menos importante. Ruiva, seu companheirismo e amor me fazem ser uma pessoa melhor a cada dia. Que delícia é compartilhar com você a minha vida e as travessuras da linda Lina e do Tofu, o capeta em forma de pelanca.

RESUMO

Este trabalho visa contribuir para o debate atual acerca da tutela da intimidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro, por meio de três questionamentos distintos. Primeiro, questiona-se se o sistema penal pátrio comporta proteção sistêmica de valores fundamentais por meio do conceito de bem jurídico-penal, e se este conceito de bem jurídico-penal é capaz de estabelecer diálogo com o sistema de proteção de Direitos Humanos e Garantias Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificadamente, a tutela da intimidade nas relações sociais modernas. O segundo questionamento margeia um problema que tem se tornado cada vez mais frequente na sociedade, o compartilhamento de fotos íntimas sem o devido consentimento. O busílis desta questão é analisar os limites da proteção e utilização do direito da intimidade, para garantir ao titular do direito o máximo de liberdade possível em oposição ao mínimo de restrição estatal na vida privada do indivíduo. Finalmente, por último, pergunta-se se as movimentações legislativas do Brasil e do Mundo são capazes de garantir a adequada proteção ao Direito à Intimidade. Partindo da análise do princípio da proporcionalidade, estuda-se a necessidade e os moldes limitadores de eventual tutela penal, para evitar o desenvolvimento de um Direito Penal máximo.

Palavras-chave: Intimidade, Relações Sociais, Pornografia Não Consensual, Direito Fundamental, Bem Jurídico, Proporcionalidade, Garantismo.

ABSTRACT

This work aims to contribute to the current debate about the Right to Intimacy in the criminal legal framework, through three distinct questions. First, it enquires if the Brazilian Criminal Law comprises Fundamental Rights' systemic protection through the concept of Criminal Legal Goods and if this concept is able to establish a dialogue with the protection of Human Rights and Fundamental Guarantees system established by the 1988's Constitution of the Federative Republic of Brazil, specifically, the judicial protection of intimacy and privacy in modern social relationships. The second inquiry scoops out a problem that has been frequently increasing in current society, the sharing of intimate images without proper consent. The core of this question is to analyze the limits of protection and usage of the Right to Intimacy, to ensure that the holder of such rights can use them with maximum possible liberty and minimal state repression on individual liberty. Lastly, this work aims to enquire if the current legislative movements in Brazil and worldwide can guarantee suitable protection of the Right to Intimacy. Setting out from the analysis of the Proportionality Principle, it aims to study the limitations and needs of a Criminal Law, to avoid the development of a maximum Criminal Right.

Keywords: Intimacy, Social Relations, Non-Consensual Pornography, Fundamental Rights, Human Rights, Legal Goods, Proportionality, Legal Garantism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	14
2.1 Bens Jurídicos e Direitos Fundamentais	14
2.1.1 Bens Jurídicos de Direito	14
2.1.2 Bens Jurídicos Penais	16
2.2 Intimidade, Privacidade e Dignidade	33
2.2.1 Conceituação pluralista da intimidade	34
2.2.2 O conceito unitarista da intimidade	36
2.2.3 Enfoques “negativo” e “positivo” do direito à intimidade e a vida privada.	37
2.2.4 Intimidade versus vida privada.	38
2.2.5 O conceito à intimidade no âmbito deste trabalho.	42
2.3 Tutela Jurídica Da Intimidade	42
2.3.1 Da positivação do direito à intimidade e à vida privada	42
2.4 A (in)suficiência da delimitação jurídica acerca da intimidade e da vida privada.	45
2.5 Novas tecnologias e desafios da tutela da intimidade	48
2.5.1 Crime e identidade na sociedade líquida	48
2.5.2 O inimigo silencioso	52
2.5.3 Internet profunda e escura	54
2.5.4 Sociedade de Risco Virtual	56
3 PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL	61
3.1 Conceito Fático	62
3.2 Conceito Teórico	69
3.3 Tratamento Jurídico	85
3.4 Classificação das formas de violação da intimidade.	93
3.4.1 Vícios de produção	94
3.4.2 Vícios de Obtenção	96
3.4.3 Vícios de Divulgação	97
4 NECESSIDADE DE TUTELA PENAL	100
4.1 Princípio da Proporcionalidade.	103
4.1.1 Princípio da fragmentariedade e ultima ratio	110
4.1.2 Princípio da Proibição do Excesso e Proibição da Proteção Deficiente	113
4.2 Tutelar a honra, a liberdade sexual ou a intimidade?	118
4.2.1 O bem jurídico da Honra	118
4.2.2 O bem jurídico da Liberdade Sexual	120
4.2.3 Consentimento e pornografia não consensual.	122

4.2.4 O valor da intimidade	125
5 CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

1 INTRODUÇÃO

Em 2006, a jornalista Rose Leonel teve suas fotos íntimas divulgadas pelo ex-namorado. Após a difusão das imagens, Rose perdeu seu emprego, teve de enviar seu filho de 12 anos para morar com seu pai no exterior e quase foi “linchada” em sua cidade.

Após sete anos de batalhas judiciais contra o ex-namorado, dentre os quais quatro anos em que o agressor continuou a distribuição das imagens, ora pela Internet, ora pela cópia e distribuição de DVDs com o conteúdo íntimo, Rose conseguiu em 2013, com o apoio de um esquadrão de advogados e peritos, a condenação de seu obstinado agressor. A condenação se deu nas esferas civil – indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00; e criminal – pena de 1 ano e 11 meses, convertida em pena pecuniária e prestação de serviços, surtiu pouco efeito para minimizar os danos sociais e familiares sofridos pela jornalista.

A agressão sofrida por Rose e por outras centenas de pessoas, no Brasil e ao redor do mundo é conhecido dogmaticamente pela denominação de *Revenge Porn*. A violência moral, social, psíquica e muitas vezes, com reflexo físico, consiste na divulgação, sem o consentimento da vítima, pelo agressor com intuito de prejudicar a vida pessoal da vítima, de imagens de conteúdo erótico ou pornográfico, muitas vezes filmadas na constância de uma relação íntima e consensual.

Entretanto, o termo *Revenge Porn* só manifesta uma faceta da agressão. Em um plano geral, a *Pornografia Não Consensual* é uma agressão aos direitos da intimidade e da vida privada que está cada vez mais comum nas relações sociais atuais. Os motivos da divulgação de imagens pornográficas não consentidas são vários, que vão desde a intenção de extorquir a vítima, compartilhar as imagens como um troféu de conquista ou, finalmente, se vingar do término de uma relação afetiva.

Desde muito, o ordenamento jurídico-penal pátrio tem ignorado as ofensas mais graves realizadas ante a violação da intimidade e da vida privada, bens jurídicos fundamentais, inerentes à formação da personalidade e

do alcance do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em razão disso, muitas condutas que poderiam ter sido coibidas por uma proteção penal adequada acabaram por vitimar principalmente mulheres, de todas as faixas etárias, com consequências muitas vezes drásticas.

Destarte o acontecimento ser especialmente grave, o *Revenge Porn* foi considerado por muito tempo uma “penalização” social, aplicada às pessoas que ousaram manifestar sua sexualidade por meio de uma fotografia ou imagem filmada. Por muito tempo, a divulgação de tais conteúdos foi entendida pelos juristas e aplicadores do Direito como um risco inerente ao consentimento de se deixar fotografar.

Além disso, antes do advento do Marco Civil da Internet, estas reparações só poderiam ser conquistadas na esfera civil, o que trazia certo descolamento do sistema jurídico da proteção constitucional reservada ao Direito da Intimidade e da Vida Privada. E mesmo após a vigência da Lei 12.965/2014, a esfera penal ainda não reconheceu âmbito adequado à proteção da intimidade.

Ressalta-se que, atualmente, a Câmara dos Deputados já aprovou matéria legislativa para a imputação penal de um determinado crime de divulgação de imagens íntimas, por meio do Projeto de Lei 5.555/2013. No Senado Federal, o referido projeto – que aguarda deliberação no plenário – teve conferida a numeração PLC 18/2017 e recebeu a alcunha de Lei Rose Leonel, por se tratar da emblemática vítima que teve sua vida devassada pela agressão sofrida.

Este trabalho, portanto, tem o condão de analisar, ante a sistemática de Direitos e Garantias Fundamentais estabelecidas pela nossa Constituição, bem como dos preceitos jurídico-penais que orientam o Estado de Direito, o fenômeno não só do *Revenge Porn*, mas da *Pornografia Não Consensual* como um todo, tendo por fundamentação estrutural o Direito à Intimidade e a Vida Privada, assim descrito no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Para tanto, a orientação metodológica desta dissertação pode ser resumida da seguinte forma: a) a eleição do método hipotético-dedutivo, como método de abordagem; b) a realização de pesquisa bibliográfica já

produzida como assunto e de comparação estatística com outros ordenamentos jurídicos, como método de procedimento, e; c) a tópica descritiva e exploratória das hipóteses e problemas levantados no decorrer do trabalho, como técnicas auxiliares de pesquisa para elucidar as dúvidas levantadas.

A eleição o método hipotético-dedutivo, imortalizado por Karl Popper, representa a necessidade de se trabalhar o fenômeno da *Pornografia Não Consensual*, como hipótese real, aplicada no ordenamento jurídico-penal, descartando condutas similares, porém já protegidas em nosso sistema legal. Por exemplo, parte-se do pressuposto hipotético de que a proibição da Lei 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) resguarda a intimidade e a vida privada contra invasões à sistemas de dados, mas ainda assim carece de proteção se o agressor recebe as fotos na constância de uma relação consensual. Por outro lado, as imputações que envolvem a intimidade de menores de idade são também já protegidas pelos artigos 240 a 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, os casos apresentados como hipóteses tópicas no decorrer do trabalho, mais especificamente no Capítulo 3, deverão permitir deduzir a exata localização da atual lacuna do ordenamento jurídico-penal acerca do tema, por meio do método estatístico voltado para as Ciências Humanas, como descrito por Odília Fachin.

No segundo capítulo, a pesquisa bibliográfica foi realizada com o propósito de encontrar em nossa Doutrina, bem como na sistemática jurídico-penal, a aproximação ao conceito da intimidade e da vida privada, o qual, apesar de bem elaborado pela profícua doutrina acerca do tema, recebe pouquíssima atenção dos legisladores e do ordenamento jurídico em geral.

Outro objetivo formado pela presente pesquisa, e apresentado no Capítulo 2 e 4 é como ultrapassar a sistemática de Direitos Fundamentais expostos pela Constituição e alcançar, no Ordenamento Jurídico-Penal, as proteções necessárias para efetivar o exercício dos Direitos Fundamentais, na forma da Teoria da Proteção de Bens Jurídicos. Este trabalho, portanto, considera fundamental para o Estado de Direito o diálogo necessário entre os Direitos Fundamentais e sua proteção contra lesões de terceiros, na forma do Bem Jurídico Penal.

Este assunto é tratado no segundo capítulo, na forma de uma exposição bibliográfica do conceito de Bem Jurídico e de como o diálogo dos principais expoentes do Direito Penal verificam as teorias acerca do bem jurídico, seja acompanhando o conceito de Bem Jurídico Penal, seja formando parte de sua crítica. É também neste capítulo que serão traçados os contornos do Direito à Intimidade e à Vida Priva.

Por último, o capítulo final utiliza da tópica exploratória e descritiva, bem como da dedução hipotética realizada nos dois capítulos anteriores, para habilitar a dissertação acerca da necessidade de tutela penal dos casos de *Pornografia Não Consensual*, e estabelecer critérios básicos para uma legislação penal que seja verdadeiramente eficiente, compulsando-se das soluções apresentadas em princípios garantistas penais, como o princípio da proporcionalidade das penas, da subsidiariedade da proteção dos bens jurídicos e da fragmentariedade do direito penal.

Assim, o trabalho demonstra sua preocupação com o Estado de Direito, ao relacionar seu julgamento de necessidade de tutela penal com o princípio da proporcionalidade das penas, o que respeita a vedação da punição em excesso e a proibição da proteção deficiente.

Finalmente, a presente dissertação analisa o fenômeno até as movimentações finais do Projeto de Lei 5.555/2013, objeto orientador do projeto de ingresso no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal de Uberlândia.

2 INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

O Direito à Intimidade, tal qual insculpido no rol de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, gerou – e ainda gera – amplas discussões sobre seu *status* de bem jurídico e de direito fundamental, tanto histórica quanto hodiernamente.

Sua conceituação, que está longe de ser definitiva, também oferece extenso campo de trabalho para investigar a afinação das clássicas teses doutrinárias de Direito Penal com o direito moderno, principalmente por se perceber a busca por equilíbrio entre as tendências de modernização e as tendências de resistência à modernização da ciência jurídico-penal.

Estranhamente, destarte sua importância no arcabouço de direitos inerentes à pessoa, o Direito à Intimidade não tem, ao menos no ordenamento jurídico pátrio, adequado tratamento. Além da imposição constitucional, a legislação pouco acolhe tal proteção, relegando à intimidade apenas à característica acessória, como nos crimes de violação de segredo profissional ou violação de correspondência.

Em contraste com a desenfreada evolução dos meios de comunicação, faz-se necessário uma retomada à abordagem acadêmica e legislativa deste importante Direito Fundamental.

2.1 Bens Jurídicos e Direitos Fundamentais

Para que se possa estabelecer de maneira cabal os objetivos do problema de pesquisa postulado, é preciso que se percorra aos conceitos de bem jurídico, bem jurídico-penal e sua relação com a proteção de direitos fundamentais. E, finalmente, da tutela da intimidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1 Bens Jurídicos de Direito

A vida em sociedade é naturalmente conflituosa, pois a natureza humana em si é propensa ao conflito. Quando a disputa por interesses particulares supera o plano da força bruta, torna-se necessário um conjunto de

regras e dispositivos para que se possa permitir a convivência pacífica e a coexistência com seus semelhantes.

Não se pode olvidar que a evolução social e política trazida por várias formas de Estado experimentadas pela civilização, em sua ainda breve jornada, rumo à atual formulação de um Estado de Direito sempre objetivaram, em maior ou menor grau a criação de mecanismos de resolução de conflitos entre seus súditos.

À título de ilustração, tome-se como exemplo, o Código de Hamurabi. O rei e legislador sumério, fundador do 1º Império Babilônico, consolidou a tradição jurídica da época, harmonizou os costumes e estendeu o direito e a lei a todos os súditos. Seu código estabelecia regras de vida e de propriedade, apresentando leis específicas, sobre situações concretas e pontuais¹.

Nesta rudimentar legislação já se podia encontrar menções à uma possível limitação do poder de autoridade jurisdicional, ainda que primitiva:

5. Um juiz deve julgar um caso, alcançar um veredicto e apresentá-lo por escrito. Se erro posterior aparecer na decisão do juiz, e tal juiz for culpado, então ele deverá pagar doze vezes a pena que ele mesmo instituiu para o caso, sendo publicamente destituído de sua posição de juiz, e jamais sentar-se novamente para efetuar julgamentos.²

Infere-se que o arcaico *códex* era detentor de uma intrincada rede de responsabilidade individual, e seu objetivo, era sem rodeios, permitir a vida em comunidade por meio da terceirização da solução dos conflitos para uma autoridade estatal.

Três mil anos depois deste histórico conjunto de regras, a concepção ideológica do contrato social, no Século das Luzes, buscou tornar o cidadão titular do poder Estatal, que transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídica necessárias para alcançar a vida em uma

¹ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em 23.04.2018

² Idem

comunidade livre e pacífica, com o encontro de uma espécie de ponto de equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade civil.

Essa infindável busca pelo ponto de equilíbrio que permita a convivência pacífica entre os súditos de um Estado deve, obrigatoriamente, em acordo à tradição liberal, atingir o balanço entre a proteção estatal necessária e o máximo de liberdade individual possível.

Claus Roxin leciona que “as normas devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”.³

ROXIN (2009, p. 18), afirma que deve um Estado de Direito deve garantir não tão somente as condições individuais primordiais para uma convivência em sociedade, como a proteção da vida, do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, da intimidade, dentre outras, mas também as instituições estatais necessárias e adequadas para este fim.

Em seu conceito, ROXIN explica que se pode entender o bem jurídico como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos”.⁴

Abstratamente, pode-se considerar, como conceito de Bem Jurídico de Direito, um complexo de escudos protetores da vida em sociedade, estandartes de garantias fundamentais inatas, cuja violação é defesa e protegida pela norma.

2.1.2 Bens Jurídicos Penais

De certa forma, o conceito de bem jurídico na doutrina jurídico-penal tem seu montante no pensamento iluminista liberal, cuja produção intelectual em vários campos das ciências sociais e humanas invocam determinada *limitação* ao poder do Estado. Para os clássicos pensadores, que se desvencilhavam do pensamento absolutista até então, fazia-se necessário

³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre. 2009, p. 17

⁴ Idem, p. 19

apresentar formas em que o Estado pudesse ter limites bens estabelecidos, impedindo assim o rechaço do cidadão comum.

É nesse esteio do pensamento da ilustração que a concepção de bem jurídico toma forma⁵, sendo largamente atribuído a Paul Johann Anselm von Feuerbach os primeiros estudos ao conceito de bem jurídico, que verdadeiramente empreendia a busca da limitação da repressão penal Estatal, mesmo na caracterização de condutas de natureza delituosa que não pudessem ser relacionadas de forma individual, sempre que recorria ao direito subjetivo como forma de evitar uma aplicação arbitrária do Direito Penal⁶.

O posicionamento de Feuerbach indicava que, para a declaração de uma conduta como delituosa não bastava a suposta infração de uma norma ética ou divina. Exigia-se a prova de que ocorreu uma lesão a interesses materiais de outras pessoas, ou seja, uma lesão a bens jurídicos.

Se para Feuerbach o bem jurídico era relacionado à lesão de interesses materiais de outras pessoas, a ilustração de Johan Michael Franz Birnbaum situava-se no diâmetro oposto.

Para Birnbaum, o âmbito de proteção do bem jurídico não cuidava somente da lesão imediata ao direito alheio, mas também um arcabouço de valores sociais que o representavam.

Del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por BIRNBAUM en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque "individualista"; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un "bien del derecho".⁷

A melhor ilustração que se realiza desta oposição entre Feuerbach e Birnbaum é contrapor o delito de homicídio com o do furto. No delito de homicídio, por exemplo, o bem jurídico *vida* é encerrado no ataque corporal realizado pelo ofensor à vítima, que se trata não apenas de um valor estrutural

⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Lecciones de Derecho Penal. Madrid.** 1997, p. 57.

⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**, tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeier, 2ª edição, Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 65

⁷ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal – Parte General.** Editorial Bibliográfica Argentina. 1958, p. 155.

fundamental da pessoa (Direito à Vida) mas também de sua integridade corporal e suas funções biológicas. Já no delito de furto, o ataque fundamental do ofensor é na coisa subtraída, que não encerra em si nenhum direito individual, a não ser pela relação ideológica existente entre a propriedade e a coisa.⁸

Acerca desta relação entre o conceito de bem jurídico como direito subjetivo de proteção da lesão ou da ameaça de lesão aos interesses pessoais, e da existência de um conjunto de valores sociais que pudessem ser postos à proteção da norma, Karl Binding depõe a classificação difusa de bem jurídico que fora apresentada por Birnbaum.

Para Binding cada norma jurídica leva em si seu próprio bem jurídico, tratando-se de elementos inseparáveis, tendo o bem jurídico como um conceito abstrato, manifestação e consequência da vontade do legislador, onde a norma cria o bem jurídico, ao contrário de Birnbaum, para quem o bem jurídico criava a norma.⁹

De natureza positivista, o pensamento de Binding se choca com a ideia original de bem jurídico dada pelo pensamento liberal, para o qual o conceito de bem jurídico existia para a limitação do poder estatal de incriminar.

Em primeiro lugar, o positivismo de Binding seguia um estilo intra-sistemático revelador de uma harmonia absoluta entre a norma e o bem jurídico, sendo aquela a única e decisiva fonte reveladora deste. O resultado da simples existência da norma como fonte do bem jurídico é a denegação de qualquer legitimação material ao conceito de crime, representando o afastamento definitivo do aforismo iluminista. Em segundo lugar, como o legislador tinha liberdade absoluta, ou mesmo autoritária, para definir quais bens jurídicos reclamavam a tutela penal, depreende-se a dilatação da área de criminalização, porque “o bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser”.¹⁰

Inconciliável com o pensamento normativo positivista de Binding, o jurista vienense Franz von LISZT adota conceito extranormativo de

⁸ *Id.* p. 156.

⁹ BINDING, Carlo. **Compendio de diritto penale – parte generale**, tradução de Adelmo Borettini, Roma: Atheneum, 1927, p. 197

¹⁰ DE BEM, Leonardo Schmitt. **O princípio da proteção de bens jurídicos**. Revista Síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre: 2011, p. 107-121.

bens jurídicos, para quem, em última análise, o bem jurídico existia além da norma, onde se compunha a existência humana nas suas mais diversas formas e manifestações.

O bem jurídico, objeto da protecção do direito, em ultima analyse é sempre a existência humana nas suas diversas fôrmas e manifestações. Ella é que é o bem jurídico, isto é, o centro de todos os interesses juridicamente protegidos. Mas a existência humana nos aparece como existência do homem considerado na sua individualidade ou como existência dos membros da communhao na sua collectividade. Todos os interesses atacados pelo crime e protegidos pelo direito penal se distinguem consequentemente em bens do indivíduo e em bens da collectividade. (LISZT 1899, p.1)¹¹

Em sua concepção, Von Liszt entende que na sociedade devem ser identificados os bens jurídicos passíveis de serem protegidos penalmente, haja vista que não se trata de mera criação do legislador, mas da identificação deste como resposta e consequência das relações sociais.

Ao ordenamento jurídico, segundo Von Liszt, lhe correspondia regular as esferas de ação de cada uma das vontades individuais, delimitando, exigindo ou negando determinadas formas de relações jurídicas e também, garantindo proteção jurídica, por meio das normas, aos interesses vitais do indivíduo, juridicamente protegidos. Desta forma, Von Liszt coloca o bem jurídico e a norma como os dois conceitos fundamentais de direito¹².

É atribuída também à teoria do bem jurídico de Von Liszt sua colocação no conceito de antijuridicidade material, quando define que o injusto não é só uma ação imputável, mas também ilícita. Será formalmente ilícita quando simplesmente se reduz à uma transgressão de uma norma estatal, de um mandamento ou dever. E será materialmente ilícita quando se constituir em uma lesão ou ameaça à um bem jurídico, ou seja, um interesse vital protegido pela norma.¹³

¹¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo II.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. 1899. In: **Coleção História do Direito Brasileiro.** Brasília: STJ. 2006

¹² MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho.** El objeto protegido por la norma penal. 2 ed. Santiago: Editorial Juridica Conosur. 1992

¹³ Id, p. 49

As teses de Binding e Von Liszt representam as duas correntes principais que sucederam o positivismo histórico. Binding representaria o positivismo normativista, concentrado no estudo acrítico de um direito positivo amparado de legitimidade e pelo dogma da racionalidade. Já Von Liszt representa o positivismo naturalista, baseado na ortodoxia positivista da submissão das ciências do espírito às ciências da natureza, das considerações metajurídicas, da busca das causas da criminalidade, da negação da pena retributiva e de sua substituição por uma prevenção geral e especial científica, seletiva e especializada segundo a categoria de delito que se realizava na execução penal.¹⁴

Em linhas históricas, durante os anos da República de Weimar, fora restaurado o pensamento jusfundamental de Kant, para tentar promover equilíbrio entre o confronto do positivismo naturalista que sucedeu do Estado Liberal e a verve autoritária que o próprio sistema positivista normativo criava.

De certo, a *política criminal* – que Von Liszt separava do Direito Penal – sempre se altera em razão do comportamento social, algo que em outras palavras, orienta o conceito de bem jurídico desenhado por Von Liszt.

Com a relativização do pensamento kantiano, reformulado na corrente filosófica que se denominou neokantismo, que a ideia de jusnaturalismo kantiano ressurgiu em uma faceta teleológica do conceito de bem jurídico.

Así, esta dirección renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico y centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto, esto es, su capacidad de erigirse en un criterio de interpretación a partir de su fin de protección o lo que es lo mismo, del valor protegido. (MALAREE, 1992, p. 63)

Durante esta fase de *espiritualização* do conceito de bem jurídico, é Richard Honig que leciona que, a finalidade dos princípios penais é a proteção dos valores sociais, que são aqueles que se constituem em um objeto de proteção do delito. Para tanto, define o bem jurídico como uma fórmula sintética na qual o legislador reconheceu a finalidade que persegue cada uma das prescrições penais e como uma síntese categorial na qual o pensamento

¹⁴ Id, p. 54

jurídico se esforça em captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares.¹⁵

Por outro lado, enquanto a Alemanha passava pelo período do nacional-socialismo, a chamada “Escola de Kiel” teceu duras críticas ao conceito de bem jurídico até então desenvolvido, em princípio pela total ruptura dos valores iluministas e a negação de todo o pensamento liberal e sua substituição pelo valor coletivo de exaltação da nacionalidade, superioridade da raça ariana e a suposta atribuição de um destino histórico do povo alemão.

Se para a filosofia iluminista o centro era o indivíduo, para a ideologia nacional-socialista o núcleo era o povo, mas não entendido com a soma dos indivíduos que vivem em comunidade, mas sim como uma entidade com contornos próprios que existia acima dos indivíduos e os conectava, reconhecendo como fonte do direito apenas o *espírito do povo*.¹⁶

A escola de Kiel se opunha radicalmente contra o conceito de bem jurídico porque este clamava por uma limitação do *jus puniendi* estatal, algo que confrontava diretamente os mais altos valores do nacional-socialismo.

Edmund Mezger, que de certa maneira foi catalizador para o pensamento jurídico penal do nacional-socialismo, compunha com a escola de Kiel o entendimento de que não se importavam lesões ao bem jurídico, senão exclusivamente as lesões ao dever, sendo também precursor da teoria do Direito Penal da *vontade*. Mezger reportaria que o Direito Penal era un “Derecho de lucha y tiene, por tanto, que atrapar al enemigo allí donde tiene su punto de partida, es decir, en la voluntad criminal”.¹⁷

Após a Segunda Guerra, o conceito de bem jurídico tomou novamente força no direito penal alemão, por suposto para tentar corrigir os autoritarismos de seu passado recente. Inclusive, fora a obra de Mezger que, em conjunto com a obra de Welzel, reestabeleceram na doutrina alemã o estudo de um conceito de bem jurídico que estabelece uma figura limitadora da atuação penal.

¹⁵ Op. Cit, p. 63-64

¹⁶ Op. Cit, p. 68-70

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y o derecho penal de su tiempo**. 4. ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 143

El bien jurídico {objeto de protección, objeto de ataque) no es, como el ya mencionado "objeto de la acción", un objeto concreto del mundo exterior. Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una "espiritualización" de este concepto de bien jurídico¹⁸

Mezger então adota para sua obra caráter teleológico no conceito de bem jurídico, ao retratar o bem jurídico como uma figura ideológica, que evidencia o valor que possui para o indivíduo, que é seu portador direto. Para o jurista alemão, o conceito de bem jurídico carregava uma proteção individual, mas era percebido como uma manifestação dos valores da sociedade¹⁹.

Já Hans WELZEL considera que os valores fundamentais do ordenamento jurídico, como por exemplo: *la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.* (WELZEL, 1956, p. 2)²⁰ devem ser postos sob a tutela penal na forma de bens jurídicos, o que permite a determinação de consequências jurídicas (isto é, a pena) para as violações destes direitos. Portanto, a própria missão do Direito Penal, segundo WELZEL, é amparar os valores fundamentais da vida em comunidade.

La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano. (WELZEL, 1956 p. 3)

Entretanto, o bem jurídico não deveria estar adstrito a um único ponto focal – o indivíduo – se o Direito Penal quer se afirmar também como um instrumento de proteção de valores ético-sociais. Welzel, nesse sentido afirma

¹⁸ MEZGER. *Op. Cit.*, p. 155

¹⁹ *Idem*, p.159

²⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque dePalma. 1956

que somente o amparo dos valores ético-sociais elementares pode se conseguir uma proteção ampla e duradoura dos bens jurídicos.

De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales. (WELZEL, 1956 p. 5)

Para Welzel, portanto, o direito penal cumpre sua missão de amparo aos bens jurídicos, proibindo ou impondo ações de determinada índole. Por detrás destas proibições (ou ordens) estão as elementares ético-sociais (valores da ação), cuja vigência os assegura, ameaçando com pena as ações que os lesionam. Com isto se obtém, por uma parte, ampla e duradoura proteção dos bens e por outra, limita as formas de agressão reprováveis ética e socialmente.

O pensamento de Claus Roxin sobre o bem jurídico integra-se com a concepção da função garantidora de Direitos Humanos das normas jurídico-penais, uma vez que para o professor alemão, “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”. (ROXIN, 2009 p.17).²¹

Nesse sentido, o que ROXIN denomina de bens jurídicos não são tão somente as condições necessárias para a coexistência – tais como a proteção à vida e a integridade, propriedade e liberdade de atuação – mas também as instituições estatais criadas para a finalidade dessa proteção, concluindo que não são meramente elementos portadores de sentido, mas circunstâncias reais.²²

Ainda que estabeleça as origens do conceito de bem jurídico ao período da Ilustração, ROXIN acolhe que atualmente é possível desassociar o atual significado de uma teoria do bem jurídico que possa ser crítica à legislação de sua evolução histórica até então, haja vista que atualmente sua finalidade hodierna é deveras ampla ao que se pretendia no passado.

²¹ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009

²² ROXIN, *Op. Cit.*, p. 17.

De certo, se a noção de “valores ético-sociais” posta por Welzel fundamentava determinada configuração sociocultural de uma comunidade, esta noção permite a confusão entre os limites do Direito e da moral, possibilitando a instituição de uma política criminal seletiva, demasiada branda com aqueles que se posicionam ao lado dos valores morais da classe dominante e demasiada severa contra aqueles considerados desviantes.²³

Destarte, Roxin afasta a ideia de que a limitação do conceito de bem jurídico deva partir da imposição ao legislador jurídico-penal, de barreiras alicerçadas na própria concepção de política criminal. “A única instância que está acima do legislador é a Constituição”, complementa²⁴.

Entretanto, como exposto anteriormente, o Direito Penal dever respeitar como *ultima ratio*, a convivência livre e pacífica dos cidadãos, com absoluto respeito a todos os direitos fundamentais. A conclusão de Roxin é que, se se parte desta finalidade do Direito Penal, deve-se entender por “bem jurídico” tudo aquilo que for necessário para cumprir a coexistência pacífica.

Bens jurídicos são, portanto, a vida, a integridade física e sexual, a liberdade, a propriedade etc., mas também – como bens jurídicos da coletividade – por ex. uma Justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde. (ROXIN, 2011: p.185)

É indiscutível que o tratamento do conceito de bem jurídico pela dogmática penal siga exclusivamente em determinada linha metodológica, quer seja, pensadores adeptos de que a fronteira limitadora do Direito Penal (e da punibilidade) seja o bem jurídico.

Entre os detratores do conceito de bem jurídico, destaca-se o pensamento de Günther Jakobs, que afirma categoricamente que “O Direito Penal garante a vigência das normas, não a proteção de bens jurídicos”.²⁵

²³ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017

²⁴ ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. In: GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011: p. 184

²⁵ JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?** In: GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011: p. 162

Para tanto, Jakobs explica que se a orientação do Direito Penal trata da limitação da criminalização de condutas que lesionem bens (jurídicos), estas barreiras teriam determinadas condições de subsistência (normas), sem as quais não poderiam ser invocadas, e assim, também seriam protegidas estas condições de subsistência (vigência das normas).

El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible em su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa em cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudadora no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta²⁶.

Nesse esteio, a posição crítica ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, adotada por Jakobs, desterra a afirmação de que o Direito Penal só se organizaria por meio do *hecho punible* – fato punível.

Entretanto, entender a forma como Jakobs orienta a missão do Direito Penal ao contorno da teoria do fato punível, permite se apontar a separação entre o que seria o papel de proteção do Direito Penal em correlação à proteção de Bens Jurídicos como materialização dos Direitos Fundamentais garantidos constitucionalmente.

El hecho punible consiste en la defraudación misma de expectativas, dicho de modo tradicional, en el quebrantamiento de la norma, y no recién en sus consecuencias psicosociales. Por consiguiente, integra el concepto de pena la ratificación de la existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia, no menos, pero tampoco más.²⁷

Em contraponto à teoria de Jakobs, argumenta-se que no Direito civil, por exemplo, encontra-se uma definição de bens como coisas. Estas coisas,

²⁶ JAKOBS, Günther. **Problema capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi. 1998: p. 33

²⁷ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, p. 34

no caso concreto, são os objetos materiais que têm relevância jurídica e valor econômico. Além dos objetos materiais, existem também, no mesmo diploma legal, os bens imateriais que embora não sejam palpáveis recebem também tutela jurisdicional e, estão à disposição dos indivíduos, podendo ser objetos de negócios jurídicos de ordem econômica.

Nesse amplo campo classificatório, existem bens jurídicos que têm maiores relevâncias para os indivíduos e por isso recebem proteção especial por parte do Estado. A vida, por exemplo, é um bem que recebe proteção da própria Constituição e em torno dela existem várias ferramentas que possibilitam a sua proteção, seguindo a lógica Kelsiana de que não basta ter somente um direito de caráter fundamental, tem-se que positivá-lo e criar ferramentas de proteção. Pergunta-se, o que são bens jurídicos? Qual sua relação com os direitos fundamentais?

Em concepção ampla assegura Ferrajoli²⁸ que se consideram: *«derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas*”. Sendo assim, estes direitos requerem uma afirmação que seja ou positiva (de abrangência); ou negativa (de não sofrer lesões).

Então, direitos fundamentais que podem ser considerados tão somente como essenciais são aqueles necessários para a própria existência em sociedade. Se se classificar tais bens em grupos, poder-se-ia distinguir duas categorias de Direitos Fundamentais. A primeira é composta por aqueles direitos fundamentais objetos de direitos sociais (de expectativa positiva); a segunda, por aqueles que são personalíssimos, objetos de proteção dos bens jurídicos penais (de expectativa negativa).

Com esta classificação, é possível afirmar que tanto os direitos fundamentais de caráter positivo quanto os direitos fundamentais de caráter negativo estão consagrados na Constituição da República de 1988, e possuem curial importância no Estado de Direito.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta. 2004: p. 37

Em um sentido aproximado, Santiago MIR PUIG reafirma que o conceito de bem jurídico é expressão de uma relação dialética entre realidade e valor.

Un Derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas: ninguna protección jurídico-penal merecería el “valor vida” si no se encarnase en la vida de una persona real.²⁹

Para chegar à tal conclusão, MIR PUIG leciona que não há identificação conceitual do bem jurídico com seu substrato, como por exemplo, que a realidade da vida não se constitui, enquanto tal, como um bem jurídico, apenas como dado biológico, só podendo se contemplar como bem jurídico se atenda ao seu valor funcional.

Deste modo, é possível a apreciação de uma certa valoração funcional de um Direito Fundamental no que se relaciona com a Teoria de Proteção dos Bens Jurídicos, como o visto até este momento.

Winfried Hassemer julga menos pretensiosa a opinião que vincula o Direito Penal com a proteção de bens jurídicos. Em suas palavras é suficiente que o Direito Penal projeta “bens vitais”, que são indispensáveis para a convivência humana em sociedade, e que, por isso, devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado por meio da pena pública.³⁰

Modernamente, HASSEMER é uma das consoantes vozes que trabalham com a defesa da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal. Para o professor alemão, existem vários argumentos que se posicionam em favor da proteção dos bens jurídicos.

Pone en estrecho contacto la determinación de la misión del Derecho penal con el criterio de la Justicia que utiliza la Política criminal a la hora de determinar qué es lo que merece una pena, pues vincula dicha misión a una cualidad visible del comportamiento merecedor de pena³¹.

Pode-se relacionar, então, essa missão do Direito Penal como a proteção de Direitos Fundamentais que são preciosos para o indivíduo, não

²⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. 8 Ed. Barcelona: Reppertor. 2006

³⁰ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989: p. 103

³¹ HASSEMER; CONDE. *Op. Cit.*, p. 104.

como uma positivação da matéria, mas da própria qualidade daquele que é sujeito de direitos. Desse modo, a aplicação de pena só faria sentido quando o comportamento merecedor dessa pena pudesse interromper o exercício de um determinado Direito Fundamental, como por exemplo, a propriedade.

Outra das vantagens expostas por HASSEMER é que a teoria do bem jurídico “es que es el mejor argumento contra la teoría que considera al delito como lesión de un deber y el Derecho penal como la protección de un “mínimo ético”³². Ou seja, a teoria do bem jurídico oferece um fundamento empírico ao qual estão vinculados tanto os legisladores quanto os deveres de atuação que lei penal formula.

A teoria do bem jurídico enriquece o Direito Penal a partir da introdução de variações que tornam mais compreensível sua missão e seu sistema, por exemplo:

[...]al diferenciar las funciones del bien jurídico entre aquellas que son inmanentes al sistema mismo (tales como la clasificación de los delitos en la Parte Especial, o los límites del consentimiento o la legítima defensa), y aquellas otras que son trascendentes o críticas del sistema y que son precisamente las que determinan también los criterios de merecimiento de pena³³.

Finalmente, HASSEMER aduz que “la teoría del bien jurídico puede hacer plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de protección”³⁴.

A justifica para tanto, é de que se a lesão ou a ameaça de lesão de determinado bem jurídico constitui um núcleo de determinação do merecimento da pena, todas as questões relativas ao grau de lesão ou ameaça devem ser também levadas em consideração na hora de se decidir legislativamente os pressupostos ou as formas de punibilidade. O legislador penal, então, deve ter contempladas todas as variáveis na hora de elencar os pressupostos penais e as formas de punibilidade.

³² *Id. Ibid.*

³³ *Id. Ibid.*

³⁴ *Id. Ibid..*

Para HASSEMER, a determinação da missão do Direito Penal com o auxílio do conceito de bem jurídico oferece ao legislador um critério plausível e prático na hora tomar suas decisões, e ao mesmo tempo, um critério externo de comprovação da justiça dessas decisões, o que conduziria em um sistema ideal à uma política criminal racional, com critérios que sejam justos e claros, devendo tudo aquilo que não interessar para a estrita proteção dos bens jurídicos ser excluído do âmbito de aplicação do Direito Penal³⁵.

Destarte as vantagens do conceito de bem jurídico para a formação de um Direito Penal que esteja de acordo com as normas de um Estado de Direito e, principalmente, que seja garantidor de Direitos e Garantias fundamentais, um dos conhecidos problemas que se permeia à teoria do bem jurídico é a vagueação de seu conceito, posto que derivado do pensamento iluminista em evitar autoritarismos exacerbados pouco se alcançou de concretização da teoria de um bem jurídico, justamente por fazer falta à um objeto concreto que infere à norma penal.

Para Jesús-María Silva Sánchez, atribuir à ideia de um conceito de bem jurídico uma transcendência que não alcança o conceito ao qual a teoria se forjou historicamente, não seria capaz de, por si só, sustentar a função limitadora da intervenção penal, e, disso decorreria a necessidade de referência constitucional³⁶.

Esse parece ser o critério mais adequado na eleição do bem jurídico penal, ou seja, para justificar a atuação do Direito Penal o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição. Essa relação entre bem jurídico-penal e Constituição, faz com que a lei penal sofra determinadas limitações, mas, em outras situações, passe por revisões visando uma tutela mais eficiente em relação a determinados bens jurídicos. Sendo assim, esse processo de avaliação constitucional do Direito Penal pode acarretar a despenalização de determinados comportamentos, a incriminação de novas condutas e uma exacerbção ou redução da resposta penal para outras.

³⁵ HASSEMER; CONDE. *Op. Cit.*, p. 105

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2002: p. 107

Portanto, é muito mais adequado que um bem-jurídico-penal seja ligado à Constituição, que por sua vez deve estar fundada em direitos e garantias fundamentais, do que simplesmente abandonar essa postura em respeito ao acolhimento de conceitos vagos, impassíveis de individualização.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, relaciona intrinsecamente a teoria de bens jurídicos com o Princípio da Lesividade ou da ofensividade do evento (*nulla necessitas sine injuria*), com um alerta de que a teoria dos bens jurídicos foi alvo de involuções tamanhas a ponto de, em dado momento – no Código Penal Italiano de 1930 – as infrações não serem subvencionadas aos bens jurídicos *per se*, mas no interesse do Estado em mantê-los.

Esta concepção idealista de bem jurídico fornece a base da classificação dos delitos no Código fascista de 1930, até o ponto de, ao comentar sua parte especial, o mais prestigioso dos penalistas italianos de nosso século identificar o objeto dos delitos de homicídio, lesões, coações, furtos e semelhantes já não com a vida humana, a integridade pessoal, a liberdade individual ou a propriedade privada, senão que, dando um giro de cento e oitenta graus, identifica-o com o "interesse do Estado na segurança das pessoas físicas, especialmente, na vida humana".³⁷

Contudo, FERRAJOLI traz à lume quatro questionamentos importantes que restauram a referência semântica da recuperada conceituação garantista e liberal do que é bem jurídico após os desdobramentos da Segunda Guerra Mundial.

a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificação moral e política; b) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produz um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem.³⁸

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002: p. 375

³⁸ FERRAJOLI. *Op. Cit.*, p. 376

A primeira questão, para FERRAJOLI, tem natureza ético-política, que emerge da necessidade de justificação externa do ilícito penal, orientado em critérios distintos. Inicialmente, se justificam as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social. Posteriormente, as proibições não só devem estar "dirigidas" à tutela de bens jurídicos como, também, devem ser "idôneas". Finalmente, uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens³⁹.

Já a segunda questão, se é possível que exista em um determinado ordenamento, a exigência jurídica ou interna da lesividade de um determinado bem, e, inclusive, de "quais" bens, como condição de admissibilidade da proibição e punição de uma determinada conduta. Ainda que para FERRAJOLI não há em seu ordenamento pátrio a expressa menção ao princípio da lesividade, na CRFB/1988, a inteligência do artigo 5º, XXXIX – *não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal* – permite assumir a lesividade como fundamento constitucional da natureza da proibição.

No julgamento do HC 97.772, a Ministra Carmén Lúcia Antunes expõe de maneira aclarada:

“A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.”⁴⁰

O terceiro ponto questiona se, e em que medida, um sistema jurídico satisfaz normativamente o princípio de lesividade, em cumprimento, ou não, das ordens constitucionais. Os problemas que compunham o Código Rocco se relacionam em alguma medida aos problemas que se verificam no atual Código Penal Brasileiro. Em primeiro lugar, uma inflação quantitativa dos interesses tutelados pelo Estado, o que resultaria em diversos delitos sem dano,

³⁹ *Id.*, p. 377 - 379

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 4 ed. Brasília: Secretaria de Documentação. 2011: p. 220-221

pois se tratam de alguma entidade abstrata, como por exemplo a moralidade pública ou a personalidade do Estado. Consequentemente a utilização de elementos vagos ou valorativos que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais. Ao fim e ao cabo, temos assistido a uma crescente antecipação Da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação.⁴¹

A quarta e última questão posta por FERRAJOLI é se, e em que medida, o Direito Penal protege efetivamente os bens jurídicos legalmente tutelados. Esta questão tem profundo conteúdo sociológico-empírico, e se relaciona intrinsecamente com a natureza deste trabalho.

Sabe-se que a Intimidade é um direito fundamental insculpido no Rol do artigo 5º da nossa Constituição. O inciso X diz claramente: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*”

Resta a dúvida se a intimidade deve ser tratada como bem jurídico. Não pode olvidar que a intimidade merece proteção em qualquer ordenamento jurídico-penal, e tampouco se pode inferir que nosso próprio ordenamento jurídico-penal possui um sistema adequado de proteção ao Direito à Intimidade.

A tutela da intimidade, então, faz-se de estreito relacionamento com a tutela das liberdades individuais, pela própria forma como obedece ao bem jurídico ali protegido. Cezar Roberto Bittencourt aduz que a *intimidade e a privacidade* são aspectos da Liberdade Individual. Contudo, os artigos 150 a 154 do Código Penal não trazem em nosso ordenamento jurídico uma proteção – sequer definição – adequada do bem jurídico da intimidade.

Assim, inexistindo na nossa atual legislação a conduta penal de violação da intimidade, melhor aceitar que, em conjunto com outros preceitos legais, a inviolabilidade da casa, o respeito à intimidade, à

⁴¹ FERRAJOLI. *Op. Cit.*, p. 380

vida privada e à integridade física e moral visam a proteger a intimidade pessoal e a vida privada. (PITOMBO, 1999, p. 81)⁴²

Portanto, para que se possa responder à pergunta final de FERRAJOLI sobre se o Direito Penal protege efetivamente os bens jurídicos que se propõe a dar guarida, faz-se necessário adotar um ponto de partida, que para os objetivos deste problema de pesquisa, se trata da análise de uma tutela penal e constitucional da Intimidade.

2.2 Intimidade, Privacidade e Dignidade

É cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece em seu arcabouço de Direitos Fundamentais a tutela da Intimidade, da Privacidade e da Dignidade, como se depreende do artigo 5º, inciso X do texto maior:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Entretanto, faz-se necessário recorrer à uma classificação mais extensa para categorizar e aclarar os conceitos relativos à intimidade e à privacidade, posto que são dois conceitos sobremaneira distintos, que buscam formar proteção à duas categorias de direitos peculiares.

O primeiro direito que se pretende a proteção com o inciso constitucional é o direito à dignidade. Intimidade, no bom português é a qualidade daquilo que é íntimo, estreitamente ligado por afeição e confiança. Segundo o Dicionário Aurélio: *que se passa entre pessoas muito chegadas entre si*. Significa o âmago, o íntimo da alma.

Para a Ciência do Direito, contudo, a intimidade se resguarda entre diversas facetas e exames, analisados à sequência. Para Marcelo Cardoso Pereira, um conceito amplo de direito à intimidade, mas que também abarca os conceitos de vida privada e privacidade seria nos seguintes moldes:

[...] o direito das pessoas de defender e preservar um âmbito íntimo, variável segundo o momento histórico imperante, no qual estas

⁴² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 81 – 82 p.

possam desenvolver sua personalidade, bem como o poder de controlar suas informações pessoais, as quais, ainda que não formem parte da vida privada das mesmas, possam revelar aspectos da sua personalidade.⁴³

Para que se chegue à mesma conclusão que PEREIRA, é crucial que se levante as diversas acepções acerca da teoria da Intimidade, a partir de dois conceitos apartados pela doutrina, a saber, um deles plural e outro unitário.

2.2.1 Conceituação pluralista da intimidade

Sobre a primeira concepção, o conceito unitarista defende que a melhor maneira de se definir o direito à intimidade seria por meio de um rol de hipóteses as quais se configurariam como atentatórias a este direito.

Foi o americano William Prosser⁴⁴ quem primeiro definiu uma formulação taxonômica, descrevendo os ataques à vida privada: a) intromissões na vida pessoal e reservada, em assuntos privados; b) revelação pública de fatos privados e embaraçosos; c) publicidade que expõe alguém e sob uma perspectiva falsa ou em desacordo com a realidade; d) apropriação comercial de aspectos da personalidade.

Estas violações foram descritas em duas categorias por José Adércio Leite Sampaio⁴⁵ a partir do rol elencado por PROSSER, que não escapa da formulação taxonômica adotada pela definição pluralista da intimidade.

Inicialmente, SAMPAIO destaca possíveis *condutas violadoras de atributos da intimidade*. Estas se manifestam, à exemplo do autor, no *desrespeito à autonomia pessoal*, por meio de comportamentos de terceiros que restrinjam o poder de alguém de se autodeterminar, ou na *infringência do direito a uma revelação ou a uma comunicação seletiva*, que ocorre quando há a obtenção ou revelação de informações de natureza pessoal, cujo titular não deseje ver conhecidas ou reveladas.

⁴³ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá. 2005: p. 140

⁴⁴ PROSSER, William. **Privacy**. California Law Review, n. 48, p. 383-423. 1960

⁴⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998: p. 226 - 237

Posteriormente, acerca de determinados *estados, elementos, zonas ou aspectos da intimidade e da vida privada*, SAMPAIO se baseia na obra de Alan Westin⁴⁶ para categorizar quatro estados de intimidade.

O primeiro estado se relaciona com a solidão (*solitude*), quando o indivíduo está separado de um grupo social e livre da observação de outras pessoas. O segundo aspecto é a intimidade (*intimacy*), em que o indivíduo atua, compartilhando sua intimidade com um pequeno grupo, com o objetivo de alcançar uma relação natural e segura com os demais. O terceiro elemento é o anonimato (*anonymity*), que ocorre quando se está em locais públicos ou realizando atos públicos, sentindo-se, todavia, livre de identificação ou de observação. Finalmente, o último componente é a reserva (*reserve*), que constitui uma barreira psicológica levantada por uma pessoa contra os possíveis intentos de comunicação de outros que o rodeio.

WESTIN conclui que em todas as relações, por mais íntimas que seja, sempre haverá uma reserva, um resíduo de um sentimento, opinião ou informação, que cada um só para si guarda, incompartilhada.

PEREIRA⁴⁷ aponta que um congresso de juristas nórdicos que foi realizado na cidade de Estocolmo, em 1967, logrou considerável êxito em elaborar um repertório de ações atentatórias o direito à intimidade, optando por, mais uma vez, obedecer à formulação taxonômica.

- 1) Toda injerencia em la vida privada familiar y domestica;
- 2) Todo atentado a su integridad física o mental a su libertad moral o intelectual.
- 3) Todo atentado a su honor o a su reputacion.
- 4) Toda interpretación perjudicial a sus palabras o a sus actos.
- 5) La divulgación intempestiva de hechos molestos en relación con su vida privada.
- 6) La utilización de su nombre, de su intimidad o de su imagen.
- 7) Toda actividad tendente a espiarle, vigiarle u hostigarle.
- 8) La interceptación de su correspondencia.
- 9) La utilizacion malévola de sus comunicaciones privadas, escritas o orales.
- 10) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por él bajo secreto profesional.⁴⁸

⁴⁶ WESTIN, Alan F. **Privacy and freedom**. New York: Athenure. 1967: p.7

⁴⁷ PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 133

⁴⁸ Congresso de Juristas Nórdicos sobre el derecho a la intimidad, celebrado en Estocolmo en mayo de 1967.

Sem embargo, podemos entender que os conteúdos taxonômicos que compõem as doutrinas pluralistas acerca do Direito à Intimidade são amplos, porquanto detêm substratos teóricos capazes de tangenciar diversas condutas violadoras da intimidade.

Por outro lado, modelos taxonômicos podem incorrer em certo engessamento do conceito, por se tratarem, na imensa maioria das vezes, em *numerus clausus*. Isso torna o conceito sobremaneira desarmônico com a necessária evolução jurídica e social de um atributo fundamental da pessoa, quer seja, a intimidade.

Para tantos outros, o direito à intimidade e à vida privada possui uma base conceitual única

2.2.2 O conceito unitarista da intimidade

Para os defensores deste conceito, o direito à intimidade e à vida privada possui uma base conceitual única, e, embora possa transparecer como um direito de múltiplas facetas e múltiplas incursões em diversos domínios, a doutrina está longe de abrigar um consenso no que se diz respeito à qual a base fundamental do Direito à Intimidade.

A literatura histórica resgata o artigo de WARREN e BRANDEIS na Harvard Law Review de 1890, que à frente de seu tempo conceituava a *privacy* e a necessidade de tutela jurídica do direito à intimidade, como o direito de estar só (*right to be alone*). Para essa corrente, a intimidade e a vida privada significam o ato de solidão, de estar só, a tranquilidade, a paz de espírito.

Invenções recentes e métodos de negócios pedem atenção para o próximo passo que precisa ser dado na busca pela proteção da pessoa, e para assegurar o que o Juiz Cooley chama de o direito de “ser deixado em paz”. Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas invadiram os recintos sagradas da privacidade e da vida doméstica; e numerosos aparelhos mecânicos ameaçam a concretizar o ditado de que “o que se sussurrou nos cômodos será proclamado nos telhados”. Por anos houve um sentimento de que a Lei precisava trazer algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de particulares; e o mal da invasão de privacidade pelos jornais, longamente sentido, foi recentemente discutido por um escritor capaz.

Os fatos alegados que um caso medianamente notório trouxe à baila em um tribunal inferior em Nova Iorque alguns meses atrás, diretamente envolveram a consideração do direito de circular retratos; e a questão se a nossa lei reconhecerá e protegerá nosso direito à privacidade neste e em outros âmbitos chegará em breve aos nossos juízos para consideração.⁴⁹

Por outro lado, há quem defenda que a intimidade e a vida privada se constituem em um conjunto de informações pessoais submetidas à um regime jurídico de contenção, que ora se define como a exclusão do conhecimento alheio, ou interesse de uma pessoa no sentido de que seus assuntos não sejam conhecidos nem sua imagem exposta. Edson Ferreira da Silva assim expõe que o direito à intimidade:

“[...] deve compreender que o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos de nossa vida privada, que segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva”.⁵⁰

Uma outra corrente doutrinária que estabelece bases para um conceito unitário de intimidade aduz que a intimidade e a vida privada significam um espaço pessoal em que não se admitem interferência e intromissão externas, que Angelo di Mattia traduz como uma região ideal em torno da pessoa, própria para seus pensamentos e atuação, isoladamente ou em meio a outros⁵¹.

Por fim, das quatro correntes levantadas por SAMPAIO, resta a que declara que a intimidade e a vida privada são sinônimos de autonomia privada, que deve ser entendida ora como o direito de cada um viver a sua própria vida, ora como a faculdade do indivíduo de se autodeterminar na parte de sua esfera jurídica que não interfira diretamente no comportamento ou no modo de ser dos outros sujeitos.

Para além do conceito unitarista e pluralista de intimidade e vida privada, a doutrina também estabelece que a intimidade pode ser vista como um direito de defesa (enfoque positivo) ou direito de controle (enfoque negativo).

⁴⁹ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, n. 5, p. 193-220. 1890

⁵⁰ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à Intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998: p. 39

⁵¹ MATTIA, Angelo di. **Il diritto al rispetto della vita privata**. Bologna: Ponte Nuovo. 1976, p. 24

2.2.3 Enfoques “negativo” e “positivo” do direito à intimidade e a vida privada.

Como se viu, conceituar o direito à intimidade é tarefa árdua e intergeracional, pois é algo que se baseia em uma característica social mutável, razão pela qual os subjetivismos nas habituais conceituações doutrinárias podem causar determinados artificialismos.

A intimidade então, poderá ser percebida por um enfoque negativo, que se relaciona diretamente com o controle pessoal que cada indivíduo tem sobre suas informações. Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o direito à intimidade se define como o direito à vida privada, que possui um caráter de exclusão, de defesa, que visa evitar intromissões ilegítimas em determinados aspectos da vida das pessoas⁵².

Neste sentido, o enfoque negativo, que se caracteriza como direito de controle sujeita o agressor dos direitos da intimidade à coerção estatal para que se cesse o compartilhamento ou a difusão de informações que possam impedir a autodeterminação da vítima no que refere-se à própria intimidade.

Não basta para que a Ciência do Direito classifique corretamente o Direito à intimidade um comando negativo, estruturado no controle pessoal, pois tal direito deve também ser analisado por um caráter dinâmico, em que se considera também a forma que o homem convive em sociedade.

Em oposição, para classificar o enfoque positivo do Direito à Intimidade é preciso separar o que é público do que é privado, em matéria de vida privada e intimidade. Para tanto, inicialmente se faz presente a *teoria da vontade*, que orienta qual faceta da própria personalidade quer demonstrar o indivíduo, quando este resolve participar de algum grupamento social.

À título de exemplo, um ator de cinema pode incorporar vários tipos de personalidade em seu personagem, e inclusive, utilizar essa personagem em entrevistas, aparições em público e outras formas de exposição pública ou midiática. Entretanto, resguarda em seu foro íntimo sua própria personalidade, que se faz presente quando está em casa com família e amigos,

⁵² PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 127

muitas vezes longe das lentes dos fotógrafos. Contudo, é o grau de sociabilidade da pessoa deve servir para a limitação de sua liberdade individual.

2.2.4 Intimidade versus vida privada.

Os termos privacidade e intimidade se confundem, o que divide a doutrina acerca da distinção dos mesmos. De acordo com Alice Monteiro de Barros, em português, os termos privacidade e intimidade são sinônimos, constituindo elementos necessários à convivência entre os homens⁵³.

Cumprir utilizar os conceitos trazidos pela doutrina civilista, haja vista o fato de que em outros âmbitos do Direito existe uma omissão acerca dos conceitos destes institutos. Maria Helena Diniz⁵⁴ defende que a privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. A autora trata de modo diverso, e considera que a privacidade se volta a aspectos externos da existência humana e a intimidade diz respeito a aspectos internos do viver da pessoa.

Gilmar Mendes⁵⁵, por sua vez, afirma que embora vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento do público. O objeto do direito à intimidade, por sua vez, seria as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Dirley da Cunha Junior⁵⁶, ao tratar do assunto afirma que a Constituição Federal distingue o direito à intimidade de outras manifestações típicas da privacidade. Para o autor, a Carta Magna disciplinou o direito à intimidade, separando-o dos demais direitos da personalidade e atribuindo-lhe, natureza de direito subjetivo autônomo, por conta disso.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2.ed. São Paulo: LTr. 2009: p. 34.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil. 1º volume**. 22 ed., São Paulo: Saraiva. 2005: p. 135

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

⁵⁶ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p. 661

Paulo José da Costa Junior, por sua vez, quando analisa a questão dos diferentes interesses relacionados ao mesmo direito, qual seja, à intimidade, leciona:

Ainda, se são dois os momentos de um único direito, não vemos razão para denominar diversamente ambas as esferas privadas. Chamemo-las, pois, indiferentemente, de direito à intimidade. Se se trata de preservá-la, ou de mantê-la, pouco importa. É sempre direito à intimidade. Intimidade e não recato (*riservatezza*), que mais parece uma “disposição de ânimo que um modo de viver exterior”.⁵⁷

Mais adiante, defende que a esfera da vida privada poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade for sendo restrita. Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *strictu sensu*, onde estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade ou esfera confidencial, dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Por fim, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo, que compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados, dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito⁵⁸.

Percebe-se, portanto, que o doutrinador visualiza diferenças entre as esferas da vida privada, e as considera pertencentes a um único direito. Para COSTA JR, intimidade e vida privada tratam-se de momentos distintos, com tonalidades diversificadas, porém, de um mesmo direito: o direito à intimidade.

Contudo, pensa-se de forma distinta. Inicialmente, utilizando a máxima jurídica de que “a lei não contém palavras inúteis”, princípio basilar de hermenêutica, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. Ao analisar a Constituição Federal de 1988, percebe-se que, de fato, houve uma distinção entre os institutos intimidade e privacidade, uma vez que

⁵⁷ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007: p. 27-28

⁵⁸ *Id*, p. 29-30

no art. 5º, X, há uma separação da intimidade de outras manifestações de privacidade, tais como a honra, a imagem e a vida privada. Sendo, portanto, a intenção do legislador constituinte distingui-los.

Cumpra afirmar que tal distinção tem razão de ser. Conforme já exposto em tópico anterior, o direito à intimidade pressupõe uma esfera da vida humana que abrange fatos de estreita relação consigo mesma, são aspectos muito pessoais sobre os quais só cabe a própria pessoa decidir acerca de sua divulgação ou não, abrangendo, portanto, o direito de manter em segredo algum fato ou situação. Já a privacidade abrange fatos que envolvem um determinado indivíduo nas relações com outras pessoas, geralmente pressupondo uma fidedignidade entre os sujeitos, como nas relações familiares ou nas amizades.

Percebe-se, portanto, uma clara diferença entre a intimidade e a privacidade. A vida privada tem conteúdo mais amplo, chegando a ser partilhado com outras pessoas, como familiares e amigos, havendo um mínimo de ingerência e interferência exterior. Além disso, como pontua Alice Monteiro de Barros, a privacidade não possui um caráter espiritual como ocorre com o direito à intimidade.⁵⁹ A intimidade trata-se de uma esfera mais restrita e mais intensa.

Certo é que não se trata de um tema pacífico na doutrina, sendo a mesma dividida acerca da conceituação e distinção - ou não - entre os institutos da intimidade e privacidade. Existem autores, inclusive, que não estabelecem distinção entre “intimidade” e “privacidade”.

Nesse sentido, o doutrinador espanhol Juan José Martín-Casallo Lopez⁶⁰ afirma que a privacidade corresponde ou identifica-se com a noção de intimidade no século XXI. O espanhol chega, inclusive, a afirmar que intimidade e privacidade, se não são sinônimos, ao menos representam um âmbito de reserva no qual a pessoa se encontra livre de ingerências.

⁵⁹ BARROS. *Op. Cit.*, p. 35.

⁶⁰ MARTÍN-CASALLO LOPEZ, Juan José. **El status de las garantías individuales: informática y libertad**. Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho, Mérida: 1995, p. 505

De acordo com Sandra Lia Simón⁶¹, é extremamente complexa a tarefa de conceituar o direito à intimidade e à vida privada, tanto que muitos doutrinadores não se arriscaram a elaborar um conceito preciso e terminam por analisar casos práticos, a fim de verificar parâmetros que delimitam a definição.

Ao fim e ao cabo, não se deve identificar privacidade com intimidade. Relacioná-la com a noção que temos de vida privada parece ser a melhor solução. O que se deve respeitar não é a tradução literal do termo, mas sim o significado que ele pretende introduzir em determinado idioma. No caso da *privacy*, deve-se levar em conta seu conteúdo jurídico, quando da adaptação dos conceitos originados em outra língua e outro ordenamento-jurídico.

2.2.5 O conceito à intimidade no âmbito deste trabalho.

Sem embargo, este trabalho segue a orientação de que o direito à intimidade é reconhecido em todas as culturas, em todos os lugares, porém, diante de algumas variações de intensidade e outras de conteúdo deste direito, considerado pela doutrina como mutável, impreciso, inconstante e diversificado, porque subordinado aos costumes e aos valores sociais que se diferenciam em cada época e lugar, assim, seria insuficiente apontar uma única definição como verdadeira, ou que correspondesse à atual realidade, principalmente no universo científico hodierno.

Diante disso, adota-se para fins metodológicos, a aproximação do conceito de intimidade àquele posto por PEREIRA⁶², que classifica intimidade como o direito das pessoas de defender e preservar um âmbito íntimo, variável segundo o momento histórico imperante, no qual estas possam desenvolver sua personalidade, bem como o poder de controlar suas informações pessoais, as quais, ainda que não formem parte da vida privada das mesmas, possam revelar aspectos da sua personalidade

⁶¹ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTR, 2000, p. 78.

⁶² PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 140

2.3 Tutela Jurídica Da Intimidade

Se ao Direito à Intimidade, como supracitado, é resguardado seu caráter de direito fundamental e princípio constitucional, faz-se mister encontrar como tal direito se sedimentou na tutela jurídica e pátria.

2.3.1 Da positivação do direito à intimidade e à vida privada

A intimidade e a vida privada são valores que, após anos de proteção reflexa por outros institutos jurídicos, o direito começa a tutelar autonomamente, a partir do final do século XIX. Para SAMPAIO⁶³, os institutos que lhes emprestaram seus reflexos jurídicos, até o direito à intimidade e à vida privada serem autônomos, foram os direitos fundamentais individuais de primeira geração - através da inviolabilidade da pessoa, da inviolabilidade da casa e da inviolabilidade das correspondências -; o direito de propriedade; e direito à honra.

Para tanto, as discussões sobre a existência, o conceito e a estrutura jurídica da, então, nova categoria dos direitos da personalidade foi vital. Apesar de os direitos da personalidade não serem positivados, naquela época, e sua existência ser controversa na doutrina, a grande relevância dos direitos da personalidade, no direito à intimidade e à vida privada, a partir do final do século XIX, é a forma autônoma como – diferente dos outros institutos clássicos – tutelam o patrimônio moral do homem ou a personalidade humana inviolável.

Apesar da necessidade de tutelar atributos da personalidade humana, até o momento esquecidos pelo direito, o BGB, em 1900, não acolheu de forma explícita no direito positivo alemão – a corte do *Reich* alemão condenou um fotógrafo por ter tirado fotos do príncipe Bismarck em seu leito de morte, sem autorização da família real.⁶⁴

Mesmo que não positivados num primeiro momento, na Alemanha e em outros países a discussão sobre os bens da personalidade foi de grande valia para o desenvolvimento autônomo do direito à intimidade e à vida privada. Coube a Warren e a Brandeis, dois juristas norte-americanos,

⁶³ SAMPAIO. *Op. Cit.*, p. 33-48

⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 72-74

iniciarem a construção jurídica sobre o direito "de ser deixado só" em artigo da Harvard Law Review, em 1890, sob o título "The Right to Privacy".

O clamor pela proteção jurídica da intimidade e da vida privada, que os referidos autores souberam captar, surge, dentre outras razões, quando uma parcela da imprensa, na época identificada com a mídia impressa e escrita, tornou-se uma indústria de publicação de assuntos íntimos de homens públicos e de pessoas famosas.

Ainda que - na doutrina e na jurisprudência, com menor fôlego na legislação - houvesse certa tutela à intimidade e à vida privada, somente após a Segunda Guerra Mundial que o direito à intimidade e à vida privada é positivado intensamente no âmbito nacional e internacional. Esses valores e inúmeros outros existenciais da pessoa humana são protegidos pelo direito como respostas à perda do valor intrínseco do ser humano⁶⁵.

Assim, num primeiro momento, observa-se inúmeras declarações, pactos e convenções internacionais sobre os direitos humanos que protegem, autonomamente, o direito à intimidade e à vida privada. Como exemplo, veja-se o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: *"Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei"*.

No plano internacional, o direito à intimidade e à vida privada encontra-se, ainda, no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – primeiro texto internacional a tutelar esse direito-, no artigo 17 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos, no artigo 11 da Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem e no artigo 8º da Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem.

Posteriormente, a tutela foi concedida pelas legislações nacionais. Como exemplos: a Lei n.º 70-643 introduz o artigo 9º ao Code Civil

⁶⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson [coord.]. Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44-45 e MOTA PINTO, Paulo. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, v. 69, p. 479-481, 1993

para proteger o respeito à vida privada na França; na Espanha, o direito à intimidade pessoal e familiar é garantido pelo artigo 18º, nº. 1, da Constituição de 1978; o artigo 26, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, tutela a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Na realidade latino-americana, observa-se, nos artigos 18 e 19 do Código Civil da Bolívia de 1975, a tutela da vida íntima da pessoa. No Peru, o artigo 14 do Código Civil de 1984 protege a intimidade da vida pessoal e familiar, já na Argentina o artigo 1.071 defende a intimidade contra qualquer forma de perturbação.

No direito brasileiro, o direito à intimidade e à vida privada é reconhecido no artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, assim como na cláusula geral do artigo 21 do Código Civil brasileiro. É relevante notar-se, ainda, em relação ao ordenamento pátrio, que a Lei de Imprensa (Lei nº. 5250/67) foi o primeiro instrumento legislativo a tutelar expressamente o direito à intimidade e à vida privada.

Importante ressaltar que a ADPF 130, que posteriormente veio a revogar a Lei de Imprensa, reforçou, no âmbito da jurisprudência da Corte Maior, os valores de intimidade e da vida privada como limitações constitucionais ao direito de liberdade de informação e de expressão.

Se para a Constituição é conferido à intimidade *status* de Direito Fundamental, o ordenamento jurídico-penal classifica a intimidade e a vida privada como barreiras para a intrusão de outros em assuntos particulares, representados em nosso Código Penal nos Artigos 150 a 154-B, seccionados em crimes contra a inviolabilidade do domicílio, contra a inviolabilidade de correspondência e contra a inviolabilidade dos segredos, respectivamente.

Contudo, apesar do artigo 154-A ter sido instituído em razão de uma violação forçada à intimidade que resultou na divulgação de imagens de conteúdo sexual explícito, ainda se verifica certa omissão legislativa na tutela da intimidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro como um todo.

2.4 A (in)suficiência da delimitação jurídica acerca da intimidade e da vida privada.

Sem rodeios, o Direito à intimidade recebe atualmente tutela ineficiente, sobretudo nos recentes casos de crimes contra a honra cometidos em ambiente virtual ou mesmo nos gravíssimos casos de vingança pornográfica.

“Dano moral: fotografia: publicação não consentida: indenização: cumulação com o dano material: possibilidade. CF, art. 5º, X. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.” (RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-6-2002.)

A República Federativa do Brasil não foi a única a encontrar problemas em tentar definir o direito à intimidade. Como ressalva o professor Doutor Marcelo Cardoso Pereira em sua obra:

No âmbito legislativo espanhol, teve grande importância a revogada Lei Orgânica de Regulação do Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (Lei 5/1992), conhecida como LORTAD, a qual, em sua exposição de motivos, apresentava uma clara distinção entre intimidade e privacidade. De forma resumida, o legislador espanhol afirmava que a intimidade protegeria os aspectos mais singulares das pessoas enquanto que a privacidade consistiria em um conjunto de aspectos os quais careceriam de significado, se considerados isoladamente, mas que uma vez reunidos, poderiam revelar facetas da personalidade do indivíduo, as quais este possui o direito de proteger. (PEREIRA, 2005, 124)

A própria evolução do direito à intimidade no Direito espanhol levou o Tribunal Constitucional na orientação de sua jurisprudência a definir a intimidade, agora como um direito de controle do particular sobre os dados que são apresentados por meios informáticos.

El art. 18 CE no garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener una vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su

família. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, em los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. (STC 134/1999 de 15 de julho, FJ 5.)

A explosão legislativa sobre a intimidade e a vida privada não foi acompanhada por um desenvolvimento claro e profundo da doutrina. Não se está a dizer que não existem excelentes estudos sobre o tema, nem tampouco que há pequena quantidade de obras sobre assunto.

O que parece que falta é um consenso mínimo sobre o conteúdo dos valores intimidade e vida privada que impede um desenvolvimento razoável sobre os bens a serem tutelados pelo direito à intimidade e à vida privada na contemporaneidade.

Essa ausência de consenso mínimo possível apresenta, logo de início, sérios problemas, pois as ações e os sentimentos humanos protegidos variam, principalmente, conforme as inúmeras concepções sobre o direito à intimidade e à vida privada captadas pelos doutrinadores, assim como pelos significados criados pelos diversos juristas.

Tomem-se de exemplo algumas construções feitas – já analisadas anteriormente – pela doutrina contemporânea que trata do direito à intimidade e à vida privada. José Adércio Leite Sampaio, através de regras hermenêuticas de clarificação conceitual e normativa, acredita que o direito à intimidade e à vida privada apresenta-se como um direito à liberdade, sendo que a estrutura jurídica, de acordo com Robert Alexy: "[...] do objeto "liberdade" pode, à guisa de melhor elucidar o direito, ser vista como: "presente o suporte fático 'S' e não havendo proibição por uma norma jurídica formal e materialmente constitucional, então ocorrerá a consequência jusfundamental C: S e não R, então C"⁶⁶.

Sendo o suporte fático, substancialmente, um fazer ou não fazer permitido ou não proibido juridicamente de acordo com os princípios da

⁶⁶ SAMPAIO. *Op. Cit.*, p. 265

legalidade (art. 5º, II, CF), da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, caput, CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF), além das manifestações concretas desta por meio da expressão do pensamento (art. 5º, IV, CF), inviolabilidade da liberdade de consciência e da crença (art. 5º, VI, CF), da intimidade e vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, CF), dentre outras⁶⁷.

Por meio dessa construção, acredita-se que a referida análise, ao unir o conteúdo geral do direito à liberdade com o conteúdo principiológico, pode caminhar para construções adequadas sobre o direito à intimidade e à vida privada.

Em relação aos termos intimidade e vida privada, Sampaio pensa que - apesar de no Brasil, assim como nos países de língua espanhola, ambos os termos serem usados indistintamente -, através da análise do direito comparado e da etimologia das palavras, a intimidade é um extrato mais restrito da vida privada.

Assim sendo, o direito à vida privada seria composto pela liberdade sexual, pela liberdade da vida familiar e pela intimidade, além de outros aspectos de intersecção com outros bens ou atributos da personalidade.⁶⁸ Já o conceito de intimidade "cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma 'autodeterminação informativa' ou 'informacional'".⁶⁹

Sendo assim, o conteúdo desse direito seria a reserva dos atos e dados pessoais e familiares (principalmente os sentimentos, a conduta sexual, saúde, defeitos físicos, crenças e idéias políticas), por exemplo.

2.5 Novas tecnologias e desafios da tutela da intimidade

Desde o advento das *redes sociais* e dos programas de troca de mensagens por meio de um ambiente virtual, os reflexos do compartilhamento irrestrito de informações são estudados pelo universo do Direito, contudo, para os fins desta dissertação, não nos alongaremos em qualificar todos os tipos de

⁶⁷ *Id.*, *ibid.*

⁶⁸ *Id.*, p. 277-359

⁶⁹ *Id.*, p. 351

tecnologias acerca da troca de mensagens, visto que em tempos informáticos, estas tecnologias já são coisas do passado. A abordagem, então, terá como enfoque as tecnologias que permitem o anonimato e a preservação da identidade nos ambientes virtuais.

2.5.1 Crime e identidade na sociedade líquida

Bauman se refere ao período em que vivemos como modernidade líquida⁷⁰, sobretudo em razão da dificuldade que as gerações atuais têm para se firmarem em laços ou identidades duradouras. Para o sociólogo polonês, vivemos atualmente comunidades estéticas, que se reúnem em torno do entretenimento, de celebridades e de ídolos.

A construção de uma identidade está ligada ao meio social e cultural em que está inserido o indivíduo, e se dá em razão daqueles padrões de cada sociedade.

Dessa forma, a construção da identidade ocorre no interior de contextos sociais que determinam a posição dos agentes, orientando suas representações e suas escolhas. As identidades são, portanto, definidas com base em critérios culturais, históricos e institucionais. Assim, assumem papéis diferentes em sociedades diferentes, pois cada sociedade tem seus padrões culturais para gênero, sexualidade, raça e demais identidades sociais.⁷¹ (CAVALCANTI, acesso 2017. p. 7)

Entretanto, o que se vê no momento atual é que a construção da identidade tem se superado dos padrões impositivos regionais, pela facilidade de acesso à um repositório globalizado de informação. Para tanto, a noção de autoidentidade, encontrada na obra de Anthony Giddens é deveras importante para ser mitigada.

Os novos mecanismos de autoidentidade são constituídos pelas instituições da modernidade, mas também as constituem. O “eu” não é uma entidade passiva, determinada por influências externas; ao forjar as autoidentidades, independente de quão locais sejam os contextos

⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Zahar: Rio de Janeiro, 2001

⁷¹ CAVALCANTI, Maria Clara Catanho. **Identidade, discurso e ambiente virtual na pós-modernidade**. Portal de Periódicos da UFSM. Acesso em 15.1.2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/LeC/article/viewFile/28047/pdf>

específicos da ação, os indivíduos contribuem para (e promovem diretamente) as influências sociais que são globais em suas consequências e implicações.⁷²

Porém, as ferramentas que permitem a construção de uma autoidentidade internacional e globalizada, e podem levar *status* de celebridade a qualquer indivíduo no globo, também permitem a construção de múltiplas personalidades, uma vez que, intransponível a barreira do equipamento que se utiliza para acesso à Internet, qualquer um pode virtualmente assumir qualquer tipo de identidade.

Ora, assumir uma falsa identidade para atribuir vantagem ou para causar dano a outrem é crime previsto no Código Penal, em seu artigo 307. Tem menor potencial ofensivo, caracterizado pela pena de três meses a um ano, desde que o fato não constitua elemento de crime mais grave. A maior ocorrência se dá entre acusados, que diante da autoridade policial atribuem-se falsa identidade para esconder os maus antecedentes.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comete o delito previsto no artigo 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, *ex vi* do art. 5º, LXIII, da CF/88. (STJ, HC 88.998/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18-12-2007)⁷³

Contudo, essa é uma prática cada vez mais comum na Internet. Motivados por uma variedade de situações, pessoas entram em conjunto para cometer, sob o escudo de falsas identidades, uma miríade de crimes.

É o caso das ofensas raciais desferidas entre 2015 e 2016 contra a apresentadora Maria Júlia Coutinho. Em fotos de seus perfis pessoais na rede social *Facebook*, as ofendidas foram alvo de uma infinidade de comentários perniciosos e toda a sorte de impropérios, com ofensas diretas à sua identidade étnica e pessoal.⁷⁴

⁷² GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

⁷³ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo. Saraiva. p. 1327

⁷⁴ <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/07/comentarios-racistas-contra-maria-julia-coutinho-se-rao-investigados.html>

Na denúncia feita pelo Ministério Público de São Paulo, oito pessoas foram identificadas pela prática dos crimes, quatro delas menores de idade – inclusive um menor com 12 anos.

Os denunciados Érico, Rogério Wagner e Kaique Batista, administradores das referidas associações criminosas cibernéticas, então, pouco antes do dia 03 de julho de 2015, valendo-se dos mesmos modos de agir dos ataques cibernéticos anteriormente já realizados e bem sucedidos, comunicaram seus “soldados” sobre a necessidade de realizar o “ataque” e marcaram previamente dia e horários para tal, vale dizer, inicialmente induziram os demais membros de seus grupos e depois instigaram-nos a praticar crimes de racismo e também a tecerem comentários ofensivos à honra (com elementos de raça e cor) da jornalista, no que também foram atendidos, sendo certo que – de igual modo – todos eles, pessoalmente, também realizaram tais práticas criminosas juntamente com os adolescentes.⁷⁵

Para maximizar a abrangência e dar volume aos crimes, os denunciados e os adolescentes investigavam criavam várias identidades falsas para garantir uma verdadeira multidão virtual de agressores. O motivo, como desvelado pelo MP era “apenas” ganhar popularidade no ambiente virtual, superando assim outros grupos de “ataque” em redes sociais que se alastram pela rede.

A Safernet⁷⁶ é uma ONG que identifica e auxilia o combate contra o crime virtual e promove as boas práticas na Internet tem um dado alarmante.

Em 8 anos, a SaferNet recebeu e processou 3.606.419 denúncias anônimas, envolvendo 585.778 páginas (URLs) distintas escritas em 9 idiomas e hospedadas em 72.739 hosts diferentes, conectados à Internet através de 41.354 números IPs distintos, atribuídos para 96 países em 5 continentes. Ajudou 9.577 pessoas em 24 estados e foram atendidos 914 crianças e adolescentes, 1098 pais e educadores e 7326 outros adultos em seu canal de ajuda e orientação. Além disso, foram realizadas 452 atividades de sensibilização e formação de multiplicadores em 58 cidades, 20 estados, contemplando 15.162

⁷⁵ Denúncia do MPSP disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/06/DEN-Racismo-MAJU.pdf>

⁷⁶ <http://new.safernet.org.br/>

crianças e adolescentes, 18.234 pais e educadores e 865 autoridades, com foco na conscientização para boas escolhas online e uso responsável da Internet.⁷⁷

Atuando em todo o globo, os dados da Safernet são importantes para identificar um primeiro escopo de análise quanto à um dos grandes problemas da Internet. É moderadamente fácil criar uma identidade falsa online, uma vez que os programas e base de dados que promovem a criação de perfis verdadeiros não têm como distinguir se uma pessoa é falsa ou não, visto que tais dados são alimentados pelos próprios usuários. Há até tutoriais na web de como criar uma identidade falsa.⁷⁸

Costumeiramente, para o usuário comum, é relativamente fácil que se identifique a localização e o endereço do computador que foi utilizado para criar o perfil falso. O que se complica sobremaneira é o nível do usuário, que poderá utilizar ferramentas altamente tecnológicas, porém relativamente simples, para mascarar sua “identidade computacional”. É o caso de softwares como o TOR⁷⁹, ou The Onion Router, que utiliza um sistema de *relays* para pulverizar a identidade física do computador por todos os computadores que utilizam o mesmo programa, tornando imensamente difícil, senão impossível seu rastreamento.

Tais softwares foram construídos e idealizados seguindo diretrizes comuns que previam a circulação de liberdade de informação em nações e ordenamentos jurídicos onde a mera informação jornalística e o compartilhamento de informações é altamente regulado, senão proibido

O sistema TOR, que consiste em um programa de computador e uma rede aberta, foi idealizado para ser um sistema de defesa do usuário contra práticas espúrias de análise de dados e vigilância de rede por megacorporações ou governos que ameacem as liberdades individuais e privacidade.

Tor protege você quicando suas comunicações por meio de uma rede de retransmissores que são operados por voluntários por todo o globo.

⁷⁷ <http://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html> Acesso em 17.01.2017

⁷⁸ <http://www.wikihow.com/Fake-Your-Identity-Online>

⁷⁹ <https://www.torproject.org/>

Isso previne que alguém que monitore sua conexão de Internet saiba quais sites você visita, e previne também os sites que você frequenta de descobrirem sua localidade física.⁸⁰

Mas o que é certo é que a ferramenta é um poderoso sistema capaz de ocultar as verdadeiras identidades dos usuários de Internet, e gerar inúmeros problemas em se diferenciar aqueles que desejam fazer o bom e o mau uso dessas ferramentas tecnológicas.

2.5.2 O inimigo silencioso

Ao abordar o conceito de Beck sobre a sociedade de risco, viu-se que os riscos gerados pelas atividades tecnológicas produzidas pelo homem são, em sua grande maioria, não aparentes. O cidadão médio desconhece quais os riscos que a utilização de tecnologias pode oferecer.

Os riscos que a Internet pode trazer são inúmeros. Variam desde o roubo de identidade até a destituição de governos e guerra civil⁸¹. Se todas estas ameaças invisíveis ainda são desconhecidas da população geral, resta questionar ao fim e ao cabo, se o Direito Penal está preparado – há quem diga, atualizado – para as reaproximações dos indivíduos dos centros de poder.

Esse debate entre tendências reformadoras (modernizadoras) do Direito Penal e tendências de conservação dos princípios de Direito Penal clássico ocorre de maneira entusiasmada pelos defensores de cada uma das teorias.

O sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia, o Ministério Público e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os

⁸⁰ Tor protects you by bouncing your communications around a distributed network of relays run by volunteers all around the world: it prevents somebody watching your Internet connection from learning what sites you visit, and it prevents the sites you visit from learning your physical location.

⁸¹ O evento histórico conhecido como a Primavera Árabe se iniciou por movimentos e manifestações em redes sociais como o Twitter e o Facebook.

mecanismos do controle social informal (família, escola, mercado de trabalho, mídia)⁸².

As tendências de modernização do Direito Penal são aquelas que instam adaptar os conceitos clássicos da Ciência Penal, ao inflacionar os limites de atuação jurídico-penal e da pretensão punitiva do Estado. É o pensamento de modernização que é contido na obra de Schüneman, Gracia Martín e Jakobs.

Referendados pelas notícias diárias sobre violência, os cidadãos recorrem ao Estado para intervir e atuar em oposição aos delitos, que se torna superpoderoso, e alimenta cada vez mais diferenças entre os criminalizados e a sociedade, resultando no que Nils Christie chamará de *a indústria do controle do delito*⁸³.

Entendemos que en términos generales expansión y modernización del Derecho penal tienen un significado equivalente, siempre que se englobe bajo esa denominación a aquellas intervenciones punitivas que luchan contra la nueva criminalidad, esto es, aquella criminalidad que está asociada al nacimiento de nuevas realidades, nuevos intereses y nuevos riesgos. Nuevas realidades, intereses o riesgos que no tienen por qué estar necesariamente asociadas a avances tecnológicos o científicos, ni tienen que ser obligatoriamente de nuevo cuño en su aparición, puesto que cabe que fenómenos ya existentes se transformen profundamente como consecuencia de las características que tiñen la sociedad moderna⁸⁴.

Por outro lado, as tendências de resistência à modernização fazem frente ao inchaço do sistema penal e à flexibilização das garantias constitucionais penais defendidas pelas ideias modernizadoras, que tem à frente de suas fileiras Hassemer, Ferrajoli, Baratta e Silva Sanchez.

Aplicada la teoría del “Big Crunch” al Derecho penal, supondría una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar a un regreso a la situación existente en el momento del nacimiento del Derecho penal clásico, circunscrito a la tutela directa de bienes

⁸² ANDRADE, Vera. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. 181 p.

⁸³ CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito**. Buenos Aires: Del Puerto. 1993

⁸⁴ GRACÍA, Martín *apud* JIMENEZ DIAZ, María José. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 9 de octubre 2014, p. 5

altamente personales y del patrimonio. En ella se encuadraría, por tanto, la Escuela de Frankfurt que se expondrá a continuación y, también, aunque en una versión matizada y más acabada, la postura de Silva Sánchez que se analizará más adelante.⁸⁵ (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, apud DIAZ. 2014 p. 6)

É certo que este debate ainda está longe de seu fim no *télos* da Ciência Penal, contudo uma visão amplíssima do Direito Penal sobre o desenvolvimento tecnológico do presente e as possibilidades do futuro, deverá lançar nova luz aos argumentos feitos por ambos os lados.

2.5.3 *Internet profunda e escura*

Com a evolução das tecnologias no século XXI, o comércio de drogas encontrou guarida também em novas formas de transação, retirando por vezes, a necessidade que teria o usuário de drogas em manter contato direto com a organização criminosa. A internet teve seu papel fundamental em aproximar vendedor e comprador sem as barreiras habituais do espaço, onde a presença no mundo virtual é comparável à presença do mundo físico.

A própria característica despersonalizada da Internet torna difícil o controle sobre as práticas criminosas que acontecem no mundo virtual, e a expressão máxima deste universo refratário à Lei é o que se conhece no jargão tecnológico como *Deep Web*.

O termo, cunhado por Michael Bergman, representa uma porção do conteúdo disponível na Internet que não está acessível através de *sites* de pesquisa e busca online⁸⁶. Em seu artigo de 2001, compara um buscador online à um barco de pesca, que ao arrastar sua rede pelo oceano, captura peixes até onde a rede alcança, mas que deixa de fora a maioria da vida aquática⁸⁷.

⁸⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, apud JIMENEZ DIAZ, Maria José. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 9 de octubre 2014, p. 6

⁸⁶ Google, Yahoo, Bing são hoje os buscadores mais populares. Excite, Altavista e Amazon já foram sites que indexavam conteúdo esparso na internet.

⁸⁷ Bergman, Michael K. **The Deep Web: Surfacing Hidden Value**. Disponível em <http://brightplanet.com/wp-content/uploads/2012/03/12550176481-deepwebwhitepaper1.pdf> Acesso em 16.7.2016

Dados mais recentes estimam que 96% do conteúdo da Internet não seja indexado, o que torna a porção da *Surface Web*⁸⁸ ínfima perto daquilo que não conseguimos ver quando se acessa um computador online. O conteúdo não indexado varia desde postagens em diários virtuais e páginas privadas (onde se é necessária uma senha para acessar) até informações bancárias, de banco de dados ou arquivos criptografados que trafegam pela rede⁸⁹.

Além do conteúdo técnico que a *Deep Web* representa, há alguns endereços eletrônicos que não são acessíveis nem mesmo por navegadores comuns. Esse conteúdo inacessível, denominado *Dark Web*, refere-se a qualquer página da internet que resida em uma camada separada do conteúdo de internet. Para acessar um site *Dark Web* dois requisitos devem ser cumpridos⁹⁰.

O mais simples deles é saber o exato endereço de onde se quer chegar, haja vista que não há, na *Dark Web* um buscador ou recurso similar ao Google, o que torna a experiência difícil para o usuário comum. O veículo de tráfego é que se torna o requisito ainda mais complicado. É necessário um navegador especial, como o TOR⁹¹. De acordo com o site www.torproject.org, o programa visa garantir anonimato de um usuário que deseja se comunicar pela Internet, já que muitas vezes, as informações da *Deep Web* e da *Surface Web* podem ser rastreadas caso se origine de um navegador comum.

Enquanto liberdades individuais e privacidade são objetivos admiráveis dos criadores e administradores da rede TOR⁹², a habilidade de trafegar na Internet em completo anonimato nutriu uma plataforma ideal para atividades que são consideradas ilegais na maioria dos países, como por exemplo, tráfico de drogas e armas, pornografia infantil, divulgação de informações sensíveis, lavagem de dinheiro, pirataria, fraudes de cartão de

⁸⁸ Porção da rede mundial de computadores que é acessível através dos buscadores online.

⁸⁹ STONE, Jeff. **Meet The Deep Web: Inside The Hidden Internet That Lies Beyond Google**. Disponível em <http://www.ibtimes.com/meet-deep-web-inside-hidden-internet-lies-beyond-google-1725784>. Acesso em 16.7.2016

⁹⁰ Whitepaper. **Understanding the deep web in 10 minutes**. EUA: Brightplanet. 2013. Acesso em 16.7.2016

⁹¹ TOR é o acrônimo para *The Onion Router*, um programa de computador que usa tecnologia de ponta para tornar o usuário invisível para os programas de vigilância que existem na Internet.

⁹² Disponível em <https://www.torproject.org/about/overview.html.en#whyweneedtor>. Acesso em 16.7.2016

crédito, roubo de identidade e falsificação de documentos governamentais e internacionais.

2.5.4 Sociedade de Risco Virtual

O paradigma penal das sociedades democráticas do nosso tempo, construído a partir das ideias iluministas, baseia-se na tutela subsidiária de bens jurídicos. Todavia, as mudanças sociais e tecnológicas trazidas pela transição do milênio questionam a constância de tal paradigma.

Com efeito, a sociedade contemporânea tecnológica trouxe novos riscos que, pela sua imprevisibilidade e incontrolabilidade, são distintos daqueles que o passado revelara: o desenvolvimento de armas nucleares, a destruição de ecossistemas em grande escala, as questões suscitadas pela engenharia e manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a instabilidade dos mercados económicos e financeiros, a criminalidade organizada, o terrorismo, e mais recentemente, os riscos virtuais de privacidade e compartilhamento de informações.

Estes novos riscos ficaram conhecidos, no trabalho de Ulrich Beck⁹³, como os riscos da segunda modernidade, em contraposição aos riscos residuais próprios da sociedade industrial desenvolvida a partir da segunda metade do século XIX.

No entanto, verificamos uma interrogação: em que medida se diferenciam os riscos próprios desta segunda modernidade que atribuíram à sociedade contemporânea o epíteto de "sociedade do risco"? E quais os riscos que se derivam dos exagerados relacionamentos virtuais?

Estes novos riscos distinguem-se dos chamados riscos tradicionais, bem como dos riscos próprios do desenvolvimento industrial, não tanto de uma perspectiva qualitativa mas, antes, por via da sua grandeza catastrófica. A humanidade agora tem capacidade e consciência que gera riscos com uma amplitude global e simultaneamente dotados de uma intensa

⁹³ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Buenos Aires: Paidós. 1998

velocidade. Em consequência, aumentou a procura de mecanismos de segurança, de prevenção e, nos últimos tempos, de precaução.

A questão primordial, fonte de profundas divisões na doutrina, é a de saber qual o papel que cabe ao direito, e, em particular, ao direito penal e aos seus instrumentos, na defesa social dos novos riscos. Por estas divisões que se busca na contemporânea doutrina penal uma resposta no sentido de exigir a intervenção do direito penal em linhas modernas.

Contudo, por mais que se possa entender, lexicamente, que a palavra “modernização” traz contida em si alguma ideia de evolução, a Doutrina Penal contemporânea se diverge entre duas tendências. As reformadoras que preveem a flexibilização de determinadas garantias penais para comportar as proteções necessárias à riscos modernos, e; as conservadoras da ciência penal, que se referem à necessidade de um Direito Penal que garanta os direitos e garantias fundamentais e comporte o efetivo respeito ao máximo de liberdade individual com a necessária proteção estatal.

JIMENEZ DIAZ se vale do conceito de MENDOZA BUERGO⁹⁴, para afirmar que as características que definem a sociedade de risco são três: a mudança potencial dos perigos atuais, a complexidade de se imputar relações de responsabilidade e a sensação de insegurança geral.

A primeira característica relaciona-se ao fato de que os novos perigos são artificiais, isto é, criados pelo homem, diferentes dos antigos perigos que eram naturais, como doenças ou catástrofes. Outro ponto levantado pelo autor é que o potencial de causação de dano destes novos perigos artificiais atinge grandes dimensões, inclusive arriscando a existência da humanidade como tal.

Estes riscos são consequências do progresso tecnológico. Apesar da maioria dos avanços tecnológicos da modernidade se realizam na busca de objetivos e efeitos primários positivos, há o crescente risco de efeitos secundários negativos, não antes previstos ou mesmo desconhecidos completamente pela sociedade.

⁹⁴ JIMENEZ DIAZ, Maria José. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 9 de octubre 2014, p. 2 a 4

Um exemplo real é a controvérsia entre a empresa de tecnologia médica St. Jude Medical Inc. e a empresa de cibersegurança MedSec Holdings. A empresa médica é fabricante de marcapassos ultramodernos, que fazem a leitura e avaliação dos batimentos cardíacos de seu paciente em tempo real, por um sistema conectado à Internet.

A empresa de cibersegurança gravou quatro vídeos, e, em cada um deles demonstra uma forma diferente de acessar o controle do marcapasso do paciente, possibilitando seu desligamento imediato, controle de ritmo dos batimentos cardíacos e a possibilidade de desferir choque elétrico letal. Para tanto se utilizou somente de um laptop e um cabo USB/Ethernet.⁹⁵

A segunda característica da sociedade de risco, segundo MENDOZA BUERGO, é a complexidade de se organizar as relações de responsabilidade. Esta complexidade se apresenta na dificuldade de descobrir ou no completo desconhecimento do nexo de causalidade entre o autor da ação, a conduta e o potencial resultado danoso.

O site *wikileaks* publicou recentemente uma série de quase nove mil documentos provenientes de uma rede segura do Centro para Inteligência Cibernética da CIA (Agência Central de Inteligência do Governo Americano). Nestes documentos, intitulados de Vault 7⁹⁶, que nada mais são do que a descrição de todas as ciberarmas que foram desenvolvidas e são utilizadas pela agência.

Dentre as ciberarmas, destacam-se os trojans e “zero day exploits”, que ficam dormentes nos aparelhos eletrônicos e produtos de software de todas as grandes companhias tecnológicas americanas, como Google, Apple, Microsoft, Amazon, entre outras. Estes mecanismos são ativados apenas quando comandados, causando resultados que varia de mera espionagem e roubo de informações até a destruição remota de aparelhos.

Há um rumor de que com o vazamento dessas ciberarmas, um número indeterminado de hackers criou o vírus Wannacry, que se trata de um ransomware (um malware que “sequestra” arquivos das máquinas ao

⁹⁵ Disponível em <http://www.profitsoverpatients.com/>. Acesso em: 24/04/2018

⁹⁶ <https://wikileaks.org/ciav7p1/>

criptografá-los, e, posteriormente, pedem dinheiro para devolver os arquivos). Dados demonstram que a infecção virtual se alastrou por 125 mil empresas entre 150 países⁹⁷. Os cibercriminosos ainda não foram identificados.

A terceira e última característica é a crescente sensação de insegurança face aos novos perigos, que se faz presente mesmo que os perigos não sejam reais. Isso faz com que os cidadãos amedrontados reclamem cada vez mais proteção ao Estado, frente aos riscos e a provisão de segurança.

Em 2017, um grupo de especialistas em robótica e inteligência artificial escreveu uma carta para a Organização das Nações Unidas (ONU) pedindo a proibição de robôs dedicados à guerra. O documento traz a assinatura de Elon Musk, o bilionário fundador da fabricante de carros autônomos Tesla e de foguetes Space X, considerado uma das pessoas mais inovadoras do planeta. O empreendedor Mustafa Suleyman, cofundador da companhia de inteligência artificial DeepMind, do Google, é também um dos signatários do manifesto.

As armas autônomas, uma vez desenvolvidas, permitirão que conflitos armados sejam travados em uma escala maior do que nunca, e em escalas de tempo mais rápidas do que os humanos podem compreender. Estas podem ser armas de terror, armas que os déspotas e os terroristas usam contra populações inocentes, e **armas hackeadas** para comportar-se de maneira indesejável. Não temos muito tempo para agir. Quando a caixa de Pandora se abrir, será difícil de fechar.⁹⁸

Em conclusão, admite-se que os riscos do ambiente virtual não podem ser excluídos face ao Direito. Ao Direito Penal se questiona como – ou se a Ciência Jurídico-Penal é capaz de – estabelecer um sistema de proteção ao risco coletivo e individual sem que isso implique em impedir ou constrianger o exercício das liberdades individuais.

⁹⁷ Disponível em <https://www.datto.com/wannacry>. Acesso em 24.04.2018

⁹⁸ Disponível em <https://futureoflife.org/autonomous-weapons-open-letter-2017/>. Tradução e grifo do autor.

3 PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL

As relações interpessoais no século XXI são orientadas pela excessiva globalização e popularização dos meios de comunicação. A modernidade líquida a que se refere Zygmunt Bauman⁹⁹, trouxe para os tempos atuais a noção de efemeridade nas relações interpessoais, que, segundo o sociólogo, caracteriza problemas graves no tecido antropológico cultural da sociedade, porquanto a essas relações faltam atributos como respeito, honra, fidelidade e duração do vínculo.

Na era da informação, a Internet tem papel fundamental na divulgação e transmissão de mensagens em tempo real. Sua fundação como rede de comunicação militar e de defesa em nada tem a ver com a proliferação de um mundo cada vez mais conectado à rede mundial de computadores. A internet hoje é rápida, onipresente e cada dia que passa há novos meios de se conectar. Praticamente tudo que possa fazer em termos de relações humanas pode ser feito por meio do protocolo de informações da web. De compras a relacionamentos, de entretenimento a trabalho.

No século XXI o Direito também não fica de fora do escopo desta aldeia global virtual, haja vista as crescentes tentativas de se configurar juridicamente as relações sociais que ali acontecem. Nesse sentido, a internet é um reflexo do mundo real, o que em outras palavras não devemos esperar mais da Internet do que esperamos do mundo real¹⁰⁰.

Assim, não pôde se quedar o Direito de englobar o fenômeno sociocultural antropológico que é a Internet, nas quais as preocupações iniciais – antes da era das redes sociais – restavam na segurança dos dados e nas relações comerciais. Foi com o advento das redes sociais – como o extinto Orkut e o atual Facebook – que as relações humanas interpessoais deram um passo maior na direção da pós-modernidade. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman define a era em que atual como a da modernidade líquida, caracterizada pela efemeridade das relações humanas, e na liquefação da confiança e dos relacionamentos. Doravante, com o surgimento das redes sociais, os espaços de aceitação pessoal se tornaram globais, disponíveis de maneira atemporal nos

⁹⁹ BAUMANN. *Op. Cit.*, 2001

¹⁰⁰ PEREIRA. *Op. Cit.*, 2005. p. 258

endereços eletrônicos. Não há horário de funcionamento, o que permite que os perfis e mensagens instantâneas sejam compartilhados imediatamente.

Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade fluida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas¹⁰¹.

Ainda que a partilha de dados e informações evoluiu para níveis previstos apenas pelos mais criativos escritores de ficção científica, a tecnologia material também atingiu proporções extraordinárias. O que antes era necessário um sem número de equipamentos e tecnologias de última geração, atualmente os celulares e smartphones tomaram conta da mídia e simplificaram os requisitos para produção de conteúdo.

3.1 Conceito Fático

Um dos crescentes problemas jurídico-penais desta nova modalidade de interferência nas relações humanas é o da pornografia não consensual. O trabalho de juristas internacionais para qualificar esta conduta é solene, e a americana Dra. Mary Anne Franks, presidente do Cyber Civil Rights Initiative é titular na orientação de criação legislativa para o fenômeno da pornografia não consensual. A professora da Universidade de Miami conceitua:

Pornografia não consensual envolve a distribuição de imagens sexualmente explícitas sem seu consentimento. Isto inclui imagens obtidas sem seu consentimento (por exemplo, gravações ocultas ou durante ato de violência sexual) bem como imagens obtidas originalmente com consentimento, comumente no contexto de uma relação íntima e confidencial.¹⁰²

Longe da esfera do teórico, verifica-se que na prática, são inúmeras e das mais variadas as ocorrências de divulgações de imagens

¹⁰¹ BAUMANN, *Op. Cit.*, 2001 p. 15

¹⁰² Nonconsensual pornography involves the distribution of sexually graphic images of individuals without their consent. This includes images originally obtained without consent (e.g., hidden recordings or recordings of sexual assaults) as well as images originally obtained with consent, usually within the context of a private or confidential relationship (CITRON; FRANKS. 2014, p. 102)

sexualmente explícitas sem o consentimento da vítima, fenômeno relativamente antigo no Direito.

Para que sejam atingidos os objetivos metodológicos desta pesquisa, principalmente no que tange à maneira como diferentes ordenamentos jurídicos se posicionam em relação ao problema da pornografia não consensual, utilizaremos em certa correlação o método estatístico:

[...] que se fundamenta nos conjuntos de procedimentos apoiados na teoria da amostragem e, como tal, é indispensável no estudo de certos aspectos da realidade social em que se pretenda medir o grau de correlação entre dois ou mais fenômenos¹⁰³.

O acontecimento é cotidiano. Duas pessoas jovens se conhecem por meio de um aplicativo de relacionamentos ou através de uma rede social virtual. Moram distantes um do outro, ensaiam um encontro por meses, até que chega o momento em que se conhecem pessoalmente. Enamorados, se relacionam sexualmente. À distância que retorna, aparecem os problemas comuns. A libido do casal aumenta e eles concordam na realização do chamado “sexo virtual”.

Um dos parceiros grava o outro em situação de nudez explícita. E algum tempo depois, o relacionamento – efêmero ou não – termina. O parceiro resolve publicar as fotos íntimas sem o consentimento do outro, para mostrar a conquista como quem mostra um troféu. O outro lado, sem reação, perante sua nudez desvelada na rede mundial de computadores passa a sofrer ameaças, convites indecorosos, preconceito de amigos e familiares. É demitido do emprego. Motivo de riso. Sem saída, tira a sua própria vida.

O acontecimento se dá em várias localidades do globo, e não sem suas doses de consequências trágicas. Em sua grande maioria, envolve vítimas mulheres e adolescentes¹⁰⁴, que na constância de um relacionamento amoroso se deixaram fotografar e depois tiveram suas imagens tornadas públicas.

¹⁰³ FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. São Paulo: Saraiva, 2006: p. 48

¹⁰⁴ Pesquisa feita pela Cyber Civil Rights Initiative em 2015 encontrou que 90% das vítimas de pornografia de vingança eram mulheres, e 27% delas tinham entre 18 e 22 anos de idade. (FRANKS, Mary Anne. *Drafting an effective revenge porn law: a guide for legislators*. Miami: University of Miami School of Law. 2015 p.9).

À título de ilustração, em 2013 ocorreram dois casos que culminaram no suicídio das vítimas que tiveram suas fotos expostas em redes sociais, ambas mulheres e adolescentes.

Uma adolescente gaúcha, que teve suas fotos íntimas divulgadas tirou sua própria vida horas depois que ficou sabendo que sua nudez estava exposta na rede mundial de computadores.

PORTO ALEGRE – Uma adolescente de 16 anos cometeu suicídio na tarde da última quinta-feira, na cidade de Veranópolis, na serra gaúcha, depois que fotos em que aparecia com os seios à mostra se espalharam pelas redes sociais. A hipótese da polícia é que as imagens tenham sido captadas por uma webcam durante uma conversa com um ex-namorado, que também teria distribuído as fotos pela internet.

O rapaz teria divulgado as imagens, captadas há cerca de seis meses, pelo Twitter e pelo Facebook no início da semana passada depois de terminar o relacionamento com a garota. Os dois eram colegas no segundo ano do ensino médio e terminaram o namoro há cerca de um mês. De acordo com as primeiras informações da polícia, a adolescente foi avisada por uma amiga sobre as fotografias e encontrada morta em casa poucas horas depois. (Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/jovem-comete-suicidio-depois-de-ter-fotos-intimas-vazadas-na-internet-10831415>, 2013. Acesso em 16/04/2017)

No Piauí, outra jovem tirou sua própria vida após se desculpar dos pais nas mesmas redes sociais em que circulou seus vídeos.

TERESINA (PI) - A adolescente J.R., de 16 anos, cometeu suicídio no último domingo, de seu quarto na casa de sua família em Parnaíba (345 km de Teresina) depois que circulou na internet um vídeo com imagens de uma relação sexual entre ela, um homem e outra adolescente.

Após a repercussão do vídeo nas redes sociais, J.R. anunciou seu suicídio em sua conta no Twitter, onde pediu desculpas aos pais. A Polícia Civil de Parnaíba abriu inquérito para investigar as circunstâncias da morte da adolescente. (Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/adolescente-se-mata-apos-ter-video-de-sexo-com-um-casal-divulgado-na-internet-10782350#ixzz4nHGSY6n>. 2013, Acesso em 16/04/2017).

Tais ilustrações são importantes para a percepção de similaridades entre os casos ora retratados, uma vez que é fundamental que se consiga vislumbrar certos comportamentos para que se possa definir, de fato e juridicamente, do que se trata a pornografia não consensual e suas formas derivadas, como a pornografia de vingança.

Sem dúvidas, os casos aqui representados, por envolverem mulheres menores de idade encontram resposta em nosso ordenamento jurídico-penal na Lei 8.609/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata com plena clareza o ilícito. Constitui-se crime contra a criança e o adolescente:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. (BRASIL, Lei 8.609/1990)

Pela clareza do texto legal, pode-se afirmar que não há dúvidas acerca da tutela jurídica do acontecimento aqui estudado. Essa afirmação, entretanto, não pode ter subsistência para os demais limites desta obra. Os exemplos, contudo, são de grande valor metodológico para este trabalho, uma vez que são utilizados como hipóteses do problema empírico.

Justifica-se nessa situação, o uso do método de abordagem hipotético-dedutivo, desenvolvido por Karl Popper¹⁰⁵. Para tanto, matérias jornalísticas porventura colacionadas servirão de hipótese da qual partirão os enunciados do processo de falseamento. Isto se torna especialmente importante para a consecução dos objetivos desta pesquisa, uma vez que sua finalidade é tentar definir um fato jurídico supostamente ilícito ainda sem resposta jurídica.

Dessa maneira, os enunciados básicos desempenham dois papéis diferentes. De uma parte, utilizamos o sistema de todos os enunciados básicos, logicamente possíveis, para, com o auxílio deles, conseguir a caracterização lógica por nós procurada – a da forma dos enunciados empíricos. De outra parte, os enunciados básicos aceitos constituem o fundamento da corroboração de hipóteses. Se os enunciados básicos aceitos contradisserem uma teoria, só os tomaremos como

¹⁰⁵ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 16ª Ed. São Paulo: Cultrix. 2008

propiciadores de apoio suficiente para o falseamento da teoria caso eles, concomitantemente, corroborarem uma hipótese falseadora.¹⁰⁶

De certo, o melhor instrumento procedimental para deduzir as hipóteses criadas pelas matérias jornalísticas, e conseqüentemente proceder à análise destas similaridades e de outras ocorrências do fato jurídico aqui estudado é a Tópica, que se trata, segundo VIEHWEG de “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo”.¹⁰⁷

Utilizar a tópica neste trabalho, aliada ao estudo dos casos faz-se necessário, até mesmo para superar as dificuldades metodológicas que a pesquisa de jurisprudência traria, em razão dos processos que envolvam adolescentes e crimes sexuais cursarem em segredo de justiça. Noutra ponta, esta liberdade que traz o método de Popper é sobremaneira relevante para que as finalidades deste texto sejam atingidas.

[...] espero que as propostas se tornem aceitáveis para os que apreciam não só o rigor lógico, mas também a ausência de dogmatismos; para os que se importam com as aplicações práticas, mas se interessam ainda mais pelas aventuras da ciência, pelas descobertas que, uma após a outra, nos acareiam com novas e inesperadas perguntas, obrigando-nos a tentar encontrar respostas novas e insuspeitadas¹⁰⁸.

Finalmente, para que se possa abandonar as meras ilustrações e buscar o cerne desta seção, recorre-se à lição de Antônio Junqueira de Azevedo acerca do fato jurídico. Vejamos:

Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. A incidência da norma, determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo

¹⁰⁶ POPPER. *Op. Cit.*, p. 92.

¹⁰⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora UnB. 1979, p. 17

¹⁰⁸ POPPER. *Op. Cit.*, p. 39

jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, *eficácia jurídica*.¹⁰⁹

AZEVEDO¹¹⁰ sugere que, para que um fato possa denominar-se de fato jurídico, é “preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (*plano da existência*); depois, suposta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (*plano da eficácia*)”.

Para o plano da existência, não se encontra dificuldades para obter inúmeras ocorrências da divulgação indevida de material íntimo pela rede mundial de computadores.

Após ter imagens íntimas vazadas pelo ex-namorado, em 2006, a jornalista Rose Leonel, 46, perdeu o emprego, teve que mandar o filho de 12 anos morar com o pai no exterior e quase foi “linchada” em sua cidade, Maringá, no Paraná¹¹¹.

Contudo, não basta apontar alguns fatos ocorridos e simplesmente enquadrá-los no problema aqui disposto. Para que o fato possa ser analisado nesse trabalho, não basta unicamente que haja a divulgação de material íntimo na rede mundial de computadores.

Por esta razão, em sede preliminar que podemos eliminar algumas dúvidas que surgem sobre a questão, antes de realizar, em capítulo posterior, análise pormenorizada da hodierna tutela jurídico-penal quando o assunto se trata de pornografia não consensual.

O primeiro questionamento relevante que se pode fazer, é o da origem do material. Para os fins desta obra, deve-se descartar os fatos que têm como referencial teórico a Lei 12.737 de 2012¹¹². A referida lei tipifica o delito de invasão de dispositivo informático, no artigo 154-A do Código Penal.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de

¹⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 23

¹¹⁰ Id., p. 24

¹¹¹ Disponível em, <http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>. Acesso em 29.06.2017

¹¹² A lei ficou conhecida como Lei Carolina Dieckman após a atriz ter suas fotos divulgadas na web depois de hackers invadirem seu computador. (Disponível em: <http://g1.globo.com/pop-arte0/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>. Acesso em 29.06.2017)

segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

De especial destaque a qualificadora incutida no parágrafo 3º do referido dispositivo, cuja prescrição se segue:

§3º. Se da invasão resultar a obtenção de **conteúdo de comunicações eletrônicas privadas**, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

Neste caso, a intenção do legislador foi criminalizar a conduta comissiva do autor, em utilizar-se de subterfúgio eletrônico para extrair de maneira espúria as informações pretendidas – no caso em estudo, o conteúdo íntimo.

[...] o presente projeto de lei busca equilibrar as penas previstas segundo a gravidade das condutas, hierarquizando, a partir de um tipo principal, os patamares de penas aplicáveis a partir dos resultados danosos obtidos pela prática dos atos tipificados - e, obviamente, buscando harmonizar as penas previstas com as já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Busca, tanto quanto possível, orientar as tipificações a partir de um fim especial de agir, consistente na intenção consciente do agente em praticar determinada modalidade de atividade danosa a terceiro. Reinsere as condutas tipificadas na lógica atual dos bens jurídicos penalmente tutelados pelo ordenamento, evitando a expansão desnecessária da proteção penal para novas searas. Acrescenta como elementos básicos do tipo critérios de verificação - de modo, de meio, de finalidade - para que se verifique a conduta como efetivamente punível, buscando assim mitigar os efeitos indesejados de uma tipificação demasiadamente aberta sobre condutas sociais corriqueiras. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 2.793/2011)

Casos como o da atriz Carolina Dieckman e do ator Stênio Garcia e sua esposa Marilene Saade¹¹³, por mais que se enquadrem

¹¹³ Imagens do ator Stênio Garcia e da mulher dele, Marilene Saade, nus têm sido divulgadas em redes sociais desde o começo desta quarta-feira (30). As fotos mostram o casal diante de um espelho. (Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/me-senti-estuprada-diz-mulher-de-stenio-garcia-sobre-fotos-vazadas.html>. Acesso em 29.06.2017)

conceitualmente na definição de *pornografia não consensual*, a ser proposta logo adiante, não podem configurar no problema levantado por este trabalho, que reside na comunicação prévia e legítima do conteúdo privado. Justifica-se então sua exclusão – ao menos para a análise pretendida por este trabalho – de ocorrências de divulgação de conteúdo íntimo que advenham da atuação de terceiros para a extração indevida destas fotos, em razão da atual criminalização do ato ilícito pela norma vigente.

Uma breve segunda indagação se faz presente sobre a ocorrência ora estudada, que tem como parâmetro a idade da vítima fotografada. Como já exposto anteriormente, a divulgação de material pornográfico que envolva criança e adolescente é crime grave, tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁴. A perfunctória indagação também não se faz pertinente para o problema desta obra, pois já se encontra normatizada no outrora mencionado artigo 241-A da Lei 8.069 de 1990.

Em contraste, a terceira reflexão é a primeira que se propõe frente ao problema de pesquisa, que é referente à qual pessoa que de fato procurou expor na rede mundial de computadores o conteúdo íntimo. Nesse sentido, um caso ocorrido na Itália pode ser peça-chave para análise do fato. Esta ocorrência é sobremaneira mais próxima ao problema estudado no âmbito deste trabalho, pois se trata do limite do consentimento dispensado inicialmente pela vítima.

Uma mulher de 31 anos se suicidou em Nápoles, na Itália, após um vídeo íntimo ter sido vazado e replicado por mais de 100 mil páginas da internet. [...] O caso começou há alguns meses, **quando Tiziana compartilhou a gravação com poucos amigos em uma rede social**. Não apenas a mulher teria dividido as imagens, mas somente o vídeo dela foi divulgado por um dos membros desse grupo. Assim, iniciou uma reação em cadeia da gravação e o vídeo foi replicado por milhares de outras redes sociais e para sites de pornografia.¹¹⁵

¹¹⁴ Artigo 241-A da Lei 8.609/90

¹¹⁵ Disponível em <http://noticias.r7.com/internacional/italiana-se-suicida-apos-ter-video-intimo-vazado-na-internet-14092016>. Acesso em 29.06.2017

3.2 Conceito Teórico

O termo central da controvérsia deste estágio é o *consentimento*. Na proposição hipotético-dedutiva aqui pretendida por este trabalho, é de relevância indiscutível que se estabeleça, ao menos preliminarmente¹¹⁶, os limites do consentimento do ofendido com seu material íntimo, e sua correlação com a natureza da intimidade e da vida privada, direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil e bens jurídicos passíveis de proteção frente ao ordenamento jurídico-penal, especialmente pelo Código Penal.

Consentâneo à definição etimológica do que se trata o consentimento, encontra-se lição de PIERANGELI¹¹⁷, “a palavra consentimento vem do latim *consentire* e, no seu sentido originário exprime a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião”. Desse modo, estabelece-se que consentimento exige que as duas – ou mais – partes de determinada relação estejam de acordo com os possíveis efeitos de sua convenção.

Como estuda STARLING¹¹⁸, pela Filosofia do Direito, o consentimento manifestado pelo titular do bem jurídico era tratado como negócio jurídico¹¹⁹, que teria resguardo no âmbito privado do direito das obrigações, em que o consentimento firmaria para o titular do bem jurídico a obrigação de suportar sua perda ou deterioração¹²⁰. Nas relações civis, portanto, o consentimento reflete como uma expressão plena da capacidade do indivíduo capaz, em concordar com um contrato ou negócio jurídico.

Contudo, nas relações penais, o consentimento está expressamente relacionado com a disposição de determinado bem jurídico, podendo resultar em um afastamento da sanção pelo descumprimento de norma

¹¹⁶ O trabalho irá dedicar capítulo específico para tratar com detalhamento necessário a teoria do consentimento, da intimidade e da vida privada. Destaca-se que este primeiro contato serve para estabelecer linhas tópicas, *ou topoi*, para facilitar o estudo posteriormente realizado.

¹¹⁷ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76

¹¹⁸ STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. Belo Horizonte: UFMG, 2014

¹¹⁹ PIERANGELI, op. cit., p. 76

¹²⁰ STARLING, op. cit., p. 33

tipificada como crime. De acordo com o magistério de Alessandra GRECO¹²¹, “consentimento pode ser entendido como concordância, aceitação, manifestação de vontade, ou seja, em termos penais, traduz a ideia de que a vítima permita a conduta do agente”.

Assim, em sede preliminar, pode-se entender que o consentimento de divulgação de material íntimo encontra-se na disponibilidade que o retratado faz de sua própria imagem. Contudo, há que se considerar na vontade do agente a limitação territorial daquele consentimento dado. Na conclusão de STARLING¹²², “o consentimento é considerado, portanto, mero ato jurídico que atribui a seu destinatário um poder de agir, sendo sempre revogável.

É nessa revogabilidade do consentimento que permeia a limitação territorial supramencionada. Por ser ato expresso de vontade entre as partes, seja na esfera privada ou penal, a transmissão de imagem íntima pode – e deve – limitar-se ao alcance pretendido pelo transmissor.

No caso de Tiziana, como grifamos anteriormente, a italiana se fotografou e se filmou em situação de nudez, e *divulgou* a si mesma em um grupo restrito de amigos. Tiziana portanto, *consentiu* expressamente que tais imagens deveriam permanecer restritas a aquele círculo.

Para concluir este terceiro questionamento tópico, ressalta-se – ressalvada a natureza preliminar neste momento – a correlação entre a limitação do consentimento e a tutela da intimidade em nosso ordenamento jurídico. Portanto, deve partir da Constituição de 1988 a primeira prescrição normativa:

Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Ou seja, é inafastável que a tutela da intimidade e da privacidade encontram arcabouço constitucional, por se tratarem de direitos inerentes ao

¹²¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84-85

¹²² STARLING. *Op. Cit.*, p. 35

indivíduo. Assim, a visão de Claudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra¹²³ toma relevância, posto que:

“[...] a aceitação de que o direito à privacidade e à intimidade, pertencentes e inerentes ao indivíduo, é decorrência lógica da implementação do princípio constitucional da proteção da dignidade humana, como instrumento fundamental, eis que tanto a vida privada, por envolver todos os relacionamento da pessoa, inclusive seus objetivos, suas aspirações e seus desejos, quanto a intimidade, em razão de circundar as relações subjetivas de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, fazem parte de sua estrutura.¹²⁴

Na esfera do direito privado, a intimidade é importante fundamento aos direitos de imagem do indivíduo, que na instrução de Maria Helena Diniz (2004, p. 38)¹²⁵, preconiza que “o direito à imagem é o de não ver sua efigie exposta em público ou mercantilizada intelectualmente, causando dano a sua reputação”. Sendo assim, complementa a autora:

“Não se pode negar que o direito à privacidade ou à intimidade é um dos fundamentos basilares do direito à imagem, **visto que seu titular pode escolher como, onde e quando** pretende que sua representação externa (imagem-retrato) ou sua imagem-atributo seja difundida”. Grifo nosso.¹²⁶

Antes de adentrar na esfera penal, faz-se mister confirmar que o *consentimento* de exposição de sua imagem (e conseqüentemente de sua intimidade) deve compreender também quais as limitações territoriais que tal exibição comporta.

No âmbito do Direito Penal, as implicações do *consentimento do ofendido* constituem-se seguramente distintas daquela das relações privadas, por duas alíneas peculiares: a) o consentimento não pode ser tratado como mero negócio jurídico pois há bens jurídicos indisponíveis¹²⁷, e b) o consentimento

¹²³ BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. O “descaso” da imprensa nacional à liberdade de expressão e a escurreia aplicação do devido processo legal. São Caetano do Sul: Revista USCS Direito. Ano IX, n. 15. Jul/Dez 2008 75 – 94 p.

¹²⁴ BAHIA; ABUJAMRA, *Op. Cit.*, 2008, p. 79-80

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 37 – 41 p.

¹²⁶ *Id. Ibid.*

¹²⁷ STARLING, *Op. Cit.* p. 35. “De fato, não há como admitir, para o consentimento dado no âmbito do Direito Penal, o tratamento concedido pelo Direito Civil aos negócios jurídicos, uma vez que não há a criação

significa a legitimação da vontade individual no ordenamento jurídico, com a consequência de que, muitas vezes, a tutela penal perca seu objeto¹²⁸.

A tutela da intimidade, então, faz-se de estreito relacionamento com a teoria do consentimento do ofendido, pela própria forma como obedece ao bem jurídico ali protegido. Contudo, os artigos 150 a 154 do Código Penal não trazem em nosso ordenamento jurídico uma proteção – sequer definição – adequada do bem jurídico da intimidade.

Assim, inexistindo na nossa atual legislação a conduta penal de violação da intimidade, melhor aceitar que, em conjunto com outros preceitos legais, a inviolabilidade da casa, o respeito à intimidade, à vida privada e à integridade física e moral visam a proteger a intimidade pessoal e a vida privada.¹²⁹

A quarta, e última linha tópica que se propõe a inquérito, é aquela em que o indivíduo que propala inicialmente o material o faz depois de recebe-lo em confiança, na maioria das vezes durante a constância de um relacionamento amoroso. É talvez, a ocorrência mais comum do fato. O antigo parceiro, após receber o conteúdo íntimo, o divulga. Os motivos variam desde vingar-se da separação a relatar uma conquista. O caso abaixo relatado, acontecimento de uma década atrás, encontrou condenação em sede do Direito Civil.

Um homem foi condenado a indenizar a ex-namorada em R\$ 75 mil após divulgar fotos íntimas da mulher na internet, inclusive em um site pornográfico internacional. O caso aconteceu em Uberlândia, na região do Triângulo Mineiro. [...] em 2007, o casal resolveu trocar intimidades utilizando uma câmara de vídeo, considerando que ele morava em Uberlândia e ela em Uberaba. Posteriormente, ela descobriu que o ex-namorado teria capturado imagens dos vídeos e as retransmitindo a várias pessoas, inclusive para um site pornográfico suíço. As fotos foram colocadas também na área de trabalho dos computadores da sala de informática de uma faculdade. Ela também o acusou de ter

de obrigações mútuas para as partes. O que ocorre, de fato, é a renúncia do titular do bem jurídico à sua tutela, renúncia esta que a qualquer tempo pode ser revogada”.

¹²⁸ GRECO, *Op. Cit.* p. 89. [...] “elementos deverão ser analisados para que o consentimento seja válido, como a ausência de qualquer vício de vontade, a capacidade do consciente em consentir e a disponibilidade do bem jurídico, de acordo com os bons costumes e ordem pública”.

¹²⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 81 – 82 p.

criado um perfil falso em rede social com as imagens, como se fosse uma atriz de filmes pornográficos.¹³⁰

Em outras palavras, nesta linha tópica que tomamos a diferenciação do fato em *pornografia não consensual* e *pornografia de vingança*. A conceituação de cada uma das definições será detalhada posteriormente, contudo faz-se necessário o estabelecimento de linhas gerais para a verificação tópica neste momento.

A mais completa definição encontra-se no estudo realizado por CITRON e FRANKS¹³¹, e diz respeito ao material erótico, seja capturado ou divulgado, pelo parceiro sem o *consentimento* do outro.

Pornografia não consensual envolve a distribuição de imagens sexualmente explícitas sem seu consentimento. Isto inclui imagens obtidas sem seu consentimento (por exemplo, gravações ocultas ou durante ato de violência sexual) bem como imagens obtidas originalmente com consentimento, comumente no contexto de uma relação íntima e confidencial.

Respectivamente, *pornografia de vingança*, pode ser conceituada como uma forma de *pornografia não consensual*, cometida com especial finalidade de se vingar de uma pessoa, na maioria das vezes o antigo parceiro que resolve pôr fim à relação.

Em 2007, um homem supostamente realizou inúmeras cópias de DVDs de sua ex-namorada realizando atos de natureza sexual e as distribuiu afixando-as em para-brisas de veículos aleatórios, em conjunto com o nome da mulher, endereço e número de telefone. Ele estava inconformado com o término do relacionamento. A mulher, que não sabia que seus atos íntimos estavam sendo gravados, começou a receber visitas e telefonemas de homens desconhecidos que consideraram que o vídeo era uma proposta sexual.¹³²

¹³⁰Disponível em <http://noticias.r7.com/minas-gerais/justica-condena-homem-que-divulgou-fotos-intimas-da-ex-namorada-na-internet-13042016>. Acesso em 29.06.2017

¹³¹ CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. *Criminalizing Revenge Porn*. Wake Forest Law Review, vol. 49. Winston-Salem: 2014

¹³² In 2007, a man allegedly made numerous copies of DVDs of his ex-girlfriend performing sex acts and distributed them on random car windshields, along with the woman's name, address, and phone number. **He was angry** that the woman had broken off their relationship. The woman, who had not known that the intimate acts had been recorded, began receiving visits and phone calls from strange men who took the video as a sexual proposition. (CITRON; FRANKS. 2014, p. 105)

De maneira perfunctória, essas duas diferenciações podem ter respostas penais diferentes. A simples divulgação de material íntimo, sem qualquer designação de identidade, apesar de grave violação do consentimento da vítima, pode ser mitigada administrativamente quando se leva em conta que atualmente há mecanismos relativamente eficientes para a retirada do conteúdo indevido. Como doutrina Francisco Ilídio Ferreira Rocha, em comentário ao artigo 19 da Lei 12.965/2014:

“através de ordem judicial e desde a ciência do provedor de aplicações sobre a natureza infringente de um conteúdo disponível em seus serviços resta juridicamente exigível a tomada de providência para bloqueá-lo ou excluí-lo.¹³³

Independentemente de ordem judicial, contudo, redes sociais como o *Facebook* têm políticas severas quanto à propagação de conteúdo pornográfico indevido.

Removemos conteúdos que ameacem ou promovam exploração ou violência sexual. Incluindo a exploração sexual de menores e o assédio sexual. Para proteger as vítimas e os sobreviventes, nós também removemos fotografias ou vídeos que apresentem incidentes de violência sexual e imagens compartilhadas por vingança ou sem a permissão das pessoas nas imagens. (Disponível em <https://www.facebook.com/communitystandards/#sexual-violation-and-exploitation>. Acesso em 30.06.2017)

Muito mais grave, a forma da *pornografia de vingança*, quando o ato de divulgação da imagem vai acompanhado de informações sensíveis à vítima, como nome completo, endereço, telefone e documentos. O estudo de Mary Anne Franks confirmou que em 59% dos casos as imagens acompanhavam o nome, em 26% o endereço de e-mail; em 49% o endereço do perfil ou informações das redes sociais; em 16% o endereço físico da vítima; em 20% dos casos foi também divulgado número de telefone profissionais; em 14% dos casos o endereço profissional; e até, em 2% dos casos, o número do documento de identificação.¹³⁴ Nesse aspecto, como se verificará

¹³³ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 838.

¹³⁴ FRANKS. *Op. Cit.*, p. 9.

posteriormente, quando da análise da corrente tutela jurídica, as vítimas sofrem como sujeito passivo de uma variedade de crimes, que podem ir desde lesão corporal e extorsão à estupro.

Verificadas as inquirições quanto à existência do fato jurídico, retrospectivamente: 1) a divulgação de material privado *obtido* sem autorização do titular; 2) a *oferta* de registro que contenha cena pornográfica que envolva criança ou adolescente; 3) a *difusão* de conteúdo próprio e; 4) a *publicação* de conteúdo por terceiros; torna-se difícil afastar que em nosso ordenamento jurídico-penal atual não existe previsão legal para proteção do delito em várias de suas formas. Em síntese, esta obra se importará em proceder o estudo das duas últimas ocorrências, recorrendo às primeiras caso se faça necessário para ilustrar ou criar uma hipótese da qual possa derivar uma dedução.

Consequentemente, torna-se necessária a perquirição apurada das atuais movimentações legislativas sob ponto de vista técnico jurídico, bem como da atual resposta improvisada da jurisprudência.

Ora constatado que o requisito para a verificação do fato jurídico no plano da eficácia seja a produção de efeitos para as partes na relação, também se encontra farto rol de consequências para as vítimas do ilícito.

Como já se viu nos exemplos tópicos deste capítulo, os efeitos da exposição de imagens íntimas na internet são devastadores, em especial para as mulheres vítimas deste tipo de ofensa. Não raramente o crime termina com o suicídio das pessoas que foram expostas.

Pornografia de vingança é uma forma de assédio virtual e perseguição virtual em que as vítimas são predominantemente mulheres. Uma pesquisa da Agência Nacional de Violência Contra a Mulher dos Estados Unidos encontrou que 60% das vítimas de assédio virtual são mulheres.¹³⁵

O grupo Cyber Civil Rights Initiative¹³⁶ propõe campanhas internacionais contra a prática da pornografia não consensual, e se especializa

¹³⁵ Revenge porn is a form of cyber harassment and cyber stalking whose victims are predominantly female. The U.S. National Violence Against Women Survey reports that 60% of cyber stalking victims are women. (CITRON, 2014, p. 108)

¹³⁶ A descrição da organização e suas campanhas podem ser encontradas no sítio eletrônico, em inglês <https://www.cybercivilrights.org/welcome/>

na pesquisa e produção de dados e indicadores sobre o fenômeno, cuja pesquisa de 2017¹³⁷ é a pioneira na análise de dados e motivos determinantes para as ocorrências de pornografia não consensual nos Estados Unidos da América e foi objeto de extensa análise.

A pesquisa conduzida pelo grupo Cyber Civil Rights Initiative foi realizada por meio eletrônico, na rede social Facebook, e teve duração compreendida entre novembro de 2016 e março de 2017. Os três mil e quarenta e quatro participantes, maiores de 18 anos, foram recrutados por técnica de amostragem populacional, em que os anúncios da campanha divulgados na rede social recrutaram igual número de homens e mulheres, nos 50 estados americanos, seguindo critério de porcentagem de população por estado.¹³⁸

O estudo identificou que 12,8% dos pesquisados – entre homens e mulheres – foram vítimas de variadas formas de pornografia não consensual, das quais 8% tiveram suas imagens explícitas divulgadas na rede mundial de computadores, enquanto 4,8% foram apenas ameaçadas de exposição. Dessas 389 ocorrências, aproximadamente 67% são mulheres.

Mulheres são significativamente mais susceptíveis (cerca de 1,7 vezes mais) de serem vítimas de Pornografia Não Consensual, ou de terem sido ameaçadas pela divulgação de imagens íntimas em comparação com os homens, com 15,8% das mulheres de todos os grupos etários declarando-se vitimadas ou ameaçadas, em oposição à 9,3% dos homens em todos as faixas etárias.¹³⁹

A pesquisa também retrata que aquelas pessoas vitimadas pelo ato de pornografia não consensual sofrem uma série de consequências psicossomáticas, apresentando saúde mental e sintomas físicos deteriorados.¹⁴⁰ Desse modo, as vítimas de pornografia não consensual são susceptíveis à uma miríade de males, que vão desde a perda do emprego ao suicídio.

¹³⁷ EATON, Asia A; JACOBS, Holly; RUVACALBA, Yanet. **2017 Nationwide Online Study Of Non-consensual Porn Victimization And Perpetration**. Florida: Florida International University, Department of Psychology. 2017 28 p. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2017/06/CCRI-2017-Research-Report.pdf>

¹³⁸ EATON *et al.*, *Op. Cit.*

¹³⁹ Women were significantly more likely (about 1.7 times as likely) to have been victims of NCP or to have been threatened with NCP compared to men, with 15.8% of all women reporting having been victimized or threatened vs. 9.3% of men across all age groups. (EATON *et al*, 2014, p.12)

¹⁴⁰ *Idem*, p. 22 - 23

Vítimas de pornografia de vingança são susceptíveis à uma variedade de agressões. Várias vítimas declararam a perda do emprego, serem forçadas a mudar de escolas, mudar seus nomes, e sujeitas a perseguições e abusos oriundos das ações daqueles que compartilharam e distribuíram suas imagens. Algumas vítimas chegam a cometer suicídio. Vítimas também experimentam a perda de dignidade pessoal, de perspectivas de segurança e a diminuição de respeito de sua família e círculo de amizades, assim como uma grande incapacidade de estabelecer e manter futuros relacionamentos românticos. Esta vitimização também diminui e limita a liberdade sexual da mulher, punindo-as por “se envolverem em atividades que suas contrapartes masculinas realizam regularmente, mas com consequências negativas mínimas (e frequentemente positivas).¹⁴¹

Em especial, há duas formas em que os perpetradores realizam os atos de pornografia não consensual. A pesquisa de EATON *et al* (2017) encontrou entre os 3044 participantes, um número de 159 indivíduos que já haviam publicado as fotos de seus parceiros na internet. Homens são significativamente mais propensos a expor o material – até duas vezes mais – do que mulheres¹⁴².

Os ofensores encontram os mais variados motivos para a divulgação de material íntimo, e enquanto a pesquisa de EATON *et al* (2017) abrangeu extensos motivos e variáveis determinantes, a maioria dos participantes que já tinham compartilhado imagens sexualmente explícitas de sem consentimento do outro o fizeram somente para “compartilhar as imagens com meus amigos e não tinha intenção de lesar a outra pessoa”.¹⁴³

É importante ressaltar que os motivos que levam alguém a compartilhar fotos de conteúdo íntimo do parceiro também se relacionam com a forma como essas fotos são divulgadas, pois em muitos dos casos, as imagens

¹⁴¹ Revenge porn victims are susceptible to a number of harms. They have reportedly ‘lost jobs, been forced to change schools, change their names, and have been subjected to real-life stalking and harassment because of the actions of those who posted and distributed their images. Some victims have committed suicide’. Victims may also suffer loss of personal dignity, a lost sense of security, lowered respect from family and friends, and greater difficulty in maintaining or securing future romantic relationships. This victimization also limits women’s freedom by punishing females ‘for engaging in activities that their male counterparts regularly undertake with minimal negative (and often positive) consequences’. (FRANKLIN, 2014, p. 1309)

¹⁴² EATON *et al*. Op. Cit., p. 15

¹⁴³ EATON *et al*. Op. Cit., p. 19

acompanham uma forma de individualização da vítima, como por exemplo, cópia do seu perfil em redes sociais.

Não obstante alguns sites de pornografia de vingança se limitarem a compartilhar imagens de nudez ou de lascívia, outros divulgaram as identidades dos indivíduos figurados nas filmagens. A revelação da identidade da vítima é tipicamente realizada com imagens de seus perfis individuais de redes sociais, frequentemente com fornecimento de links para tais perfis. Outros sites disponibilizam o endereço, com nome da cidade e do estado. A maioria deles permite que os usuários possam filtrar e procurar as filmagens em determinadas localizações geográficas.¹⁴⁴

Neste sentido, ainda que a pesquisa realizada pela Dra. Asia Eaton tenha encontrado como motivo predominante o mero compartilhamento da informação, em alguns casos a divulgação foi realizada com interesses nefários, bem como atingiram consequências mais danosas para as vítimas. No caso da fundadora da ONG Marias da Internet¹⁴⁵, a violência sentida foi intensa e duradoura, como relata em entrevista à Folha de São Paulo:

“Eu fui vítima de um crime na internet há 11 anos. Meu ex-parceiro divulgou fotos minhas em 15 mil e-mails aqui na cidade [Maringá, interior do Paraná]. Ele fazia uma leva a cada semana. Era “Episódio Um”. Na outra semana, “Episódio Dois”. Ele foi me queimando viva. Também gravou as fotos em CDs e distribuiu nos principais condomínios residenciais e no comércio da cidade. Quase fui linchada. Eu fiquei arrasada. Ele me queimou viva. Foi um processo torturante. Como se não bastasse, ele postou as fotos em todos os blogs de pornografia do Brasil e fora do país na Holanda, em Portugal, EUA, Alemanha. Foram quatro anos, expondo, postando, montando. Ele hackeou meu e-mail como se fosse eu mesma soltando esse material. Tinha gente que mandava mensagem: ‘Você não vai fazer fotos novas para gente não?’. Era como se eu estivesse me vendendo”.¹⁴⁶

Pela atual legislação brasileira, quando o suposto ilícito é cometido contra vítimas maiores de idade, o fato ainda não se conforma em uma

¹⁴⁴ FRANKLIN, Zak. **Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites.** California Law Review, 2014

¹⁴⁵ Canal de comunicação da ONG nas redes sociais. Disponível em <https://www.facebook.com/MariasDaInternet/>

¹⁴⁶ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>. Acesso em 29.06.2017

tipificação específica como crime. Contudo, ainda que não seja crime especialmente descrito no Código Penal, o Direito Pátrio tem utilizado de figuras acessórias para valer alguma punição para o ofensor.

No âmbito penal, enquanto a adaptação e inovação legal não advêm, os juízes têm utilizado da Lei Maria da Penha para punir a prática, vez que qualquer exposição não consentida da sexualidade configura-se como violência psicológica contra o sujeito, neste caso, exclusivamente a mulher.¹⁴⁷

Tais improvisos na aplicação de normas penais incriminatórias poderiam causar insegurança jurídica quando de sua aplicação, uma vez que a adequação jurídico-penal obedece ao princípio da reserva legal *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* como fundamento primordial.

Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. 'Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada figura penal incriminadora'. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita na lei*¹⁴⁸.

Por outro lado, é importante afirmar que nem sempre a adequação típica existe antes do fato jurídico. É da própria natureza epistemológica do Direito, ao menos de sua teoria geral, a flexibilidade de seus limites – a moldura descrita na lei – para comportar novos fatos jurídicos e ocorrências sociais que possam ocasionar a lesão do tecido social. Afirmar que o ordenamento jurídico já existente possa comportar esta nova *fattispecie* é temerário, no mínimo.

Esse questionamento é dirigido na obra de Pietro PERLINGIERI, que define:

O conjunto de regras e princípios que ordena a coexistência é o aspecto normativo do social: regras e princípios, interdependentes e coessenciais, constituem um conjunto unitário e disposto hierarquicamente que pode ser definido, pela sua função ordenadora, {ordenamento jurídico} e, pela sua natureza de componente de

¹⁴⁷ MECABÔ, Alex; COLUCCI, Maria da Glória. **Revenge Porn**. Diálogo Ético-Jurídico à luz do direito brasileiro. Revista Percurso v.15 nº 2. Unicuritiba: Curitiba, 2015 p. 14

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral I. 21ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2015, p. 356

estrutura social {realidade normativa}. Toda transformação da realidade social interessa à ciência do Direito, já que reage sobre a realidade normativa. Crer que o direito seja imodificável, eterno, a-histórico e insensível a qualquer ideologia é atitude formalista que ignora a conexão entre comportamentos e regras. Sem a consciência da socialidade da ciência jurídica se trai a tarefa característica desta forma de conhecimento, como conhecimento do direito que visa a sua correta aplicação¹⁴⁹.

Sobremaneira indispensável esta discussão da flexibilização dos limites do Direito ante a experiência social. Sendo assim, se recorre à obra de Ulrich BECK, para endereçar algumas ponderações. O sociólogo alemão teoriza que atualmente vivemos em uma sociedade de risco:

En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.¹⁵⁰

E acrescenta que: “*La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad*”¹⁵¹. Essa ameaça se concretiza especialmente quando notamos os rumos futuros tanto da política quanto da ciência penal.

Quando se trata de ordenamento jurídico-penal, há profícua discussão sobre as tendências de modernização e as de resistência a modernização do Direito Penal¹⁵², que resumidamente, refere-se à adoção de certas formas de relativização de princípios e garantias fundamentais imanentes da ciência penal para buscar conformidade a atuação da norma penal incriminadora à realidade de constante transformação social.

Maria José Jimenez Díaz, que tem como pano de fundo a obra de Ulrich Beck questiona¹⁵³:

¹⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. 2008, p. 170

¹⁵⁰ BECK, Ulrich. *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Paidós. 1998, p. 25

¹⁵¹ *Id.*, p. 30

¹⁵² JIMÉNEZ DÍAZ. *Op. Cit.*, p. 5-6

¹⁵³ *Idem*, p. 4

“¿es adecuado que el Derecho penal se expanda con la finalidad de hacer frente a esos nuevos peligros o, por el contrario, debe mantenerse dentro de su ámbito clásico de tutela, dejando a otras ramas del Derecho los nuevos espacios que reclaman protección?”

Nessas primeiras linhas, contudo, importa assinalar, como Jimenez Díaz propôs, que as tendências de resistência à modernização, são aquelas que buscam os limites clássicos do Direito Penal¹⁵⁴; enquanto que as tendências de modernização dividem-se em duas linhas distintas, uma que afirma ser possível a flexibilização de critérios de imputação e certas garantias penais e processuais do Direito Penal, e outra que admitindo-se a intervenção punitiva para combater ditos riscos defende ser possível que o Direito Penal sofra prejuízo de suas garantias penais clássicas¹⁵⁵. No capítulo referente à análise da tutela jurídica pátria do fenômeno da pornografia de vingança, serão dirigidos olhares mais aprofundados para tais diferentes tendências doutrinárias.

Dessa forma, recorre-se novamente aos modelos tópicos casuísticos, para que se possa investigar quais são as aplicações utilizadas atualmente para prover a resposta penal para os atos de pornografia não consensual. Para tanto, será utilizada a topologia criminal consagrada no Código Penal Brasileiro.

Por exemplo, nos Estados Unidos, “Jane” permitiu que seu ex-namorado tirasse fotos suas em estado de nudez, pois a assegurou que seriam só para “seus próprios olhos”. Depois do término do relacionamento, o homem traiu a sua confiança. No site de pornografia de vingança “UGotPosted”, ele disponibilizou a foto de Jane nua, junto com informações de contato. Jane recebeu ligações, e-mails, e solicitações de amizade via Facebook de centenas de desconhecidos, a maioria deles desejando sexo.¹⁵⁶

No caso acima relatado, a exposição do material íntimo causou extremo desconforto psicológico na vítima, impedindo que a ofendida sequer conseguisse emprego ou saísse de casa com medo ser violentada. Inúmeros

¹⁵⁴ *Idem*, p. 6

¹⁵⁵ JIMENEZ DIAZ., *Op. Cit.* p. 13

¹⁵⁶ For example, in the United States, “Jane” allowed her ex-boyfriend to take her naked photograph because, he assured her, it would be for his eyes only. After their breakup, the man betrayed her trust. On the revenge porn site UGotPosted, he uploaded her naked photo and contact information. Jane received calls, e-mails, and Facebook friend requests from hundreds of strangers, many of whom wanted sex. (Disponível em <http://edition.cnn.com/2013/08/29/opinion/citron-revenge-porn/>. Acesso em 31.06.2017)

estranhos entenderam que os vídeos expostos se tratavam de um convite para a relação sexual, e buscaram contato.

Jane, que é enfermeira, não pôde trabalhar por dias. Muitas vítimas relataram que sofrem especialmente com ansiedade, e algumas sofrem ataques de pânico. Vítimas de pornografia de vingança se isolam do contato online, desativando seus perfis em redes sociais para impedirem que desconhecidos as encontrem no mundo virtual. Tais pessoas são impedidas de participar de qualquer forma em nossa sociedade completamente conectada.¹⁵⁷

Trata-se, pois, de uma grave violência psicológica sofrida pela vítima, especialmente determinada pela exposição dolosa das fotos íntimas, e com esta especial finalidade. Nesse caso, seria preciso afirmar que a ofendida sofreu crime de Lesão Corporal, na modalidade de violência psicológica, como preconiza o artigo 129 do Código Penal Brasileiro, consoante o artigo 7º da Lei Maria da Penha

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (BRASIL, Lei 11.340/2006)

Entretanto, a prática normalmente é enquadrada como crime contra a honra. Nesse sentido não seria difícil demonstrar que a conduta se aproxima de crime contra a honra, especialmente difamação (CP 139) e injúria (CP 140). Há, contudo, uma dificuldade de adequação típica aos referidos delitos.

No caso da difamação, por exemplo, é necessário que seja atribuído fato ofensivo à reputação do imputado, que o fato seja determinado e que essa determinação seja objetiva, “*pois a imputação vaga, imprecisa ou*

¹⁵⁷ Jane, who is a nurse, did not go to work for days. As many victims have told me, they struggle especially with anxiety, and some suffer panic attacks. Revenge porn victims withdraw from online engagement, shutting down their social media profiles and blogs to prevent strangers from finding them online. They cannot participate fully in our networked age. (Disponível em <http://edition.cnn.com/2013/08/29/opinion/citron-revenge-porn/>. Acesso em 31.06.2017)

indefinida não a caracteriza, podendo, eventualmente, adequar-se ao crime de injúria".¹⁵⁸

Já ao se tratar da injúria, em específico, é necessário o desprezo ou menoscabo pelo injuriado. Ao contrário da difamação, prescinde-se da imputação de um fato, mas da emissão de conceitos negativos sobre a vítima, que atingem esses atributos pessoais, a estima própria, o juízo positivo que cada um tem de si mesmo¹⁵⁹.

Dessa forma, uma eventual divulgação de material íntimo fosse desacompanhada de contatos da ofendida e em um universo virtual que ficasse além do conhecimento da vítima, como por exemplo, sites internacionais de pornografia, não seria possível retratar a injúria até que a vítima conhecesse de sua exposição, o que permitiria uma rápida replicação do material divulgado, sem o conhecimento de sua imagem.

Se para o impedimento da exposição ou divulgação de imagens, contudo, tiver como condicionante um determinado comportamento exigido da vítima, verifica-se a proximidade do ilícito com o delito de Constrangimento Ilegal (CP 146), pela imposição de ação da ofendida que vindique realização de ato que a lei não obrigue ou de fazer o que a lei não permite¹⁶⁰.

Da mesma forma, a Ameaça (CP 147) de publicar as fotos pode ser especialmente plausível, pois entende-se ser um meio idôneo que possa causar mal injusto e grave, que viole a sua liberdade psíquica, e ser de tal forma aterradora que exclua totalmente a vontade da vítima, agindo como verdadeira coação irresistível¹⁶¹.

Se ocorre motivação financeira, o delito de Extorsão (158) poderia ser invocado pela vítima para garantir sua proteção, desde que tenha gravidade o suficiente para criar uma espécie de coação¹⁶².

¹⁵⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 2. Dos crimes contra a pessoa. 17ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2017. p. 371 a 379

¹⁵⁹ *Idem*, p. 380 a 400

¹⁶⁰ BITTENCOURT, *Op. Cit.*, p. 426 a 440

¹⁶¹ *Idem*, p.441 a 448

¹⁶² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Volume 3. Dos crimes contra o patrimônio até os crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 17ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2017. p. 139 a 162

Noutra ponta, se o agente exigir que a vítima realize ato sexual para impedir a divulgação das fotos, se caracterizaria em grave ameaça por exercer, na quase totalidade dos casos, força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer da ofendida, procurando assim, inviabilizar eventual resistência da vítima à prática de ato sexual, tipificando assim o crime de Estupro, como previsto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro.¹⁶³

Em suma, o que se pode perceber até o presente momento é que a ampla ocorrência do fato jurídico da pornografia não-consensual há de ser estudada e dissecada para além dos limites impostos até o momento pela Jurisprudência e pela Doutrina.

3.3 Tratamento Jurídico

Como já assentado, a análise de diferentes ordenamentos jurídicos e suas formas de tratamento ao fenômeno do *Revenge Porn* será realizada com a finalidade de apresentar e categorizar os diferentes princípios e bens jurídicos protegidos em cada sistema jurídico diferente.¹⁶⁴

Em 2009, as Filipinas foram o primeiro País a criminalizar a conduta, conceituado no R.A. 9995, chamado de an act defining and penalizing the crime of photo and video voyeurism, prescribing penalties therefor, and for other purposes¹⁶⁵.

Photo or video voyeurism" means the act of taking photo or video coverage of a person or group of persons performing sexual act or any similar activity or of capturing an image of the private area of a person or persons without the latter's consent, under circumstances in which such person/s has/have a reasonable expectation of privacy, or the act of selling, copying, reproducing, broadcasting, sharing, showing or exhibiting the photo or video coverage or recordings of such sexual act or similar activity through VCD/DVD, internet, cellular phones and similar means or device without the written consent of the person/s involved, notwithstanding that consent to record or take photo or video coverage of same was given by such persons.

¹⁶³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 2. Dos crimes contra a pessoa. 17ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2017. p. 47 a 66

¹⁶⁴ Eventuais traduções dos textos legais estrangeiros serão encontradas em anexo à esta obra.

¹⁶⁵ Disponível em: http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra2010/ra_9995_2010.html Acesso em 02.07.2017

Em 2013, o estado australiano de Victoria reformou sua legislação criada em 1966 para coibir a distribuição de imagens íntimas, tipificando o crime como distribuição intencional de imagens íntimas de outra pessoa para terceiros. A norma também exemplifica a conduta, se o autor divulga fotografia da vítima em rede social, sem seu expresso consentimento e se a fotografia retrata a vítima envolvida em atividade sexual¹⁶⁶.

- (1) A person (A) commits an offence if—
- (a) A intentionally distributes an intimate image of another person (B) to a person other than B; and
 - (b) the distribution of the image is contrary to community standards of acceptable conduct.

Israel, entretanto, foi a primeira nação a classificar a conduta como ofensa sexual, em sua legislação de *Prevention of Sexual Harassment* (SH 5758-1998) inovada pela emenda 10, 5774-2014¹⁶⁷, definiu que

the distribution of still pictures or video recordings of a person's image that focuses on his/her sexuality, including by editing or incorporation, is unlawful if made:

1. without the person's consent;
2. in a way that facilitates identification of the person; and
3. under circumstances that may degrade or shame him/her.

No Canadá, há inscrição legislativa no Código Penal federal que tanto criminaliza a conduta como ofensa sexual quanto define o que é imagem íntima¹⁶⁸.

162.1 (1) Everyone who knowingly publishes, distributes, transmits, sells, makes available or advertises an intimate image of a person knowing that the person depicted in the image did not give their consent to that conduct, or being reckless as to whether or not that person gave their consent to that conduct, is guilty

- (a) of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than five years; or
- (b) of an offence punishable on summary conviction.

¹⁶⁶ Disponível em http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/soa1966189/s41da.html. Acesso em 02.07.2017

¹⁶⁷ Disponível em <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/israel-prohibition-of-online-distribution-of-sexual-images-without-consent/> Acesso em 02.07.2017

¹⁶⁸ Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46). Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-35.html#docCont>. Acesso em 02.07.2017

A definição de imagem íntima, pela lei penal canadense é a seguinte:

(2) In this section, intimate image means a visual recording of a person made by any means including a photographic, film or video recording,

(a) in which the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts or is engaged in explicit sexual activity;

(b) in respect of which, at the time of the recording, there were circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy; and

(c) in respect of which the person depicted retains a reasonable expectation of privacy at the time the offence is committed.

No Reino Unido, Inglaterra e País Gales tirem a iniciativa em 2015, quando se promulgou o Criminal Justice and Courts Act de 2015, que classifica a conduta de “divulgar fotografias ou filmes eróticos particulares com a intenção de causar angústia”¹⁶⁹. Desde então, quase 200 pessoas foram processadas pelo MP inglês na nova lei.

(1) It is an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made —

(a) without the consent of an individual who appears in the photograph or film, and

(b) with the intention of causing that individual distress.

O parlamento escocês pôs em efeito, em 2016, o *Abusive Behavior and Sexual Harm Act*¹⁷⁰, que também criminalizou a conduta de divulgar fotos ou filmagens íntimas.

2 Disclosing, or threatening to disclose, an intimate photograph or film

(1) A person (“A”) commits an offence if—

(a) A discloses, or threatens to disclose, a photograph or film which shows, or appears to show, another person (“B”) in an intimate situation,

(b) by doing so, A intends to cause B fear, alarm or distress or A is reckless as to whether B will be caused fear, alarm or distress, and

(c) the photograph or film has not previously been disclosed to the public at large, or any section of the public, by B or with B’s consent.

¹⁶⁹ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/section/33/enacted>. Acesso em 02.07.2017

¹⁷⁰ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/asp/2016/22/enacted>. Acesso em 02.07.2017

E a Irlanda do Norte, uma emenda ao *Justice Act*¹⁷¹ em fevereiro de 2016 também foi promulgada em acordo com as proximidades jurídicas ao resto do Reino Unido.

(1) It is an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made—

(a) without the consent of an individual who appears in the photograph or film, and

(b) with the intention of causing that individual distress.

Nos Estados Unidos, em que a legislação penal é autônoma para cada estado da República, 48 estados já tomaram iniciativas para criminalizar os atos de pornografia de vingança. No District of Columbia, a legislação corrente é a Criminalization of Non-Consensual Pornography Act of 2014, felony, D.C. Law 20-275¹⁷².

Sec. 3. Unlawful disclosure.

(a) It shall be unlawful in the District of Columbia for a person to knowingly disclose one or more sexual images of another identified or identifiable person when:

(1) The person depicted did not consent to the disclosure of the sexual image;

(2) There was an agreement or understanding between the person depicted and the person disclosing that the sexual image would not be disclosed; and

(3) The person disclosed the sexual image with the intent to harm the person depicted person depicted or to receive financial gain.

A título de ilustração, haja vista que tal diferenciação será estudada em capítulo próximo, nota-se que ao contrário de classificar a conduta como uma modalidade de *felony*, o Estado da Califórnia a classifica como *misdemeanor*¹⁷³, na Lei Senatorial N° 1255¹⁷⁴ (*SB-1255 Disorderly conduct: unlawful distribution of image*).

¹⁷¹ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/niu/2016/21/section/51>. Acesso em 02.07.2017

¹⁷² Disponível em <http://lms.dccouncil.us/Download/32304/B20-0903-Engrossment.pdf>. Acesso em 02.07.2017

¹⁷³ A maioria dos Estados americanos classifica o crime segundo uma teoria tripartite, em contraposição à classificação binária adotada pela Reforma Penal de 1984 no Brasil. Para o Direito Penal Americano, *felony* se trataria de crime mais grave, enquanto *misdemeanor* seria um crime de médio potencial ofensivo. Há ainda as *petty offenses* que seria o equivalente em nosso ordenamento jurídico penal das contravenções penais.

¹⁷⁴ Disponível em http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB1255. Acesso em 02.07.2017

(4) (A) Any person who intentionally distributes the image of the intimate body part or parts of another identifiable person, or an image of the person depicted engaged in an act of sexual intercourse, sodomy, oral copulation, sexual penetration, or an image of masturbation by the person depicted or in which the person depicted participates, under circumstances in which the persons agree or understand that the image shall remain private, the person distributing the image knows or should know that distribution of the image will cause serious emotional distress, and the person depicted suffers that distress.

É curioso verificar que o estatuto criminal de Nova Jérsei classifica a conduta de divulgação das imagens como um “crime de terceiro grau”, na seção de crimes de invasão de privacidade, citado universalmente como NJ Rev Stat § 2C:14-9 (2016)¹⁷⁵.

c. An actor commits a crime of the third degree if, knowing that he is not licensed or privileged to do so, he discloses any photograph, film, videotape, recording or any other reproduction of the image, taken in violation of subsection b. of this section, of: (1) another person who is engaged in an act of sexual penetration or sexual contact; (2) another person whose intimate parts are exposed; or (3) another person's undergarment-clad intimate parts, unless that person has consented to such disclosure.

No direito de tradição romano-germânica encontramos também algumas classificações de delito da pornografia de vingança. A movimentação, porém, tem sido lenta. Na Itália, acha-se em debate *Proposta di Legge, n. 3139 [Senato della Repubblica]*¹⁷⁶, que direciona seus esforços para combater o bullying e o cyberbullying.

2-bis. Ai fini della presente legge, con il termine « cyberbullismo » si intende qualunque comportamento o atto, anche non reiterato, rientrante fra quelli indicati al comma 2 e perpetrato attraverso l'utilizzo della rete telefonica, della rete internet, della messaggistica istantanea, di social network o altre piattaforme telematiche. Per cyberbullismo si intendono, inoltre, la realizzazione, la pubblicazione e la diffusione on line attraverso la rete internet, chat-room, blog o forum, di immagini, registrazioni audio o video o altri contenuti multimediali, effettuate allo

¹⁷⁵ Disponível em <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-14-9/>. Acesso em 02.07.2017

¹⁷⁶ Disponível em <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/45691.htm>. Acesso em 02.07.2017

scopo di offendere l'onore, il decoro e la reputazione di una o più vittime, nonché il furto di identità e la sostituzione di persona operati mediante mezzi informatici e la rete telematica al fine di acquisire e manipolare dati personali, ovvero di pubblicare informazioni lesive dell'onore, del decoro e della reputazione della vittima.

Na Alemanha, a Alta Corte Regional de Koblenz prolatou acórdão em 2014 em favor de uma possível vítima de pornografia de vingança, obrigando o antigo parceiro a deletar todas as fotos íntimas que tinha em sua posse. O caso é interessante pois o parceiro não demonstrou nem teria demonstrado interesse em divulgar as fotos, como nos casos costumeiros de pornografia não consensual.

In the case concerned, a man from the Lahn-Dill region in Hesse had taken several erotic photographs of his female partner, to which she had consented at the time. After the end of their relationship, the woman had demanded the deletion of the images, seeking legal help when the man refused.

The Koblenz court ruled in her favour on Tuesday even though her ex-partner had to date shown no intention of reproducing the pictures or putting them online. Consent to use and own privately recorded nude pictures, the court stated, could in this instance be withdrawn on the grounds of personal rights, which are valued higher than the ownership rights of the photographer¹⁷⁷.

Além disso, o ordenamento jurídico alemão tem punições bem delimitadas no que tange à privacidade, o que tem auxiliado as vítimas de pornografia não consensual a buscar reparação, especialmente nos parágrafos 202a e 203 do StGB¹⁷⁸.

§ 202a. Piratería informática

(1) Quien sin autorización se procure para sí o para otro, datos que no estén destinados para él y que estén especialmente asegurados contra su acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

¹⁷⁷ Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Acesso em 03.07.2017

¹⁷⁸ DIAZ, Claudia Lopes. Código Penal Alemán. Del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998 p. 76 a 78.

(2) Datos en el sentido del inciso 1, son solo aquellos que se almacenan o transmiten en forma electrónica, magnética, o de otra manera en forma no inmediatamente perceptible.

§ 203. Violación de secretos privados

(1) Quien sin autorización revele un secreto ajeno, es decir, un secreto perteneciente al ámbito de la vida personal, [...]

Finalmente, o Código Penal Francês também tem importantes proteções no que tange à privacidade, o que permite uma legislação eficiente que protege a divulgação indevida de imagens (pornográficas ou não) sem o consentimento do indivíduo.

Artículo 226-1 Será castigado con un año de prisión y multa de 45.000 euros el hecho de atentar voluntariamente por cualquier medio contra la intimidad de la vida privada ajena:

1º Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de su autor, las palabras pronunciadas a título privado o confidencial;

2º Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de ésta, la imagen de una persona que se encuentre en un recinto privado.

Cuando los actos mencionados en el presente artículo se hayan cometido en presencia y a sabiendas de los interesados sin que se hayan opuesto, estando en condiciones de hacerlo, se presumirá el consentimiento de éstos.

Se para o ordenamento jurídico internacional não houve consenso sobre qual seriam os limites para a criminalização da pornografia não consensual, para o Brasil, há certa dificuldade para conceituar exatamente o que seria pornografia de vingança. São atualmente cinco projetos de criminalização da conduta, apensados ao projeto de Lei 5.555/2013.

O conceito mais próximo daquilo que se entende internacionalmente como *revenge porn* está contido no projeto de Lei 5.822/2013, que trataria da alteração do artigo 7º da Lei Maria da Penha, que se considera como forma de violência a “*violação da intimidade, entendida como a divulgação por meio da internet ou outro meio de propagação da informação de informações, dados pessoais, vídeos, áudios, montagens e fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, sem seu expresso consentimento*”.

Outro projeto de Lei, o PL 6.630/2013 acrescenta o crime de divulgação indevida de material íntimo, que consiste em divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de nudez, ato sexual ou obsceno sem autorização da vítima.

Já o PL 6.712/2013 conceitua um ilícito, contudo sem alterar o Código Penal ou a Lei Maria da Penha nos termos em que “quem publicar as chamadas postagens pornográficas de vingança na Internet” seria punido com 1 ano de reclusão e multa de 20 salários mínimos.

A quarta proposição em trâmite na Câmara dos Deputados, o PL 6.831/2013 traz novamente a conceituação do fato em forma de delito criminalizando a conduta como “expor publicamente a intimidade física ou sexual de alguém”.

E finalmente, o PL 7.377/2014 conceitua pornografia não consensual como “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, sem consentimento da vítima, imagem em nudez total, parcial ou em ato sexual ou comunicação de conteúdo sexualmente explícito, de modo a revelar sua identidade, utilizando-se de qualquer mídia, meio de comunicação ou dispositivo”.

Estes dois projetos estão incursos no PL 5.555/2013, cujo cúmulo de todas as proposições resultou em substitutivo apresentado que indicava a conduta estudada por este trabalho como “divulgar, publicar, oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, compartilhar, disseminar, por qualquer meio, sem consentimento da vítima, fotografia, vídeo ou outro registro, incluso montagem, que contenha nudez, ato sexual ou conteúdo sexualmente explícito.

Entretanto, esta última proposição foi rejeitada, e o PL 5.555/2013 foi remetido em 7 de março de 2017 ao Senado Federal com a conduta circunscrita nos seguintes termos: “ofender a dignidade ou o decoro de outrem, divulgando, por meio de imagem, vídeo ou qualquer outro meio, material que contenha cena de nudez ou de ato sexual de caráter privado.

Nota-se, contudo, a indecisão do legislador brasileiro em caracterizar o fato jurídico. Tanto na tramitação dos projetos de Lei quanto nos debates feitos nas relatorias da Câmara, é possível verificar prontamente que os

parlamentares chegam à um breve consenso sobre qual é o fato delituoso, porém se desentendem quando o âmbito da proteção e, mais gravemente, sobre quais os direitos fundamentais e quais bens jurídicos seriam violados pela conduta.

Neste primeiro momento, chega-se então à três conclusões distintas. A primeira é que se pode afirmar que ainda inexistente certeza quando se trata qual o âmbito da proteção que deve se tomar uma legislação que verse sobre a conduta de pornografia não consensual, já que a coleta por amostra dos diversos ordenamentos jurídicos traz ainda mais questionamentos importantes.

Em segundo plano, a pornografia não-consensual comporta também a que é realizada por motivos de vingança, esta não podendo ser confundida com aquela. A divulgação de imagens íntimas de alguém sempre se trata de um caso delicado, que envolve muito mais do que a mera visualização e a exposição da nudez. Tal afirmação não traz limite ao conceito de pornografia não-consensual, aqui ousadamente definida como a *“divulgação sem consentimento de imagens ou filmagens de conteúdo explícito, sem a devida autorização do retratado”*.

E por último, mas não menos importante, que a legislação penal brasileira tem se desdobrado para atender os clamores da sociedade no novíssimo fenômeno delituoso. Desse modo, se propõe a revisão de quais os direitos e garantias fundamentais são aplicáveis ao tratamento da intimidade no extenso ordenamento jurídico brasileiro, partindo da discussão acerca do bem jurídico que uma futura norma pretenderá a proteger.

3.4 Classificação das formas de violação da intimidade.

Como outrora já designado, são inúmeras as formas de violação da Intimidade nos casos em que o ofensor compartilha publicamente imagens de conteúdo indevido.

Classificar os tipos de vícios que podem ser cometidos quando da violação da intimidade da pessoa é importante para que se possa amearhar, no meio à confusão doutrinária e legislativa, qual tipo de violação ao bem jurídico da intimidade, correlacionada ao tipo de agressão que sofre a vítima.

Spencer Toth SYDOW, destaca que para se saber se a exposição pornográfica não consentida caracteriza um ato de vingança pornográfica é preciso analisar a fonte de captura, a forma de circulação e a motivação.¹⁷⁹

Estes conceitos podem ser traduzidos, no âmbito deste trabalho, classificando em sua forma de violação da intimidade e da vida privada da vítima, e serão classificados em três espécies: a) vícios de produção, que representam a quebra da intimidade ou da privacidade no momento da captura das imagens; b) vícios de obtenção, que relacionam-se com a forma como a qual a imagem foi obtida pelo agressor/compartilhador da imagem, e; c) vícios de divulgação, que reflete se a imagem compartilhada violou o consentimento da vítima na sua propagação.

3.4.1 Vícios de produção

Nesta categoria inicial, verificamos que a violação do direito à intimidade ocorre no momento em que o agressor resolve, de forma espúria, capturar a imagem da vítima em momento lascivo, independentemente do fim a que se propôs. Tecnicamente, as opções atuais são ilimitadas para as gravações clandestinas, e podem compreender desde câmeras ocultas até mesmo aparatos virtuais mais sofisticados, com transmissão ao vivo para sites na internet.

SYDOW, aponta que os vícios da produção das imagens estão relacionados intrinsecamente com a *fonte* da imagem, que pode ser: a) oriunda da vítima; b) oriunda do parceiro ou da parceira sexual; c) oriunda de terceira pessoa não participante do ato; d) de captação pública, ou; e) de origem ignorada¹⁸⁰.

Contudo, acredita-se – ao menos no âmbito deste trabalho – que esta definição pode ser aclarada quando aponta para a forma como a *realização* de tais imagens foram feitas, em relação à violação da intimidade no momento de aquisição da visualização que possa, de alguma maneira, identificar a vítima.

¹⁷⁹ SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo. **Exposição pornográfica não consentida na internet**. Da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017 p. 38

¹⁸⁰ SYDOW. *Op. Cit.* p. 39

De modo que a *produção* destas imagens pode ser realizada de duas formas distintas: a forma *consentida* e a forma *não-consentida*.

Na forma consentida, para usarmos a classificação proposta por SYDOW, a produção do material que pode ser utilizado eroticamente pode ter sido feita pela própria pessoa (oriunda da vítima) ou sido tomada por um parceiro na constância de uma relação duradoura ou não (oriunda do parceiro ou parceira sexual), desde que a pedido ou com a concordância daquela.

Ou seja, a pessoa *permitiu* – tornou disponível sua intimidade – que fosse gravada em situação lasciva, erótica ou pornográfica. Nesse caso, a barreira que se pode colocar no consentimento do possível ofendido é que, por mais que a vítima tenha *concordado* com a produção das imagens, isso não quer necessariamente que ela *consente* que tais gravações sejam divulgadas por qualquer meio que seja.

Noutra ponta, verifica-se que a forma *não-consentida* de captura dos momentos íntimos representa a violação mais pura do direito de imagem e de intimidade da pessoa, pois sequer esta tinha conhecimento que suas expressões estavam estampadas em filmes ou arquivos digitais.

Nesse sentido, não houve a possibilidade da vítima em *consentir* com a gravação de sua efígie, senão por vontade unilateral daquele que a capturou. Para SYDOW¹⁸¹, as imagens oriundas do parceiro ou da parceira sexual, oriundas de terceira pessoa não participante do ato, de captação pública, ou de origem ignorada poderiam se enquadrar em tal categoria.

Destarte a extensa classificação feita por SYDOW *et al*, o vício que se origina na produção estará relacionado com o consentimento que a pessoa deu em ser filmada. O consentimento pressupõe obrigatoriamente a limitação de um uso. Portanto, havendo consentimento, o Direito não deve ter o poder de definir limites para a liberdade sexual da pessoa ou do casal, que embora assuma o risco, não pode ser penalizado.

Não havendo consentimento, incorre-se aquele que capturou forçadamente ou de maneira oculta as imagens, em conduta violadora da

¹⁸¹ *Id.*, p.39-41

intimidade. Nesse sentido, nossa tutela penal é silente sobre tal violação, e, embora na jurisdição civil possa o agente ter a obrigação de indenizar a prática de ato ilícito, a vítima só saberá que foi gravada se tais imagens surgirem à tona em um contexto de divulgação.

Para o aqui denominado de *vício de produção*, entre os Ordenamentos Jurídicos internacionais analisados, supõe-se que é no Código Penal Francês que se encontra a melhor proteção jurídico-penal à tal violação da intimidade:

Artículo 226-1 Será castigado con un año de prisión y multa de 45.000 euros el hecho de atentar voluntariamente por cualquier medio contra la intimidad de la vida privada ajena: [...]

2º Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de ésta, la imagen de una persona que se encuentre en un recinto privado.

3.4.2 Vícios de Obtenção

A segunda categoria de vício que podemos classificar segundo os objetivos metodológicos desta pesquisa, são os designados vícios de obtenção. SYDOW¹⁸² leciona que a *obtenção* refere-se à posse do material, que pode ser *consensual* ou *não consensual*, o que se dá em razão da concordância da vítima em se deixa fotografar ou não.

Todavia, considera-se que os vícios que possam ser produzidos pela obtenção das imagens de caráter pornográfico são melhor relacionados com a maneira – *modus operandi* – que a filmagem ou fotografia chega às mãos do *espectador*.

A princípio, pode o *espectador* da imagem tê-la recebido da própria pessoa que a divulgou, com respeito aos limites de consentimento que ninguém mais, senão o recebedor da imagem, teria acesso. Noutra ponta, pode o *espectador* ter recebido a imagem de maneira compartilhada, na medida em que a pessoa que figura na imagem traçou um limite – ou não – para a propagação destas imagens.

¹⁸² SYDOW. *Op. Cit.* p. 41-42

Destarte, o desvalor da conduta estaria assegurado quando este *espectador* capturou as imagens – ou as adquiriu – sem qualquer tipo de consentimento daquele que figura como protagonista na filmagem ou fotografia. Isto é, pode tê-la adquirido por meios eletrônicos, por *hackeamento* ou invasão de sistemas informáticos, ou deste modo, tê-la recebido por meio da violação de um consentimento da vítima na exibição à um grupo limitado de pessoas.

Desta forma, pode-se concluir que a *obtenção* das imagens, se feita de modo que impeça a autodeterminação da vítima em escolher idealmente o destinatário das filmagens. Para tanto, a legislação penal brasileira encontrou resposta na Lei *Carolina Dieckmann*, que resultou na criação do artigo 154-A do Código Penal

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (BRASIL, Decreto Lei 2.848/40)

Também, pode-se ressaltar a forma com que o StGB (Código Penal Alemão) compõe a proteção da intimidade por meio da proteção de dados sensíveis à vítima.

§ 202a. Piratería informática

(1) Quien sin autorización se procure para sí o para otro, datos que no estén destinados para él y que estén especialmente asegurados contra su acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Datos en el sentido del inciso 1, son solo aquellos que se almacenan o transmiten en forma electrónica, magnética, o de otra manera en forma no inmediatamente perceptible.

§ 203. Violación de secretos privados

(1) Quien sin autorización revele un secreto ajeno, es decir, un secreto perteneciente al ámbito de la vida personal, [...]

3.4.3 Vícios de Divulgação

Das condutas outrora descritas, resta determinar o vício de divulgação, quando a violação da intimidade se dá pelo compartilhamento da imagem sem o consentimento daquele que nela se insere. Para o professor SYDOW¹⁸³, a disseminação do material pode ser classificada em: a) divulgação consentida; b) divulgação parcialmente consentida, e; c) divulgação proibida ou não-consentida.

A classificação de SYDOW, no que tange aos possíveis vícios de divulgação de imagem parece ser acertada. A violação da intimidade e da vida privada ocorrerá quando há a quebra da confiança estrita da vítima, o que interfere na sua capacidade de escolher quem deve visualizar o conteúdo gravado, o que permite autodeterminação do indivíduo em razão de sua imagem.

No que tange ao consentimento para a divulgação, a permissão expressa para a exibição da imagem ao público ou a permissão de seu compartilhamento deve ser considerada para constar se houve violação do direito à intimidade ou à vida privada da pessoa, já que se viu que só o indivíduo deve ter o poder de escolher quais aspectos de seu âmago ou de sua vida privada podem ser representados ou expostos ao público.

Neste mesmo sentido, a divulgação parcialmente consentida também se encontra resguardada da violação dos direitos da intimidade ou da vida privada, haja vista que, por decisão do próprio indivíduo, aquelas gravações irão ser exibidas para um número de pessoas. O titular da imagem então pode determinar por quais mecanismos a imagem poderia ser compartilhar, com quantas ou quais pessoas compartilhar e finalmente, a possibilidade de acordar à um prazo de exclusão, utilização ou consumo da imagem.

Ressalta-se que o recebedor da imagem, apesar de tê-la adquirido por meio da capacidade de autodeterminação daquele que figura na fotografia, por consentimento parcial de divulgação, não significa que agora passa a ser proprietário desta imagem ou mesmo da capacidade de autodeterminação da vítima, razão pela qual, se ocorrer o compartilhamento da imagem, cometerá conduta que potencialmente viola a intimidade.

¹⁸³ SYDOW. *Op. Cit.*, p. 42-43

Todavia, a divulgação proibida sempre se tratará de uma violação imediata ao conteúdo íntimo ou privado da vítima, pois, no caso da proibição, a parte envolvida na captação das imagens expressamente proíbe sua divulgação ou propagação, e pode também não consentir com seu armazenamento. O titular da imagem deverá ter, então, pleno controle sobre a sua representação.

Neste mesmo sentido, a divulgação não-consentida deve limitar-se aos casos em que a captação das imagens é feita à revelia da pessoa ou pessoas envolvidas na filmagem lasciva. SYDOW aponta também que, pode ser questionável tal consentimento se a pessoa se encontra em um ambiente público ou privado sob vigilância.

Os vícios de divulgação compõem então, o substrato fundamental acerca da conduta violadora da intimidade, pois é nesse ponto, na *divulgação*, que deve se separar os desejos da vítima em participar de uma exposição sabidamente lasciva, e as potenciais condutas de terceiros que possam causar dano aos envolvidos.

Nos ordenamentos jurídicos outrora estudados, verifica-se que os ordenamentos jurídicos dos países de língua inglesa estão adaptados para conter não só as violações de produção ou obtenção das imagens, mas também as suas violações na divulgação. No Reino Unido, como já visto anteriormente, o Criminal Justice and Courts Act de 2015 considera crime se uma pessoa divulga uma fotografia ou filmagem privada que seja de conteúdo sexual, sem o consentimento da vítima ou com a intenção de causar angústia.¹⁸⁴

¹⁸⁴ (1) It is an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made (a) without the consent of an individual who appears in the photograph or film, and (b) with the intention of causing that individual distress

4 NECESSIDADE DE TUTELA PENAL

Indubitavelmente, o respeito à intimidade e as escolhas da vida privada compõem o fundamento mais básico da dignidade da pessoa humana, ao passo que representa seu *animus* interno, a autonomia da vontade individual, aquilo que ninguém – especialmente o Estado – pode interferir.

Sob o mesmo ponto de vista, o princípio da proibição da proteção deficiente garante, no Ordenamento Jurídico-Penal, a necessidade de se compor tutela protetiva no que tange ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, haja vista que conforme o exemplificado, o tratamento jurídico-penal para a maioria das violações da intimidade não se alcança suficiente pela legislação pátria.

Deve ser missão do legislador auferir, detidamente, a maneira e o alcance desta proteção. A nossa Constituição estabelece a guarda dos direitos fundamentais como meta, porém, deixa de especificar suas configurações. Todavia, o legislador não pode mitigar o princípio da proibição da proteção deficiente, principalmente se considerar no âmbito de tal proteção, bens jurídicos complexos.

Ao citar a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que em 1975 considerou inconstitucional a descriminalização legislativa do aborto, realizado até 3 meses de gravidez, que primeiro mencionou o princípio da proibição da proteção deficiente, STRECK aponta:

Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.¹⁸⁵

Nessa estrutural decisão, o Tribunal Constitucional Alemão considerou dever do Estado para com a proteção dos direitos fundamentais. Parte da ementa do acórdão expressa claramente que:

“O dever de proteção do estado não apenas proíbe –por óbvio– intervenções diretas do estado na vida em desenvolvimento, mas

¹⁸⁵ STRECK. *Op. Cit.*, p. 7

também lhe impõe uma atuação protetora e estimuladora perante essa mesma vida.”¹⁸⁶

Contesta-se então, o papel da proteção específica do bem jurídico *intimidade e vida privada* em nosso ordenamento jurídico atual, pois apesar de proteger o íntimo e o privado da intervenção estatal, nada promove para antecipar as graves condutas que são nucleares quando do estudo da violação da intimidade por meio da pornografia não consensual.

Certamente, o crime virtual e cibernético tem detalhamentos que os distanciam da acepção clássica de conduta antijurídica, visto que adquirem contornos diversos de acordo com o desenvolvimento das sociedades. Nesse caso, o papel do Estado se torna deficiente pela falta de uma sistemática de proteção adequada dos direitos da intimidade.

Partindo de premissas distintas, mas chegando às mesmas conclusões Roxin leciona que o direito penal serve, simultaneamente, como limitação ao poder de intervenção do Estado, como ferramenta de combate ao crime. Portanto, com a mesma intensidade, deve proteger o indivíduo de uma repressão desmedida por parte do Estado, bem como, proteger igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo.

Não pode o Estado faltar com seu dever de proteção por atuar de forma insuficiente, seja deixando de prover o mínimo de proteção constitucionalmente exigido, ou mesmo por ausência de qualquer atuação.

Nesse sentido, STRECK assevera:

O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável. Se a onda continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constataremos o equívoco em que se está ocorrendo no presente ao se

¹⁸⁶ VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. **A eficácia contra particulares dos direitos fundamentais (Drittwirkung) sob o enfoque de seus deveres de proteção (Schutzpflichten)**. Porto Alegre: UFRGS. 2006, p. 51

maximizar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do Garantismo Penal.¹⁸⁷

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer que o dever de proteção pressupõe um dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas¹⁸⁸.

Por exemplo, toma-se a questão do bem jurídico. Ao opor a conceituação de bem jurídico já delimitada no primeiro capítulo ao dever do Estado em proteger o indivíduo contra ataques de terceiros, é possível se pensar na relação intrínseca e codependente entre direitos fundamentais e bens jurídicos.

Sendo assim, conclui-se que há necessidade de se provocar tutela penal adequada nos casos de violação ao bem jurídico da intimidade, inclusive com a tipificação e topografia penal correspondente, afim de se evitar que as movimentações legislativas não se adequem nem mesmo à sistemática garantidora de direitos fundamentais.

Como já visto, a necessidade de estabelecer-se uma construção mais criteriosa do conceito de bem jurídico e sua relação com o conceito de direito fundamental deve se deslocar para o estabelecimento dos pressupostos para conferir a tutela penal a bens jurídicos/direitos fundamentais.

Estes devem ser obtidos a partir da compreensão sistemática e principiológica do Direito Penal, se sobressaindo prontamente os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. O primeiro aponta qual o contexto jurídico que permite o Direito Penal tutelar um bem jurídico. Já o segundo está ligado à relevância social de determinado bem jurídico, sendo assim o principal pressuposto. Todavia, numa compreensão de Direito Penal atrelado às tradições liberais que deram os moldes que hoje possui, a importância social destes

¹⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade:** da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/In_fobase/1b5ae/1b601/1bb53?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999.p25

interesses deve ser analisada com base nos interesses individuais como critério para torná-lo digno de receber a tutela penal.

4.1 Princípio da Proporcionalidade.

A adoção que se vem dando aos princípios estabelecidos por esse trabalho tem o condão de afirmar que pena só deve ser utilizada, não apenas nas hipóteses de necessidade, mas nos estritos limites a reagir frente a situações conflituosas graves e intoleráveis que afetem direitos humanos mais básicos.

Juarez TAVARES, ao afirmar categoricamente que a pena deve guardar relação proporcional com a agressão sofrida pela vítima, menciona:

Concebida como expressão de poder, a pena, contudo, deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexista essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção¹⁸⁹.

A referência ao dano social basicamente advém dos já postulados limites do princípio da lesividade, da fragmentariedade e da proteção subsidiária dos bens jurídicos, que, como visto, foram postulados no Direito Penal liberal construído no seio da Revolução Francesa, que fundaram tais princípios como extensão social da liberdade.

O dano social, então, funciona como ponto de partida compulsório para o estabelecimento de parâmetros ao legislador na criação de qualquer tipo de norma incriminadora, com o intuito de que instaurar relação proporcional ao que se pretende proibir, sob o reflexo da pena, e a concretização da ação criminosa.

A proporcionalidade da pena, então, é referendada pela Constituição, e pelo ordenamento jurídico-penal pátrio como fundamento maior da aplicação da pena, e é forjado na estrutura de Direitos Humanos e Garantias Fundamentais, que embora não se encontra expressamente assentado na Carta Maior, pode se depreender da leitura do artigo 5º e seus incisos.

¹⁸⁹ TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção e cominação das penas.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 0: 1992. Jan-Dez 1992: p. 75-87

Embora consigamos determinar na sistemática de Garantias e Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana, a proporcionalidade da pena é instituto difícil de se constatar, considerando que diversos tipos penais em nosso ordenamento jurídico não respeitam, exatamente, a proporção entre dano social e reparação penal.

Justamente nos códigos penais encontram-se inúmeras cominações que se afastam dessa relação de proporcionalidade. E nossa realidade penal bem demonstra a incongruência dessas cominações, quando comparadas com outras em que, na maioria das vezes, embora representem menor punição se relacionam a maiores danos sociais.¹⁹⁰

Essas incongruências agredem a integridade metodológica do Código Penal, como aponta o exemplo de TAVARES:

A pena cominada ao delito de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197), fixada de 1 mês a 1 ano de detenção, e onde a ação criminosa consiste em constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, no sentido de exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar, e é menor, no seu mínimo, do que a pena do próprio constrangimento ilegal (art. 146).¹⁹¹

Em realidade, se faz necessária uma atenta reforma para a criação de parâmetros de pena, com o objetivo de remover da arbitrariedade do legislador a completa desatenção ao dano social que as condutas acarretam, quando, segundo TAVARES, adotam critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa.

Ao utilizar como exemplo o PL 5.555/2013 se vê nitidamente a despreocupação do legislador tanto na cominação da pena quanto na eleição de bens jurídicos, fatores que, em um sistema garantidor de liberdades individuais e direitos humanos, deveria ser fundamento maior para a criação de novos tipos penais.

Destarte a criação do tipo sugerido pelo PL 5.555/2013 estar em consonância com a dosimetria da pena, ao criminalizar a conduta entre 3 meses e 1 ano de detenção, a topografia penal não parece adequada, em razão de se

¹⁹⁰ TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*, p. 75-87

¹⁹¹ *Id. Ibid.*

categorizar crime contra a honra, e assim, permitir uma dificuldade maior na aplicação da penal em decorrência da natureza privada da ação penal.

Também vê que se distancia do delito do artigo 154-A, embora naquele caso, a titulação do bem jurídico da intimidade é subsidiária ao crime de violação de segredos, tendo que assim ser reformulada para englobar também as violações de natureza íntima.

Afinal, também não seria adequado criminalizar o delito de divulgação não consentida de imagens íntimas na sistemática exclusiva de delitos sexuais como estupro ou violação sexual mediante fraude, uma vez que estes são por natureza mais graves e socialmente mais danosos.

Nesse caso, é preferível que nossa Legislação penal oferecesse guarida para a proteção da intimidade em todos os casos, não apenas nos casos de pornografia não consensual, assim resguardando a eventual criação de um tipo penal em um Frankenstein metodológico.

4.1.1 Princípio da Subsidiariedade e Bens Jurídicos Penais

Convém recordar que o princípio da lesividade não é o único limite material que legitima o Estado a qualificar uma conduta como delitiva¹⁹², como estabelecido por Ferrajoli, pois ocupa posição de destaque junto com o postulado da intervenção mínima do direito penal.

Marto NUÑEZ afirma que a intervenção mínima é um dos princípios informadores do direito penal de maior conteúdo ético, filosófico e jurídico-político daqueles que sustentam a ciência dos delitos e das penas¹⁹³.

Entretanto, por mais que a doutrina consagre o princípio da intervenção mínima com o mesmo berço que o princípio da proteção de bens jurídicos, ou seja, o período da Ilustração, registra-se que, na verdade, desde a segunda década do século XIX, as normas penais criminalizadoras "cresceram" demasiadamente, ao ponto de espantar os penalistas dos mais diversos parâmetros culturais.

¹⁹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte general. Barcelona: PPU, 1994, p. 95 e ss.

¹⁹³ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. El principio de intervención penal mínima. Anuario de Derecho Penal, n. 40, 1987, p. 99.

John Locke, quando parte da premissa de que antes de os governos existirem, os homens possuíam direitos iguais e inalienáveis, dentre os quais a liberdade, a vida e a propriedade, defendia a ideia liberal de que ao governo caberia somente proteger estes direitos, baseado no consentimento, o que, conseqüentemente, limitava seu poder.¹⁹⁴

Montesquieu, por sua vez também se manifestava a favor do postulado da intervenção mínima do Estado na sociedade, ao afirmar que, nos regimes livres, ao contrário do que sucedia nos despóticos, educar tinha mais relevância do que punir.¹⁹⁵

Estas ideias representavam pensamentos isolados, porém, demonstravam que estes intelectuais cada qual ao seu tempo, já buscavam justificar a limitação da intervenção punitiva estatal, questionando a eficiência das leis penais e tentando colocar freios à tendência expansiva que permeava o sistema penal daquela época.

Beccaria e depois Von Liszt, acabaram por desenvolver o postulado da intervenção penal mínima, dotando-lhe como limite necessário e imprescindível ao poder punitivo do Estado.

Este princípio, nos dias atuais, representa uma orientação político-criminal restritiva do *ius puniendi* e que se justifica pela própria natureza do direito penal e da concepção material do Estado Social e Democrático de Direito.

Neste aspecto, surge como forma de se confirmar que o direito penal se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, denotando-se seu caráter de ultima ratio, marcado pela subsidiariedade e pela fragmentariedade, no sentido da necessidade do legislador selecionar os bens jurídicos que mereçam a tutela penal.

O Direito Penal, portanto, não deve ser a *prima* ou a *sola ratio* na luta contra a criminalidade, senão, a fronteira final a que se busca quando se

¹⁹⁴ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas, de Maquiavel a nossos dias*. 3. ed. Trad. Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1986, p. 101.

¹⁹⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

esgotaram outros meios menos traumáticos, lesivos e que impõem menos carga e restrições aos direitos dos cidadãos.

Ao traçar um paralelo entre este postulado político-criminal com a conduta de violação da intimidade e da vida privada, um questionamento se faz presente: quais serão os meios menos graves e menos violentos para se resolver os problemas atinentes ao aumento da divulgação de imagens íntimas sem o consentimento do fotografado?

Em um Estado de Direito, o Direito Penal deve por regra constituir-se como uma arma subsidiária, a ser utilizada de forma a configurar somente a *ultima ratio*.

Esta característica penal representa uma gradação da atividade sancionadora administrativa e penal. Em outras esferas, uma intervenção repressiva por meio de infrações e sanções administrativas é suficiente. Ou seja, sempre que possível que se alcance a tutela do bem jurídico mediante o recurso de um poder sancionador administrativo, deverá se preferir este à lei penal, por resultar menos severa.

Sem embargo, não se pode olvidar que existem ferramentas administrativas eficientes quando uma imagem divulgada sem o consentimento do retratado acaba por terminar em algum recôndito do mundo virtual.¹⁹⁶ Sendo espécies de controle social informal, são deveras hábeis para resolver problemas referentes às condutas que não provoquem graves lesões à intimidade e à vida privada, e devem ser buscadas e utilizadas como resposta imediata ao compartilhamento.

Entretanto, quando se constituem em um lapso temporal mais longo, a retirada manual das fotos íntimas publicadas pode se tornar um pesadelo maior do que a própria divulgação, haja vista que obriga a vítima a reencontrar-se toda vez com seu próprio infortúnio.

A segunda medida preventiva corresponde à utilização do direito privado, em especial do direito civil, na luta contra a divulgação de imagens

¹⁹⁶ Abordou-se as políticas de privacidade e compartilhamento de informações nas redes sociais no segundo capítulo deste trabalho.

íntimas. Contudo, é importante expor que este ramo do direito não possui efetivamente caráter intimidatório, senão reparatório da violação.

Através da teoria formal dos negócios jurídicos, chega-se à conclusão de que o consentimento teria características semelhantes à de contratos firmados entre as partes, cuja finalidade estrita deve ser transacionada entre as duas partes.

Não obstante, deve-se advertir que, por mais que a parte assumira um risco de ter sua imagem devassada nas redes sociais por meio da violação da intimidade, aquele que divulga poderá responder, nas circunstâncias legais, por eventual condenação ato ilícito, seja por divulgação não autorizada de imagem ou por danos morais por causar situação ofensiva.

Atuaria o direito privado nesta hipótese como um meio de desestímulo à prática, ou de modo diverso, funcionaria como uma forma de controle extrapenal, consistente em prevenir e impedir que as imagens publicadas causassem dano de monta além do que pode suportar o ofendido.

Por fim, importante também a ressaltar a atuação do direito administrativo, por meio do Marco Civil da Internet como meio não penal de controle da proliferação desta grave modalidade de violação de direitos fundamentais.

O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo¹⁹⁷.

Não possui assim por finalidade, o ímpeto de "castigar" em sentido estrito aos supostos agressores, mas de outro modo, visa a controlar as

¹⁹⁷ Marco Civil da Internet

operações que de forma cotidiana são utilizadas para o funcionamento do compartilhamento de imagens ilícitas.

Ainda atinente a este assunto, superadas as concepções clássicas de distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, prepondera, doutrinariamente, a tese da diferenciação meramente quantitativa entre estas duas modalidades de ilícitos, restando definido que a característica deste último seria o seu menor conteúdo de injusto.

Diante deste panorama, deverá ser feita uma distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. O primeiro persegue proteger bens concretos, em casos também específicos, e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. Já o direito administrativo sancionador persegue ordenar de modo geral, setores de atividade (reforçar mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial).

Por isso não teria porque seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deveria, melhor, atender a considerações de afetação geral; assim mesmo, não teria porque ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade).¹⁹⁸

De todas as maneiras, SILVA-SANCHEZ reconhece a opção político-criminal de se utilizar previamente o direito penal e da prevenção, via sanção administrativa, para hipóteses excepcionais quando a resposta penal estatal não teria a eficiência desejada.

Parece evidente que a existência de um bem jurídico da intimidade e da vida privada se constitui em condição necessária para a devida incriminação de conduta de divulgação de imagens sexuais não consentidas, porém, não sendo suficiente este aspecto, deve ser pesquisado sobre a carência de tutela penal, em respeito ao princípio da ofensividade.

Por outro lado, tendo em conta que o direito penal deve apresentar-se como a *ultima ratio* da política de controle social, sua intervenção

¹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 125.

somente será legítima quando forem insuficientes outros meios de proteção aos bens jurídicos protegidos na criminalização do delito, a exemplo de outros ramos do direito.

Conclui-se que, se utilizado o direito administrativo sancionador de maneira primária, como meio eficaz de controle social informal no tocante ao combate à este tipo de conduta, se atinge o objetivo de controle da divulgação das imagens potencialmente danosas à vítima.

Entretanto, apesar de ser a primeira fronteira da defesa, no que tange aos crimes cometidos por meio informático, a tendência de tais imagens é multiplicarem-se indeterminadamente, tornando sobremaneira excessiva e ineficiente a atuação de um direito administrativo sancionador.

Surgiria então, a necessidade de se impor tutela penal para o delito, haja vista que nem o direito administrativo sancionador, nem mesmo a reparação civil são capazes de encontrar um destinatário da violação, senão aquele *paciente zero*, suspeito de ter dado início à divulgação das imagens.

O fato é que, em um marco de um regime liberal-democrático, o recurso à criminalização de condutas somente pode ser defendido se tal iniciativa cumpre, ao menos, com dois requisitos essenciais: um, da preexistência de um interesse social cuja importância justifique sua tutela através da ameaça penal; outro, a demonstrada ineficácia do resto das instâncias de controle social, jurídicas ou não jurídicas, para proteger esse mesmo interesse.

Assim, a decisão político-criminal de penalizar a violação da intimidade somente estará investida da necessária legitimidade constitucional se for capaz de cumprir com as premissas acima assinaladas.

4.1.1 Princípio da fragmentariedade e ultima ratio

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

O Direito Penal - já afirmava Binding - não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal.¹⁹⁹

O caráter fragmentário do Direito Penal - segundo Muñoz Conde, apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

Reconhecendo o caráter fragmentário do Direito Penal²⁰⁰, é imperativo salientar que o elenco de bens jurídicos deve vincular-se ao rol de valores constitucionais, de tal forma que o legislador infraconstitucional não está autorizado a inflacionar ou multiplicar os bens jurídicos tutelados penalmente para além dos limites estabelecidos no texto constitucional.

FERRAJOLI se posiciona, nesse sentido, contra a inflação dos tipos penais:

O resultado de tal inflação, apenas polida pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de “bem penal” como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a causalidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato, à desvalorização da ideia mesma de “bem” e indicam sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal. A análise dos bens, valores ou privilégios legalmente tutelados reveste-se de uma relevância não só científica senão também política, pois proporciona o pressuposto de toda valoração crítica e de toda consideração de reforma do direito vigente. Se é certo, como escrevera Jhering, que: “a tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais” e que

¹⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 73.

²⁰⁰Sobre o caráter fragmentário do Direito Penal: “Resumindo, “caráter fragmentário” do Direito Penal significa que o Direito Penal não pode sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra os bens mais relevantes” (BITENCOURT, 2015, p. 54).

“colocando de um lado os bens sociais, e, de outro, as penas, consegue-se chegar à escala de valor da sociedade”, é difícil negar o carácter pletórico, antiliberal, irracional, tendenciosamente classista, e contrário à Constituição, da escala de bens tutelados por nosso direito penal, em contradição com o escasso valor outorgado à liberdade pessoal, inclusive, em face da prática de infrações levíssimas.²⁰¹

Cumpre salientar que é ao legislador que se incumbe a tarefa de seleção de bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. A figura do legislador, contudo, costuma responder aos anseios da sociedade na seleção de tipos penais que serão criados, pouco importando o elenco de bens jurídicos que a novel criação legislativa pretende defender.

Isto é, a política criminal de cada época é que define a seleção dos comportamentos que devem ser punidos, com a consequente – e posterior – valoração dos bens jurídicos que devem ser tutelados, à exemplo do que ocorreu com o feminicídio na legislação pátria. Nesse sentido, a eleição de bens jurídicos varia dentre as sociedades, por meio de um critério valorativo-cultural, em face da necessidade cada época e de cada sociedade.

Jorge de FIGUEIREDO DIAS e Manuel da Costa ANDRADE²⁰², lecionam que:

Há crimes – e não caberá aqui enumerá-los – que exprimem um inequívoco consenso de toda a colectividade e que despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade. Trata-se, além disso, de crimes comuns à generalidade das sociedades e tendencialmente constantes ao longo da história. Não faltam, porém, crimes criados para emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um determinado arquétipo de organização econômica, social ou política. Tais crimes constituem sempre, de forma mais ou menos imediata, afloramentos de uma determinada conflitualidade, porquanto a criminalização nesta área pressupõe o exercício do *poder* no interesse de uns, mas impondo-se a *todos*.

Pode-se, assim concluir, que é impreterível reconhecer que o carácter fragmentário do Direito Penal impõe um mandamento ao legislador

²⁰¹ FERRAJOLI. *Op. Cit.*, p. 380

²⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia* – O homem delinquente e a sociedade crimógena. Coimbra: Coimbra Editora. 1997.; p.89

infraconstitucional que restringe a criação desenfreada de bens jurídicos, limitando tal tarefa criadora ao plano daqueles valores previamente indicados pela Constituição como particularmente importantes e, portanto, merecedores de intensa proteção jurídica quando necessário para a proteção de um específico bem jurídico contra lesões dotadas de considerável gravidade.

4.1.2 Princípio da Proibição do Excesso e Proibição da Proteção Deficiente

Estes dois postulados compõem o celoma do Princípio da Proporcionalidade, a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

A proibição do excesso cuida-se de abrigar o direito de liberdade dos cidadãos, em dois momentos distintos, o primeiro, quando da elaboração e criação de leis penais. O segundo, quando da aplicação da norma penal pelo órgão jurisdicional.

No que compete à função legislativa, o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) deve funcionar como um mandamento de limitação do poder punitivo do Estado, por meio de seu legislador, para conter a punição desnecessária de comportamentos que não possuem relevância pelo Direito Penal, ou ainda, comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.

Conforme idealizada por FERRAJOLI, a teoria do Garantismo Penal se trata de modelo normativo de direito que surgiu no campo do Direito Penal como um sistema de limites ao poder punitivo estatal em garantia dos direitos e liberdades do indivíduo como fundamento de uma teoria de democracia constitucional. Vincula-se, portanto, ao mesmo tempo, ao conceito de Estado de Direito, revelando-se um modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal.

O garantismo poderá ser descrito da seguinte forma: não há pena sem crime; não há crime sem lei; não há lei sem necessidade. Não há necessidade sem uma concreta lesão ao bem jurídico; não há essa lesão sem

uma conduta; não há essa conduta sem culpa. Apenas é possível o reconhecimento de culpa por órgão judicial; necessitando o órgão judicial de ser provocado; sendo necessário que a provocação tenha base em provas; sendo que as provas só existiram se submetidas ao contraditório²⁰³.

Portanto, basta dizer que o garantismo preconiza a utilização de um direito penal racional, enxuto, que se resume na previsão de um máximo de bem-estar para o ofendido, e um mínimo de mal estar para o ofensor.

Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como mal menor - ou seja, somente se menor, menos aflictiva e menos arbitrária - se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziram na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva²⁰⁴.

Se por um lado o Estado não pode se valer do *ius puniendi* para praticar arbitrariedades atentatórias aos princípios basilares da Constituição, por outro, no Estado de Direito, tem o dever de proteção integral de todos os direitos fundamentais, não havendo mais como se falar apenas em uma função de proteção negativa do Estado, ou seja, aquela contra os abusos estatais.

A segunda verificação do princípio da proibição do excesso faz correlação à aplicação da norma penal pelo órgão julgador. Por este raciocínio, evita-se a punição exagerada de fatos de menor importância por meio de interpretação consciente dos tipos penais.

Elucida FERRAJOLI que há alguns problemas a se pensar quando da determinação da pena e do cálculo penal. Certamente, a Lei Penal estabelece limites mínimos e máximos para a cominação das penas, e deve o julgador utilizar-se desses critérios estabelecidos por lei, à exemplo daqueles estabelecidos no art. 59 do diploma repressivo pátrio.

Estas especificidades – que fazem cada fato ser diferente do outro ainda quando estejam previstos na mesma figura penal – constituem em seu conjunto a conotação do caso submetido a juízo, cuja

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002

²⁰⁴ Id., p. 271

individualização e interpretação competem ao juiz não menos do a verificação ou prova da denotação do fato como delito. E justifica-se, precisamente conforme o princípio de igualdade, a graduação equitativa da medida da pena para cada fato singular conotado, dentro dos limites máximos e mínimos (em qualquer caso sob os limites máximos) estabelecidos pela lei para a totalidade dos fatos nela previstos)²⁰⁵.

A Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 apresenta um exemplo de como a atuação do juiz pode exacerbar a intensidade da repressão a que pretendeu a norma penal, quando do abrigo de determinadas ações antijurídicas sob um tipo penal relativamente amorfo, como a expressão “*ou outro ato libidinoso*” que consta do artigo 213 do Código Penal brasileiro.

Consequentemente, o ato constranger alguém ao envio de fotos eróticas ou pornográficas²⁰⁶ foi, em recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí categorizado como “estupro virtual”. Na decisão que permitiu a prisão preventiva do acusado, o juiz da Central de Inquéritos de Teresina foi categórico ao afirmar que se tratava de uma nova modalidade de estupro permitida pela já mencionada reforma do estatuto repressivo.

Em entrevista²⁰⁷, o magistrado afirmou que se tratava do crime de *sextorsão*, que implica na utilização de um meio (como a internet) para que a vítima seja constrangida a se exhibir de modo lascivo ou pornográfico.

Sem prejuízo da análise jurídica que se poderia levar a cabo, acerca da afrontosa abertura do tipo penal de estupro, com a presença do elemento normativo “outro ato libidinoso” e quanto à desproporcionalidade patente em relação à inaceitável previsão abstrata da mesma pena privativa de liberdade para fatos diversos que podem surgir no caso concreto, os quais, apesar de direcionados à mesma tipicidade formal, substancialmente, apresentam valoração jurídica e reprovação social diametralmente opostas, deve-se afastar o pensamento, extraído da decisão judicial em menção, de que a vítima, constrangida pelo agente, que pratica ato libidinoso em si mesma conduz à responsabilidade penal daquele pelo crime de estupro.

²⁰⁵ FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 324

²⁰⁶ Ver item 3.2.2 acerca dos vícios na obtenção da imagem.

²⁰⁷ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WtdfJH1UV8c>. Acesso em 21.04.2018

Indaga FERRAJOLI:

Uma vez aceita conforme certas interpretações e provas a verdade jurídica e fática de uma determinada imputação, quais são os critérios pragmáticos aos quais o juiz deve-se ater na decisão sobre a qualidade (se, não obstante a reserva antes formulada, a lei prevê alternativamente vários tipos) e sobre a quantidade (se a lei estabelece um limite máximo e um mínimo, ou se, inclusive, não necessita de limite algum) da pena?²⁰⁸

Entender o caso acima relatado como estupro, desprovido do gravíssimo componente da violência física ou grave ameaça caracterizadas pela dominação avassaladora das forças do autor em detrimento das forças da vítima, seria relativizar a norma penal ao ponto de que esta se torne exatamente aquilo que o julgador deseja, dando espaço para autoritarismos contrários aos postulados centrais do Direito Penal garantista e dos Direitos Fundamentais.

Ou seja, pela presente máxima da proibição de excesso, deve estar o magistrado subsumido ao tipo penal do qual ele poderá, nos termos do artigo 59 computar e valorar a pena, porém, não ultrapassando aquilo que o legislador classificou como tipo penal.

Na outra face dos postulados que o princípio Proporcionalidade abriga, o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente retrata que se por um lado, não se admite o excesso, por outro não deve se admitir que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que fiquem aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger.

É o que se relata acerca do Direito à Intimidade. Como já demonstrado, cuida-se a intimidade de um dos mais fundamentais dos direitos humanos, pois se trata de um personalíssimo direito a si mesmo. Sendo assim, inexplicável que o Direito Penal pátrio não atribua à intimidade maior valor em seu estatuto repressivo.

Anteriormente à Lei 12.737/2012, o direito à intimidade era visto mais como uma prevenção da atuação estatal em face de um particular do que na violação da esfera de intimidade e privacidade de um indivíduo por outro,

²⁰⁸ FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 325

conclusão que se depreende da mera leitura dos incisos XI e XII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nem mesmo com o advento da supracitada lei, a proteção da intimidade se faz de maneira especialmente presente no ordenamento jurídico-penal pátrio, haja vista a espécie de proteção que traz o artigo 154-A do Código Penal Brasileiro ser frontalmente mais próxima da segurança digital de informações do que de penalizar efetiva violação da intimidade.

Neste diapasão, Lenio Luiz Streck²⁰⁹ entende haver uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais, a proteção negativa, que tutelas as ações excessivas, e a proteção positiva contra omissões estatais.

O Estado deve buscar proteger seus cidadãos dos excessos em suas próprias condutas, pois não pode o Poder Público se intrometer excessivamente, além do justificável, na esfera individual. Assim, há um dever de abstenção, de não fazer algo. De maneira equivalente, não se pode deixar de reconhecer a existência de um dever estatal de agir quando necessário à proteção da população, pois alguns dos direitos constitucionalmente garantidos exigem condutas positivas do Estado para sua efetivação.

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando direito fundamental de outra.²¹⁰

²⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? Disponível em: <https://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/57389/dever-de-protecao-qual-a-semelhanca-entre-o-furto-privilegiado-e-o-trafico-de-drogas>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2018.

²¹⁰ *Id. Ibid.*

Ingo SARLET, assevera que também é dever do Estado guardar a proteção de seus jurisdicionados, e que esta proteção não pode ser desprovida de aplicabilidade.

O Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).²¹¹

Não se pode, portanto, olvidar a respeito da existência de uma obrigação positiva estatal quanto a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à intimidade, que consta tanto do rol positivado em nossa Constituição quando do status de bem jurídico-penal previsto de maneira inadequada no estatuto repressivo.

4.2 Tutelar a honra, a liberdade sexual ou a intimidade?

Finalmente, para que se possa atender aos desígnios de um Direito Penal que respeite as garantias individuais e fundamentais, que assevere a necessária proteção ao indivíduo e observe o máximo de liberdade possível, deve-se indicar coerentemente qual bem jurídico pretende uma norma tutelar.

4.2.1 O bem jurídico da Honra

Honra é um sentimento, que deriva de uma apreciação do valor intrínseco da personalidade. Origina-se no latim *honor*, e forma o verbo *honrar* (de *honorare*), indica a própria *dignidade* de uma pessoa, que vive com

²¹¹ SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003, p. 86.

honestidade, pautando seu modo de vida nos ditames da moral. Equivale ao *valor moral da pessoa*, conseqüente da consideração geral que é tida.

Magalhães Noronha conceitua honra como: “o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria”.²¹²

Costuma-se distinguir a honra em subjetiva e objetiva. Aquela confunde-se com a paz interior, a interação do “eu” real ao “eu” atual. O fato de valorização pessoal, bem como da obtenção de um equilíbrio emocional. A honra objetiva é a reputação, estampa com que se apresenta perante os outros, o crédito social adquirido.

A honra subjetiva é adquirida por meio do julgamento internalizado da pessoa humana, que esta promove de si, enquanto que a honra objetiva é o julgamento que a sociedade faz do comportamento de seus pares, segundo padrões morais num determinado momento histórico.

Independentemente do conceito da distinção entre honra objetiva e subjetiva, Bittencourt leciona que: “honra é valor imaterial, insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza, inerente à própria dignidade e personalidade humanas”.²¹³ O autor finaliza sua conclusão ao dizer que o bem jurídico é pretensão ao respeito da própria personalidade.

Portanto, esse bem de significativo valor para o aperfeiçoamento da individualidade merece a tutela do Estado. Segundo Nélon Hungria:

“assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral”.²¹⁴

Ao fim e ao cabo, estrutura HUNGRIA, que a lei penal defende não só as discórdias e represálias da no seio da convivência civil, como também

²¹² NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva. 1992, p. 122

²¹³ BITTENCOURT. *Op. Cit.*, p. 350

²¹⁴ HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VI. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1980, p. 39

visa a impedir que se frustrasse o justo empenho do indivíduo em merecer boa reputação pela sua conduta no zelo de deveres socialmente úteis.

Já penalista chileno Alfredo ETCHEBERRY singulariza que a honra subjetiva, como qualidade moral, refere-se em três aspectos distintos, relacionados com sua valoração ética: a) o verdadeiro mérito interno da pessoa, o que ela efetivamente “vale”, em uma realidade metafísica considerada; b) a autovaloração, ou seja, o que a pessoa crê que seja sua honra ou seus méritos, e; c) o sentimento de honra, isto é, a vontade de afirmar o próprio mérito ante os demais.²¹⁵

O que pode-se concluir é que o valor moral intrínseco da pessoa não pode ser lesionado por ato de terceiro, senão por suas próprias ações, e do mesmo modo, a opinião que uma pessoa tenha de si mesmo só pode se alterar por meio da reflexão própria que o indivíduo faça de seu comportamento em relação com as normas éticas que professe.

4.2.2 O bem jurídico da Liberdade Sexual

Indiscutível é o papel da dignidade da pessoa humana como princípio regente do ordenamento jurídico, até mesmo do Direito Penal. A dignidade implica nos valores íntimos de respeitabilidade e autoestima, e constitui presença marcante na formação da sua personalidade.

A liberdade sexual conecta-se à dignidade da pessoa humana no sentido que dá à cada indivíduo o direito de seu desenvolvimento sexual da forma como bem lhe aprouver, cujo limite resta apenas em seus valores mais íntimos.

É consentâneo afirmar que a liberdade sexual se conecta diretamente com os direitos da personalidade. Guilherme de Souza NUCCI leciona:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida

²¹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho Penal**. Parte especial. Tomo 3. 3 Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1997, p. 152

privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade com bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.²¹⁶

Desta forma, o exercício da atividade sexual deve ser considerado como parcela integrante da intimidade e da vida privada, e como tal, só podem ser invocadas alterações anímicas por aquele que as detém.

Normalmente se postula que a liberdade sexual é uma parte ou dimensão da liberdade, como atributo inerente à pessoa humana. Em outras palavras, seria a própria liberdade geral do indivíduo, referida em um âmbito concreto de sua atividade humana, quer seja, a esfera sexual.

Neste sentido, melhor afirmar que a liberdade sexual se define como a faculdade de dispor do próprio corpo sem mais limitações do que o respeito pela liberdade alheia, e ao mesmo tempo, como direito de repelir as agressões sexuais de outro.

Com base nesse conceito, DIEZ RIPOLLES²¹⁷ distinguiu duas dimensões da liberdade sexual: a) o caráter positivo, que se refere à livre disposição do indivíduo acerca de suas atividades sexuais, ou seja, o direito de exercer livremente qualquer forma de comportamento sexual, nas circunstâncias que desejar e com qualquer pessoa que deseje, e; b) caráter negativo, representado pelo direito de que a pessoa não seja importunada, violada ou constrangida sem seu consentimento, por outro indivíduo em um contexto sexual.

Liberdade sexual, portanto é uma conduta mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo – e só ele – tem o direito de atuar e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer. Ao punir condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal está a tutelar sua liberdade sexual.

²¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015, p. 31

²¹⁷ RIPOLLES, José Luiz Diez. **La protección de la libertad sexual**. Barcelona: Bosch. 1985, p. 23-24

4.2.3 Consentimento e pornografia não consensual.

No aspecto da punibilidade, constata-se que, em nosso ordenamento jurídico, o bem jurídico “*honra*” se trata de um direito disponível, haja vista que nosso ordenamento jurídico pátrio reserva exclusivamente à vontade do ofendido a iniciativa para a ação penal.

BITTENCOURT ressalva que além dos institutos da *renúncia* e do *perdão*, é absolutamente discricionário ao sujeito passivo a decisão de processar ou não o sujeito ativo, e, mesmo após o início da ação penal, facultar-lhe o direito de renúncia ao direito de queixa ou de perdoar o agente.²¹⁸ Ou seja, em razão do caráter privado dos crimes contra a honra, e a possibilidade de dispor do bem jurídico “*honra*” *por absoluta vontade* do ofendido o *consentimento* exclui a tipicidade dos crimes.

O conceito ora estudado acerca da *honra*, bem como os limites privados da atuação penal ante a ofensa deste delicado bem jurídico gera conflito irreparável quando se opõe à ele a conduta de divulgação não consentida de imagens íntimas.

Insta ressaltar que o Projeto de Lei 5.555/2013, de autoria do Deputado João Arruda, quando da relatoria da Dep. Rosinha, foi categórico ao afirmar que o bem jurídico violado pela conduta de pornografia não consensual ofende primariamente o bem jurídico da honra.

Ou seja, a divulgação de imagens de nudez e ato sexual está mais próxima dos crimes de Calúnia, Injúria e Difamação – contra o bem jurídico “Honra” – do que dos crimes de Estupro, Violação sexual mediante fraude e Assédio sexual – contra o bem jurídico “Liberdade Sexual”. Parece claro que o tipo em discussão não constitui crime contra o corpo da vítima, como os últimos citados.²¹⁹

Pelos estudos realizados segundo a metodologia do trabalho, é impossível concordar com a afirmação do referido substitutivo, apresentado pela

²¹⁸ BITTENCOURT. *Op. Cit.*, p. 351

²¹⁹ BRASIL. **Projeto de Lei 5.555/2013**. Aut. Dep. João Arruda. Rel. Dep. Rosinha. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>. Acesso em 24 de fev. de 2016

Relatora, pois a *honra* não representa a melhor escola de bem jurídico pelo Legislador para a tutela penal eficiente.

A honra, apesar de seu caráter altamente subjetivo, representa apenas uma parcela dos direitos da personalidade. A ofensa à honra, quando realizada por meios injuriosos ou difamatórios não tem o caráter de romper a barreira da intimidade pessoal da vítima, senão do juízo que a sociedade promove de tal pessoa.

Na classificação dada por ETCHEBERRY²²⁰, o valor intrínseco da honra, como mérito próprio e autoavaliação, não pode ser objeto de tutela penal da honra, pois o valor moral íntimo da pessoa, seu juízo próprio, não pode ser lesionado por terceiros.

No problema da iniciativa para a proposição de ação penal, na sistemática dos crimes contra a honra, nosso ordenamento jurídico considera tal bem jurídico como absolutamente disponível. Em tais casos, a iniciativa da ação penal cabe exclusivamente à vítima, pois é esta que, unicamente, tem interesse em ver o juízo externo feito de si alvo de sanção punitiva aplicada pelo Estado.

Contudo, a intimidade tem valor profundo no desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, sendo a base fundamental dos direitos da personalidade. Para tanto, o Estado deve representar guardião deste direito fundamental, pois deve ser ele o guardião e o destinatário de tais direitos.

Nesse sentido, Claus-Willhem CANARIS afirma:

“E aqui a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* ajuda-nos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a “eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros”, da qual, na substância, se trata aqui (isto, se não quisermos renunciar totalmente ao uso da expressão, para o que não faltam argumentos). Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também - de certa forma por uma via indirecta - efeitos em relação a eles:

²²⁰ ETCHEBERRY, *Op. Cit.*, p. 152

justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro”.²²¹

Portanto, não se pode comportar que a ação penal, nos casos de crimes contra a intimidade poderia apenas se tratar de uma iniciativa privada da parte, senão da buscar do Estado em salvaguardar um direito fundamental tão expressivo quanto a intimidade.

Ao compulsar da análise detida da conduta de divulgação de imagens íntimas, não se pode apresar à conclusão de que a violação se dá apenas à honra do ofendido, uma vez que a violação não se dá tão somente no juízo que faz a sociedade faz da vítima, mas também na violação de sua intimidade, de seu direito mais fundamental como pessoa.

Conclui-se que, apesar da conduta de divulgação de imagens íntimas violar juízo social acerca da pessoa, deve se preocupar o Direito Penal com um valor deveras maior, que é o valor intrínseco da intimidade.

Na esfera do Direito Penal Sexual, há que se tomar devida cautela em se trabalhar com o conceito de consentimento, pois como se tem mostrado nos casos narrados de divulgação de imagens íntimas que certas vítimas, de um modo ou de outro, contribuíram para a agressão do bem jurídico de que são titulares, podendo ser consideradas, pelo menos em um sentido amplo, como parcialmente corresponsáveis por tal lesão.

SILVA-SANCHEZ considera que neste caso, sem o estudo adequado sobre a vítima, existiria possibilidade de se invocar técnicas exculpatórias do autor, chamadas por ele de técnicas de naturalização.²²²

Seu estudo guarda importância pela correlação que se faz entre o direito da vítima em exercer sua liberdade sexual e de ter respeitada sua intimidade pelo parceiro e as divulgações indevidas de material íntimo.

Não obstante as novas perspectivas de política criminal em relação à vítima, nos delitos sexuais seu protagonismo reveste da própria

²²¹ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina. 2009, p. 58

²²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 145 e ss.

essência desta categoria de delitos, uma vez que é a partir de sua manifestação de vontade que se poderá identificar a prática do crime.

Nos crimes sexuais, portanto, o dissenso da vítima é a base da construção de todo injusto típico. Seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica. Cabe indagar, portanto, em quais circunstâncias o consentimento da vítima poderá ser considerado válido a ponto de afastar consequências penais, ainda que seja verificada a existência de elementos do tipo.²²³

Para que o consentimento seja válido, em primeiro lugar, deve ser manifestado por aquele que consente com o ato sexual, de forma que seja possível de ser apreendido. A exteriorização da vontade, desta forma, é fundamental na avaliação do consentimento, uma vez que deve ser inequívoca, capaz de afastar o elemento “violência ou grave ameaça” presente nos tipos penais referentes a estes delitos. Esta exigência, conforme Roxin²²⁴, justifica-se pela impossibilidade probatória das vontades internas (tanto do agente quanto da vítima) para a configuração do tipo penal.

Outro fator muito relevante para a análise dos delitos sexuais é o alcance do consentimento dado pela vítima. Sendo assim, deve também o autor ser capaz de compreender e respeitar tais limites, uma vez que o consentimento deve ser sempre visto como expressão da liberdade de ação em geral, sendo eficaz somente quando houver expressão suficiente de seu limite e das consequências de sua violação.

Finalmente, havendo compreensão e respeito à este limite e sendo o consentimento exteriorizado de modo a ser apreendido, sua validade depende da inexistência de qualquer vício.

²²³ PIERANGELI, *Op. Cit.*, p. 72 e ss

²²⁴ ROXIN, Claus. ***Derecho penal: parte general***. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 533

4.2.4 O valor da intimidade

Como visto, tanto nos crimes contra a honra quanto nos crimes contra a liberdade sexual, há um valor intrínseco que não pode ser ignorado pelo ordenamento jurídico-penal como valor autônomo e individual, também passível de proteção pelo Direito Penal.

Deduz-se que, se na honra há valores internos que a sistemática de crimes contra a honra não pode proteger (violações de caráter íntimo) e que a sistemática de crimes contra a liberdade sexual pode ultrapassar o limite protetivo imposto pelo bem jurídico (consentimento na divulgação das imagens), a conduta de divulgação de imagens íntimas sem o consentimento da vítima deve permear, em absoluto, à proteção dos direitos à intimidade.

Neste sentido, a intimidade ganhou força no Ordenamento Jurídico constitucional com a promulgação da Constituição de 1988, mas ainda deixa a desejar no Ordenamento Jurídico Infraconstitucional, especialmente o Ordenamento Jurídico-Penal.

Ao fim e ao cabo, deve-se evitar que mais uma vez, o bem jurídico da intimidade seja novamente ignorado pelos legisladores. Sendo assim, a legislação brasileira só poderá considerar respeitosa dos direitos e garantias fundamentais se o Direito à Intimidade, e conseqüentemente, a Intimidade Sexual, forem consideradas pela legislação como bem jurídico autônomo, de valor indisponível e com limites específicos para sua atuação.

5 CONCLUSÃO

Como consequência da busca atual pela Liberdade e Dignidade Humana, recentemente têm sido resgatados conceitos que podem servir para expressar estes referidos valores, outrora mitigados por paradigmas coletivistas. Desse número indeterminado de conceitos que resgatam à pessoa seus valores mais fundamentais, conclui-se o destaque de fundamentais acepções no exercício da Liberdade e da Dignidade Humana.

O primeiro deles foi a autodeterminação. Como o demonstrado, uma pessoa só pode ser verdadeiramente livre se a ela for conferida a capacidade de decidir e agir conforme sua própria vontade. Ser livre, então, significa agir voluntariamente, sendo esta vontade determinada exclusivamente pelo próprio indivíduo. Isto é, diante de determinada situação, uma pessoa pode agir de uma maneira ou de outra, sem depender da decisão de outrem, senão dela própria.

Nesta perspectiva de autodeterminação, não se pode olvidar que no tocante à uma sociedade pluralista, nem Estado nem indivíduos podem ofender as escolhas individuais de alguém em qualquer matéria íntima, especialmente a manifestação da sexualidade. Para tanto, faz-se necessário uma sistemática verdadeira e eficiente de proteção ao Direito à Intimidade e à Vida Privada, deixando de lado a mera classificação da esfera íntima como Direito Fundamental.

Através da exposição dos argumentos a favor da Teoria do Bem Jurídico em complemento ao Direito Fundamental à Intimidade, concluiu-se que o Estado de Direito deve buscar fundamentar suas normas em um sistema penal que garanta para o indivíduo a necessária proteção e o exercício do máximo de liberdade possível desses direitos.

O que se constata após a apresentação destes argumentos é que o atual Ordenamento Jurídico-Penal não dispõe forma adequada de sanção contra violações da intimidade e da vida privada, bem como não apresenta forma efetiva de proteção da capacidade de alguém autodeterminar sua vida íntima e sua privacidade.

Ademais, demonstrou-se a seriedade e a gravidade da conduta de divulgação não consentida de imagens íntimas, cujos efeitos são sentidos permanentemente por suas vítimas, uma vez que os conteúdos dispersos na Rede Mundial de Computadores são encontrados anos depois de sua propagação inicial.

Assim, depreende-se que a Rede Mundial de Computadores é também uma das facetas da sociedade de risco, não só de risco coletivo em razão do potencial destrutivo de condutas ainda indeterminadas, mas de risco individual na complexidade dos danos sociais causados pela exposição não consentida de imagens íntimas

Consequentemente, aclararam-se limites específicos para a definição do que se trata a *Pornografia Não Consensual*, especialmente no que tange à condutas já imputadas anteriormente à quaisquer movimentações legislativas acerca do tema. Para tanto, demonstrou-se conceitos de outros ordenamentos jurídicos, casos notórios e deduções feitas a partir de normas já presentes no ordenamento jurídico pátrio, como a Lei Maria da Penha, o Marco Civil da Internet e o Código Penal.

Foi através da apresentação de vários casos e hipóteses que o problema de pesquisa foi elucidado, ao demonstrar que vários casos específicos de *Pornografia Não Consensual* (como o de crianças e adolescente e as invasões por *hackers*) já se enquadravam em tipos penais determinados no ordenamento jurídico-penal. Nesse sentido, o trabalho também demonstrou que a atual legislação acerca do tema comporta ainda espaço para autoritarismos que não devem, em nenhuma forma, existir no Direito Penal.

Constatou-se, porém, que há deficiente proteção do Direito Penal no que compete a violação da capacidade individual de autodeterminação por meio da tutela de sua Intimidade, já que nossa sistemática jurídico-penal é estranhamente silente acerca do tema.

Com a análise do projeto de Lei 5.555/2013 e seus apensos e substitutivos que manifestou-se, com base nos princípios da proporcionalidade das penas, da lesividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal, que o adequado bem jurídico alvo de proteção de eventual norma penal

deve ser princípio orientador da criação legislativa, sob pena de se criar norma penal incongruente com os Direitos e Garantias Individuais.

A oposição entre honra e liberdade sexual foi utilizada para compor a sistemática fundamental do Direito à Intimidade, principalmente por entender que, metodologicamente, um Direito Penal garantidor da liberdade e da dignidade da pessoa não pode se esquivar de tutelar à intimidade do cidadão contra a intervenção de terceiros.

Todavia, é preciso informar que, apesar do PL 5.555/2013 deixar de atender os desígnios do moderno Direito Penal, o PLC 18/2017 (sua versão no Senado Federal), elaborado posteriormente ao projeto que originou este trabalho, atende aos clamores garantistas por um direito que eficazmente proteja a intimidade e a liberdade – ao menos nas expressões da sexualidade humana.

Destarte, concluiu-se que o referido projeto corrobora o argumento da despreocupação metodológica dos nossos legisladores, pois, como o demonstrado, pouco se importa sua topografia penal, ou seja, a legislação continua a não admitir que algumas violações da intimidade possam ser igualmente danosas, ainda que não se expressam na forma da sexualidade.

Por último, o que se assevera neste trabalho é a preocupação com um Direito Penal de vestes autoritárias, que deixa de proteger o cidadão para se preocupar apenas com a penalização de condutas e o inchaço do moderno Direito Penal, sem deixar de lado a esperança de que as próximas gerações de legisladores possam atentar adequadamente à estrutura garantista, tanto em matéria quanto em processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. 181 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 23

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. **O “descaso” da imprensa nacional à liberdade de expressão e a escorreita aplicação do devido processo legal**. São Caetano do Sul: Revista USCS Direito. Ano IX, n. 15. Jul/Dez 2008 75 – 94 p.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2.ed. São Paulo: LTr. 2009: p. 34.

BECK, Ulrich. **oLa sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Buenos Aires: Paidós. 1998.

BERGMAN, Michael K. **The Deep Web: Surfacing Hidden Value**. Disponível em <http://brightplanet.com/wp-content/uploads/2012/03/12550176481-deepwebwhitepaper1.pdf> Acesso em 16.7.2016

BINDING, Carlo. **Compendio de diritto penale** – parte generale, tradução de Adelmo Borettini, Roma: Atheneum, 1927, p. 197

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Lecciones de Derecho Penal**. Madrid. 1997, p. 57.

_____ **Manual de derecho penal**. Parte general. Barcelona: PPU, 1994, p. 95 e ss

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 1327.

_____ **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2015.

_____ **Tratado de Direito Penal**. Volume 2. Dos crimes contra a pessoa. 17ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2017. p. 371 a 379

_____ **Tratado de Direito Penal**, Volume 3. Dos crimes contra o patrimônio até os crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 17ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2017. p. 139 a 162

BRASIL. **Projeto de Lei 5.555/2013**. Aut. Dep. João Arruda. Rel. Dep. Rosinha. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>. Acesso em 24 de fev. de 2016

CANARIS. Claus-Willhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina. 2009, p. 58

CAVALCANTI, Maria Clara Catanho. **Identidade, discurso e ambiente virtual na pós-modernidade**. Periódicos UFSM. Acesso em 15.01.2017

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. **Criminalizing Revenge Porn**. Wake Forest Law Review, vol. 49. Winston-Salem: 2014

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas, de Maquiavel a nossos dias**. 3. ed. Trad. Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1986, p. 101.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson [coord.]. Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44-45

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007: p. 27-28

DE BEM, Leonardo Schmitt. **O princípio da proteção de bens jurídicos**. Revista Síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre: 2011

DIAZ, Claudia Lopes. **Código Penal Alemán**. Del 15 de mayo de 1871, con la ultima reforma del 31 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998 p. 76 a 78

DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1º volume. 22 ed., São Paulo: Saraiva. 2005: p. 135

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 37 – 41 p.

EATON, Asia A; JACOBS, Holly; RUVACALBA, Yanet. 2017 **Nationwide Online Study Of Non-consensual Porn Victimization And Perpetration**. Florida: Florida International University, Department of Psychology. 2017 28 p. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2017/06/CCRI-2017-Research-Report.pdf>

ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho Penal**. Parte especial. Tomo 3. 3 Ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile. 1997, p. 152

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. São Paulo: Saraiva, 2006

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta. 2004: p. 37

_____ **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002: p. 375

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Trad. Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, 2ª edição, Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 65

FRANKLIN, Zak. **Justice for Revenge Porn Victims**: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites. California Law Review, 2014

FRANKS, Mary Anne. **Drafting an effective revenge porn law**: a guide for legislators. Miami: University of Miami School of Law. 2015 p.9

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84-85

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989: p. 103

HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VI. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1980, p. 39

JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal**: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011: p. 162

_____ **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi. 1998: p. 33

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Vol. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 73.

JIMENEZ DIAZ, Maria José. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 9 de octubre 2014, p. 5

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p. 661

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo II. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. 1899. In: Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: STJ. 2006

MALAREE, Hernan Hormazabal. **Ben juridico y estado social y democrático de derecho**. El objeto protegido por la norma penal. 2 ed. Santiago: Editorial Juridica Conosur. 1992

MARTÍN-CASALLO LOPEZ, Juan José. **El status de las garantías individuales: informática y libertad**. Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho, Mérida: 1995, p. 505

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. **El principio de intervención penal mínima**. Anuario de Derecho Penal, n. 40, 1987, p. 99

MATTIA, Angelo di. **Il diritto al rispetto dela vita privata**. Bologna: Ponte Nuovo. 1976, p. 24

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377

_____ **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999. p. 25

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal** – Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina. 1958, p. 155

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal** – Parte General. 8 Ed. Barcelona: Reppertor. 2006

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y o derecho penal de su tiempo**. 4. ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 143

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva. 1992, p. 122

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015, p. 31

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá. 2005: p. 140

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Org. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 76

PITOMBO, Cleunice A. **Valentim Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 81 – 82 p

PROSSER, William. **Privacy**. California Law Review, n. 48, p. 383-423. 1960

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 533

ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. In: GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011: p. 184

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. **Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros**. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 838.

RIPOLLES, José Luiz Diez. **La proteccion de la libertad sexual**. Barcelona: Bosch. 1985, p. 23-24

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998: p. 226 – 237

SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003, p. 86.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à Intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998: p. 39

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*. 2002: p. 107

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 125

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 145 e ss

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTR, 2000, p. 78.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. Belo Horizonte: UFMG, 2014

STONE, Jeff. **Meet The Deep Web**: Inside The Hidden Internet That Lies Beyond Google. Disponível em <http://www.ibtimes.com/meet-deep-web-inside-hidden-internet-lies-beyond-google-1725784>. Acesso em 16.7.2016

STRECK, Lênio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? Disponível em: <https://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/57389/dever-de-protecao-qual-a-semelhanca-entre-o-furto-privilegiado-e-o-trafico-de-drogas>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2018

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1b5ae/1b601/1bb53?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 4 ed. Brasília: Secretaria de Documentação. 2011: p. 220-221

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo. **Exposição pornográfica não consentida na internet**. Da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017 p. 38

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 72-74

TAVARES, Juarez. **Crêterios de seleção e cominação das penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 0: 1992. Jan-Dez 1992: p. 75-87

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Editora UnB. 1979, p. 17

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. **A eficácia contra particulares dos direitos fundamentais (Drittwirkung) sob o enfoque de seus deveres de proteção (Schutzpflichten)**. Porto Alegre: UFRGS. 2006, p. 51

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, n. 5, p. 193-220. 1890

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque dePalma. 1956

WESTIN, Alan F. **Privacy and freedom**. New York: Athenure. 1967: p.7

Whitepaper. **Understanding the deep web in 10 minutes**. EUA: Brightplanet.
2013. Acesso em 16.7.2016