

O combate à pornografia de vingança e a tutela penal da imagem no Brasil

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.



Silvio Luiz Maciel

Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Araraquara (UNIARA). Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Jaú. Autor de obras jurídicas. Advogado. Ex-Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.



RESUMO: O presente artigo analisa a necessidade de proteção da imagem pelo Direito Penal. Destaca que a defesa da imagem pelo Direito Penal é um tema que passa pela compreensão da teoria do bem jurídico como instrumento para limitação da intervenção penal. Apresenta reflexões acerca da importância do consentimento, expresso ou presumido, no que toca à atipicidade ou à exclusão de ilicitude das condutas envolvendo o direito à imagem. Feita uma análise geral quanto à legitimidade e necessidade da tutela penal, o texto estuda as normas do Direito brasileiro que oferecem, ainda que de forma indireta, proteção à imagem, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei Carolina Dieckmann e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por fim, são analisados os crimes de registro não autorizado da intimidade sexual e de divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção penal da imagem. Direito à vida privada. Direitos da personalidade. Pornografia de vingança.

ABSTRACT: This article analyses the need for protection of the image by criminal law. It emphasizes that the defense of the image by the criminal law is a subject that passes for the understanding of the theory of the legal good as instrument for limitation of the criminal intervention. It presents reflections on the importance of consent, expressed or presumed, with regard to the atypicality or the exclusion of illegality of conduct involving the right to image. After a general analysis of the legitimacy and necessity of criminal protection, the text studies the norms of Brazilian law that offer, even if indirectly, protection to the image, as is the case of the Statute of the Child and Adolescent, the Carolina Dieckmann Law and the Law of Protection of People with Special Needs. Finally, the crimes of unauthorized registration of sexual intimacy and dissemination of the scene of rape, sex, nudity or pornography are analyzed.

KEYWORDS: Criminal protection of the image. Right to privacy. Personality rights. Porn revenge.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Legitimidade e necessidade da intervenção penal para a proteção do direito à imagem. 3 O consentimento do ofendido e o direito à imagem. 4 O consentimento presumido. 5 Tutela penal da imagem e o Direito positivo brasileiro. 5.1 A tutela penal da imagem da criança e do adolescente. 5.2 Invasão de dispositivo informático. 5.3 Tutela penal da imagem das pessoas com deficiência. 5.4 Registro não autorizado da intimidade sexual. 5.5 A divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia. 6 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

No Direito Penal brasileiro, diferentemente do que ocorre na legislação de muitos países europeus, não há um tipo que cuide especificamente da tutela penal da imagem. Não há que se falar na existência, no Direito pátrio, de uma disposição penal que salvaguarde amplamente a imagem, ainda que em associação com a proteção da privacidade e da intimidade.

A despeito da ausência de tal previsão legal, é bastante corriqueira a ocorrência de situações que dão enfoque a essa problemática. Isso se deve principalmente ao desenvolvimento tecnológico, que permitiu a digitalização de imagens e a miniaturização de equipamentos, facilitando a captação de imagens¹. Além disso, o surgimento da inter-

net permitiu a distribuição dessas imagens de forma praticamente sem controle, até mesmo instantaneamente (em tempo real) e em escala global, o que gerou grandes transformações na dinâmica das relações sociais e dos meios de comunicação².

Tudo isso leva ao questionamento acerca da necessidade ou não da tutela penal em defesa da imagem. É praticamente indiscutível a necessidade da intervenção penal em relação aos tipos previstos na grande maioria das legislações, como é o caso do homicídio, da lesão corporal, do furto, do estelionato etc. A punição dessas condutas é fundamental para a convivência humana³. Mas o mesmo pode ser dito em relação à violação da imagem? É necessária a tutela da imagem pelo Direito Penal? Em quais circunstâncias seria

1 FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C.H. Beck, 2013, p. 1349.

2 WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1, p. 174.

3 ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1, p. 17.

justificável tal proteção? Tais indagações são inicialmente objeto de análise do presente artigo, cuja investigação se pautará pelo estudo da doutrina e jurisprudência.

Respondidos os questionamentos supra, passa-se à análise dos dispositivos penais que permitem, a partir do Direito positivo brasileiro, algum tipo de tutela penal da imagem, ainda que de forma indireta, por via reflexa. Ademais, juntamente com o estudo do Direito positivo serão propostos novos paradigmas para a tutela penal da imagem.

2 Legitimidade e necessidade da intervenção penal para a proteção do direito à imagem

A propósito da tutela penal da imagem, a questão que se coloca antes de qualquer outra diz respeito justamente à sua pertinência ou não. De fato, dado o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, a temática atinente à legitimidade da intervenção jurídico-criminal é sempre uma premissa para a análise da tipicidade de determinado comportamento.

A intervenção do Direito Penal existe para garantir ao cidadão uma convivência livre e pacífica, bem como para a manutenção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. É dizer: o Direito Penal não pode proibir nada além daquilo que seja estritamente necessário para que se atinja uma coexistência livre e pacífica. Assim sendo, para justificar a intervenção do Direito Penal, é muito defendida a teoria do bem jurídico⁴.

Todavia, há quem negue que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos ou mesmo que possa existir um conceito seguro do que eles sejam. De fato, conforme assevera Figueiredo Dias, a noção de bem jurídico

[...] não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado⁵.

Na Alemanha, igualmente, sustenta *Hirsch* que há uma imprecisão conceitual sobre o que seja bem jurídico, razão pela qual ele não pode funcionar como critério limitador do Direito Penal. *Stratenwerth*, por sua vez, observa que, dada a multiplicidade conceitual do bem jurídico, há insegurança jurídica na sua utilização como valor norteador da atividade legiferante repressiva. *Jackobs*, um dos mais conhecidos opositores da teoria do bem jurídico, defende que a função do Direito Penal não é proteger bens jurídicos, mas sim garantir o império do sistema normativo desafiado pelo cometimento da infração penal⁶.

A despeito da respeitável oposição à ideia de bem jurídico, é certo que a teoria do bem jurídico como instrumento para restringir a intervenção do Direito Penal encontrou eco na doutrina moderna⁷. De fato, o conceito de bem jurídico, conforme posicionamento prevalente na Alemanha, designa os valores ideais que justificam a existência do tipo penal⁸.

Nesse contexto, as teorias constitucionais têm significativo reconhecimento dentre as teorias do bem jurídico, considerando que o próprio conceito de bem jurídico deve ser extraído da ordenação axiológica jurídico-constitucional. É, então, certo que a Constituição funciona como norteadora da política

4 ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1, p. 16.

5 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I, p. 114.

6 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14-15.

7 RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015, p. 14-15.

8 KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 37.

criminal, de modo que as teorias constitucionais estabelecem critérios limitadores da atividade legislativa de produção do Direito⁹.

Com isso, o legislador não é livre para criar tipos penais, visto que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais, bem como à ordem social, política e econômica¹⁰. Realmente, pelo critério jurídico-constitucional, a Constituição representa a “projecção e expressão jurídica fundamental da concepção ético-social da comunidade sobre os princípios que devem estruturar o sistema social”, de forma que é nela que se deve procurar a expressão e fundamento jurídico-constitucionais da definição do bem jurídico-penal¹¹. Isso significa que o legislador está vinculado às diretrizes estabelecidas na Constituição, não podendo criminalizar, sem qualquer critério ou parâmetro, toda e qualquer conduta humana.

Assim sendo, certos bens jurídicos são inegavelmente carecedores de proteção penal, haja vista a explicitude do texto constitucional. De fato, na Constituição Federal, existem as denominadas normas constitucionais incriminadoras, que impõem ao legislador ordinário a tipificação de condutas ofensivas a determinadas categorias de bens. Nesses casos, aliás, o legislador ordinário não goza de discricionariedade política para avaliar se o Direito Penal deve ou não intervir, cabendo a ele apenas tipificar a conduta em obediência ao mandamento constitucional. É o que ocorre com os delitos ambientais, cuja norma do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal determina a punição criminal dos detratores do meio ambiente.

Pois bem, embora não exista uma deter-

minação constitucional expressa de criminalização das condutas atentatórias à imagem, temos que é claramente legítima e necessária a proteção penal desse bem jurídico. Isso porque o direito à imagem é inegavelmente um direito fundamental e também um direito da personalidade¹².

Realmente, a imagem é um direito autônomo, cuja proteção está explicitada destacadamente na Constituição Federal (art. 5º, X). A partir da inclusão da imagem no texto constitucional fica evidente que ela ganhou autonomia, merecendo proteção, por si só, independentemente da violação a qualquer outro direito fundamental ou da personalidade. É desnecessário, por exemplo, a ocorrência de qualquer dano conjunto à honra ou à privacidade para que surja o dever de indenizar o lesado¹³.

A despeito de ser necessária a existência de um bem jurídico, não se deve esquecer que a proteção penal da imagem, ou de qualquer outro bem jurídico, está inegavelmente inserida no âmbito de discricionariedade política do legislador infraconstitucional (salvo nos casos dos mandados de criminalização). Desse modo, na hipótese do legislador optar pela punição criminal dos ataques a esse bem jurídico, a tipificação será indiscutivelmente legítima, desde que respeitados, logicamente, os princípios constitucionais limitadores do direito de punir, como, por exemplo, o princípio da taxatividade (*Bestimmtheitsgebot*), que exige a descrição clara e precisa do comportamento incriminado; o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), que reclama cominação de pena adequada ao grau de reprovabilidade da conduta e do resultado; ou ainda o princípio da fragmentariedade (*fragmentarischer Charakter des Strafrechts*), pelo qual nem todo ataque ao bem jurídico deve ser criminalizado, mas

9 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I, p. 120.

11 CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime. 2. ed.* Coimbra: Coimbra, 2008, p. 50.

12 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim*.

13 FACHIN, Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 67.



Fonte: www.rawpixel.com

tão somente aqueles reputados de especial gravidade¹⁴.

Ora, respeitados os princípios constitucionais, é concedida uma ampla liberdade ao legislador para a definição dos bens jurídicos que merecem tutela penal. E partindo dessa possibilidade, tem sido tendência nos países europeus a punição da violação do direito à imagem na medida de sua relevância como atentado à reserva da vida privada e da intimidade¹⁵.

Ao contrário do que ocorre na Europa, no Brasil a matéria não encontra ainda uma disposição que garanta uma proteção penal suficientemente ampla. Isso reflete, sem dúvida nenhuma, um atraso em nosso sistema jurídico, especialmente em função das violações, cada vez mais frequentes, desse bem jurídico, cujos números têm sido incrementados pela utilização de aplicativos de *smartphones* ou de outros meios tecnológicos. Não há mais que se falar somente no armazenamento das imagens na web, em páginas pornográficas, pois hoje essas imagens têm sido distribuídas muito rapidamente pelos mais variados tipos de aparatos tecnológicos¹⁶.

Outrossim, não é demasiado lembrar que a proteção penal também se justifica em razão da suscetibilidade de ofensa ao bem

jurídico, sendo certo que, nos dias atuais, é inegável a exposição da imagem a ofensas variadas. Em outras palavras, a necessidade de intervenção penal no âmbito da proteção da imagem se justifica exatamente pela facilidade de ataque a esse bem jurídico, particularmente em virtude da constante evolução tecnológica¹⁷.

É bem verdade que o legislador brasileiro, especialmente no que toca ao Direito Penal, não tem elaborado legislação que possa ser considerada conveniente. Normalmente, parte de problemas pontuais, surgidos em situações concretas, propondo a criação de novos tipos penais em toque de caixa, sem um estudo aprofundado e sistematizado acerca do bem jurídico a ser tutelado penalmente. Para piorar, muitas vezes, os próprios parlamentares se vangloriam pelo fato de terem aprovado um projeto em tempo recorde, o que acaba demonstrando, justamente, a imaturidade com que nossas leis são criadas.

Seja como for, essa problemática não afeta a necessidade de criação de normas penais que possam responder aos inúmeros ataques à imagem das pessoas. Desse modo, é evidente a existência de dignidade constitucional em relação ao bem jurídico em questão, bem como há necessidade da pena para sua proteção, pressupostos fundamentais para a tutela penal¹⁸. Por isso, a legislação penal pátria não pode ficar a reboque dessa nova realidade, deixando sem resposta adequada essa atual modalidade de ilícito, que é própria dos tempos modernos¹⁹.

14 RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015, p. 9-10 e 20-21.

15 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 357.

16 WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1, p. 174.

17 BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013, p. 11.

18 Como esclarece Carvalho, “não é pelo facto de determinado valor ter uma essencial dignidade constitucional (‘dignidade penal’) que, necessariamente, terá de ser criminalizada a sua lesão; exige-se, complementarmente, que haja ‘necessidade penal’”. CARVALHO, Américo Taira de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 53.

19 Lamentavelmente, como aponta Costa Junior, o que ocorre até os presentes dias é que “o legislador caminha sempre com o passo trôpego. Avança com vagar. Mais

3 O consentimento do ofendido e o direito à imagem

O direito à imagem se reveste de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Contudo, apesar de ser um direito indisponível, no sentido de que uma pessoa não pode se despojar de sua imagem, é certo que é possível a sua exploração econômica. Isso significa que o seu titular pode abrir mão tão somente do exercício de uma pequena parcela desse direito em favor de terceiro, o qual poderá usar a imagem para finalidades determinadas²⁰.

No âmbito penal, o consentimento do ofendido na divulgação da sua imagem também apresenta efeitos jurídicos. De fato, considerando a possibilidade de utilização da imagem até mesmo para fins econômicos, esse bem jurídico, para efeitos penais, deve ser enquadrado fundamentalmente como um bem jurídico individual disponível (*disponibles individualrechtsgut*)²¹. Essa disponibilidade é um requisito para a eficácia penal do consentimento, tornando a conduta atípica, uma vez que eventual prática criminosa somente teria relevância nos casos de uso desautorizado da imagem da vítima.

Assim sendo, não há que se falar em tutela penal nos casos em que a vítima autoriza expressa ou tacitamente a conduta (*volenti non fit iniuria*), pois que, nessas situações, não há violação ao bem jurídico tutelado. Em havendo autorização no que toca à captação, fixação e utilização da imagem, não há qualquer violação desse bem jurídico²².

Realmente, o consentimento do ofendido exclui a tipicidade da conduta quando o dissentimento compõe o tipo penal expressa ou implicitamente. Se o tipo penal pune somente a conduta desautorizada, obviamente a conduta praticada com consentimento do titular do bem jurídico não se subsume à norma incriminadora, restando então atípica. Como afirma Kindhäuser, com o consentimento, o titular do bem jurídico torna sua a conduta do agressor²³.

Aliás, mesmo se o dissentimento não estiver como elemento expresso no tipo e mesmo que não se admita que esse dissentimento esteja implícito na norma incriminadora, é preciso lembrar que o consentimento do ofendido funciona, ainda, como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

A doutrina pacificamente reconhece essa outra natureza jurídica do consentimento do ofendido. Embora não exista, no ordenamento jurídico brasileiro, norma legal expressa prevendo o consentimento do ofendido como excludente de ilicitude²⁴, doutrina e jurisprudência o reconhecem como causa dirimemente supralegal, o denominado *consentimento justificante*.

Nesse contexto, o consentimento do ofendido pode servir de excludente de ilicitude (se a ausência de consentimento não é elementar do tipo incriminador), ou servir de causa afastadora de tipicidade, quando a norma incriminadora narra como típica uma conduta desautorizada²⁵.

Outrossim, embora não exista absoluto consenso na doutrina sobre os requisitos necessários para a configuração dessa causa excludente de ilicitude do consentimento justificante, pode-se dizer, em linhas gerais,

lentamente que os fatos sociais, que evoluem vertiginosamente, reivindicando normas e providências". COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

20 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

21 KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 112.

22 BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013, p. 21.

23 KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 111.

24 No direito italiano, por exemplo, o artigo 50 do Código Penal estabelece não ser "punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor".

25 COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179.

que ela está presente sempre que haja um consentimento livre e válido, dado por agente capaz, relacionado com um bem jurídico disponível e individual (não se admite essa causa justificante nos bens transindividuais, já que seria necessário um consentimento de toda a coletividade, o que é impossível)²⁶.

Por conseguinte, havendo consentimento da vítima na manipulação de suas imagens por terceiros, não haverá espaço para discussão acerca da tutela penal da imagem. Contudo, vale aqui antecipar que, apesar da discussão acerca do consentimento, o ponto de vista defendido neste artigo vai além. Considera-se que não basta, simplesmente, a tomada da imagem e a sua eventual distribuição para que a conduta seja criminalizada. Como será visto, para que a conduta seja passível de punição criminal, é necessário mais do que a mera utilização desautorizada da imagem²⁷.

4 O consentimento presumido

O problema atinente ao consentimento presumido é bastante comum em relação à utilização da imagem. Discute-se se somente o consentimento expresso afastaria eventual conduta típica ou se outras formas de consentimento também seriam admitidas com essa finalidade.

Na Alemanha, a doutrina admite o consentimento presumido em casos como, por exemplo, o de intervenções cirúrgicas. Entretanto, é certo que esse problema pode ser solucionado com excludentes expressamente previstas na legislação penal, como a do estado de necessidade de terceiro ou do exercício

regular do direito, o que tornaria desnecessária a utilização da figura supralegal²⁸.

O Código Penal português, por sua vez, equipara o consentimento presumido ao consentimento efetivo, estabelecendo os pressupostos para a sua validade²⁹. Trata-se de causa excludente de crime, a qual está prevista no artigo 39º do referido código:

- 1 – Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido.
- 2 – Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

Assim sendo, o mencionado dispositivo cuida de “situações em que o titular do bem jurídico lesado não consentiu na ofensa, mas nela teria presumivelmente consentido se lhe tivesse sido possível pôr a questão”³⁰, como sucede muitas vezes, como já mencionado, no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas³¹.

Paulo Pinto de Albuquerque, em comentários ao Código Penal português, esclarece que

[...] o acordo (expresso ou presumido) do portador do bem jurídico afasta a tipicidade da conduta do agente. Há acordo presumido quando o portador do bem jurídico sabe que as suas palavras

26 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

27 Sobre o tema, vale a citação de Wessels e Hettinger: “Eine Bildaufnahme ohne Einwilligung der Person herzustellen und auch die Weitergabe na Dritte war nicht strafbar. Das 36. StAG von 2004 hat es unternommen, mit § 201a die Strafbarkeitslücke in gebotenem Maße zu schließen”. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1, p. 174.

28 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

29 CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais*. Teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 455.

30 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I, p. 489-490.

31 Acerca dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, observa Carvalho que “quando estes são realizados com base no consentimento presumido, este não funciona como causa de ‘justificação’, mas sim, tal como o consentimento efetivo, como causa de exclusão da tipicidade”. CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais*. Teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 456.

estão a ser gravadas e não se opõe à gravação. O mesmo vale para a fotografia ou filmagem³².

Vanessa Vicente Bexiga acrescenta que

[...] as fotografias captadas em lugares públicos, enquadradas na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente, assim como quando releve a notoriedade ou o cargo desempenhado do fotografado dispensam o consentimento da pessoa exposta por se entender haver um acordo implícito³³.

Nesse contexto, o *consentimento presumido* funciona como causa excludente de tipicidade (ou de ilicitude), não havendo nenhum impedimento jurídico para tanto. Se há o consentimento, expresso ou presumido, não há enquadramento da conduta ao tipo penal (ou não há ilicitude da conduta).

Outrossim, a verificação da ocorrência ou não do consentimento é *thema probandum* a ser apurado na investigação e, certamente, não desnatura a causa afastadora do delito. Em outras palavras, a apuração sobre ter ocorrido ou não o consentimento não tem qualquer relação com a teoria do crime, é dizer, com a verificação dos elementos estruturais da infração penal, tratando-se, inegavelmente, de questão probatória.

Esse problema, aliás, pode ser resolvido com relativa facilidade, no campo processual, bastando o legislador indicar ação condicionada à representação ou mesmo ação privada para apuração dos crimes atentatórios ao direito à imagem. Assim sendo, se a vítima autorizar tacitamente a divulgação de suas imagens, por certo que não existirão provi-

dências criminais em face do responsável por essa publicidade.

Aliás, as ações penais mencionadas são compatíveis com as características do direito de imagem, uma vez que a necessidade de autorização do titular da imagem para a deflagração da *persecutio criminis* evita o constrangimento da vítima afirmar, em audiência de ação pública incondicionada, que autorizou a divulgação das imagens, tornando inexecutível o *jus puniendi*.

Por derradeiro, vale notar que, no âmbito do Direito Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência aceitam o consentimento presumido como excludente da responsabilidade civil³⁴, sendo perfeitamente possível a autorização implícita e informal do uso da imagem, o que, aliás, é muito comum ocorrer³⁵.

5 Tutela penal da imagem e o direito positivo brasileiro

Demonstrada a legitimidade e a necessidade da intervenção penal para a proteção da imagem, mister se faz agora uma análise das disposições legais em vigor, as quais podem respaldar a tutela penal da imagem.

Trata-se de matéria que não apresenta a evolução desejada, visto que a imagem carece de proteção com a abrangência esperada, demandando do operador do Direito a utilização de um vasto arcabouço de normas para, diante das mais diversas situações, tentar, de algum modo, garantir a proteção penal da imagem, o que será visto a seguir.

5.1 A tutela penal da imagem da criança e do adolescente

A imagem da criança e do adolescente é protegida no artigo 17 do Estatuto da Criança

32 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010, p. 615.

33 BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013, p. 21.

34 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

35 CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253-254.

e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que cuida do direito ao respeito, expressamente estabelecendo que esse direito abrange a preservação da imagem³⁶.

Com isso, há uma proteção específica do *ius imaginis* pelo microsistema da Lei nº 8.069/1990, que abarca a criança, considerada a pessoa até doze anos de idade incompletos, e o adolescente, ou seja, aquele que possui idade entre doze e dezoito anos (art. 2º do ECA)³⁷.

Ao lado da possibilidade de tutelar civilmente a imagem, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta, em seu artigo 232, uma norma que permite, ainda que indireta-



Crédito: Pierre-Auguste Renoir

mente, haja vista que não foi criada com essa finalidade específica, a proteção da imagem. E vale aqui a sua transcrição:

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Ora, ainda que se trate de delito próprio, que exige condição especial do sujeito ativo, essa norma penal, inegavelmente, também permite a tutela da imagem dos infantes. E o tipo pode, inclusive, alcançar coautores ou partícipes, que não detêm a autoridade, guarda ou vigilância do menor, mas podem atuar em conjunto com quem detém essa condição.

Parece óbvio que uma das formas de constrangimento ou humilhação de alguém é, justamente, por meio da divulgação de imagens em situações que expõem a pessoa à vergonha ou à execração pública. Aliás, a razão de se tutelar a imagem é exatamente para proteger as pessoas de tais situações vexatórias, uma vez que a divulgação de imagens que retratam a pessoa em situações comuns ou até honrosas não configuram ilícito penal. Se alguém é filmado socorrendo uma pessoa ferida e sua imagem é postada nas redes sociais com texto elogioso sobre sua conduta, é certo que isso não pode ser punido criminalmente.

Como o artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente constitui delito de ação livre, ou seja, não exige uma forma de execução específica, é certo que o constrangimento ou vexame do menor pode ocorrer pela divulgação de suas imagens. É o caso, por exemplo, da divulgação de imagens de menores acusados de ato infracional, sem que isso tenha qualquer utilidade para o processo, o que pode ensejar não somente a responsabilização da autoridade responsável pela vigilância do menor, mas também do executor da captação da imagem ou de quem a divulgou.

36 FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

37 Art. 2º da Lei nº 8.069/1990: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Outrossim, o artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, na divulgação de atos judiciais, policiais ou administrativos concernentes a crianças e adolescentes a quem se atribua autoria de ato infracional, são vedadas fotografias. Pode a Polícia manter a fotografia do menor em seus cadastros para atuação investigativa, mas obviamente não pode publicar essa imagem.

Além das normas acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu, nas situações previstas nos artigos 240 a 241-C, a proteção penal da imagem da criança e do adolescente. Tais disposições criminalizam, em linhas gerais, a realização de foto ou de filme pornográfico com criança ou adolescente, a venda de foto ou filme pornográfico envolvendo criança ou adolescente, a divulgação pela internet de foto ou vídeo pornográfico de criança ou adolescente³⁸, a guarda de material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, bem como a montagem de foto ou vídeo pornográfico de criança ou adolescente³⁹.

Da análise das disposições penais, fica evidente que a preocupação do legislador foi o combate à pornografia infantil e à pedofilia. Essas condutas perniciosas devem ser afastadas, a todo custo, da vida da criança e do adolescente, para que se preserve o desenvolvimento íntegro de sua personalidade⁴⁰,

pelo que a proteção da imagem foi apenas secundária ou reflexa.

De fato, não há no Estatuto da Criança e do Adolescente nenhum tipo penal voltado especificamente para a tutela da imagem da criança e do adolescente. Assim sendo, uma ampla gama de condutas passíveis de criminalização fica sem a necessária salvaguarda, como é o caso da tutela da imagem em associação com a honra, a intimidade ou a vida privada.

Nesse contexto, pode-se dizer que há uma parcial proteção penal da imagem da criança e do adolescente, que é voltada especificamente para cenas pornográficas ou de sexo explícito. Essa tutela compreende, conforme o artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. Ademais, vale notar que ao dispositivo legal não é dada interpretação meramente literal, mas sim extensiva, pelo que abrange, por exemplo, casos de fotografias ou filmes em que crianças ou adolescentes apenas estão despidos ou que dizem respeito a “zonas erógenas”⁴¹.

De qualquer forma, sem pretendermos fazer uma análise aprofundada dos tipos penais em questão, é certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente não procurou tutelar diretamente a imagem, pois nos crimes mencionados os bens jurídicos protegidos são a integridade física, psíquica e moral.

Por conseguinte, ao cotejarmos a legislação nacional com a proteção da imagem em outros países, não resta dúvida que no exterior existem leis penais que protegem de forma mais ampla a imagem da criança e do adolescente, visto que não resguardam apenas as situações que envolvem pornografia ou cenas de sexo explícito, mas igualmente os casos

38 No que toca à competência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou posicionamento no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o crime previsto no artigo 241-A da Lei nº 8.069/1990, relativo à divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes, quando praticado pela internet, é da competência da Justiça Federal, pois as imagens são colocadas à disposição de um número indefinido de pessoas e, ao menos potencialmente, para usuários residentes fora do território nacional.

39 ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 540-556.

40 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

41 ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 542.

em que há violação conjunta da imagem e da vida privada ou intimidade, como é o caso da legislação da Alemanha⁴².

5.2 Invasão de dispositivo informático

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, inserindo o artigo 154-A ao Código Penal, que criou o delito de invasão de dispositivo informático⁴³.

Tal diploma legal foi elaborado depois da divulgação na internet, por um site pornográfico hospedado em Londres, de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. As imagens, que se espalharam rapidamente pelas redes sociais, foram feitas pela atriz e seu marido em momentos íntimos, e estavam guardadas em seu computador pessoal, pelo que teriam sido copiadas por terceiros sem autorização. Posteriormente, os autores da invasão do computador pessoal da atriz foram identificados e responsabilizados pelos crimes de extorsão, difamação e furto, mas não propriamente pela invasão do computador, ante a ausência de previsão de um tipo penal específico⁴⁴.

Dessa forma, como reação à exposição das mencionadas fotos íntimas, foi elaborada a Lei nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Essa lei incluiu no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, na seção dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos⁴⁵, o delito de invasão de dispositivo informático, também conhecido como intrusão informática (arts. 154-A e 154-B do CP).

O Código Penal passou a tipificar a conduta daquele que invade dispositivo in-

formático 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 ilícita⁴⁶. A lei também criminalizou a ação daquele que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática de invasão de dispositivo informático, pelo que se deu relevo penal ao ato preparatório (artigo 154-A, § 1º, do Código Penal)⁴⁷.

Pelo que se pode notar, a lei tem como bem jurídico mediato a proteção da liberdade individual, outorgando tutela, de forma imediata,

[...] à intimidade, à vida privada, à honra, à inviolabilidade de comunicação e correspondência, enfim, à livre manifestação do pensamento, sem qualquer intromissão de terceiros⁴⁸.

No mesmo sentido, destaca Rogério Greco que os bens juridicamente protegidos pelo tipo são

[...] a liberdade individual e o direito à intimidade, configurados na proteção da inviolabilidade dos dados e informações existentes em dispositivo informático⁴⁹.

No que toca especificamente ao direito

42 MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, v. 1, p. 338-339.

43 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 606.

44 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 680.

45 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 774.

46 GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático - art. 154-A do Código Penal*. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/143/comentarios-sobre-o-crime-de-invasao-de-dispositivo-informatico-art-154-a-do-codigo-penal>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

47 JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 468.

48 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 774.

49 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 613.

à imagem, a norma tipifica a conduta daquele que obtiver fotografias ou vídeos por meio da invasão de dispositivo informático alheio, sendo irrelevante se o dispositivo se encontra ou não conectado à rede de computadores⁵⁰.

Trata-se, como lamentavelmente é costume no direito pátrio, de um “casuísmo”, de uma lei criada às pressas, sem maiores reflexões, cheia de imprecisões técnicas, bem como com excessivo recurso a elementos normativos⁵¹. Nada mais é do que uma forma de dar resposta rápida aos anseios da opinião pública, que foi sensibilizada por um caso envolvendo uma celebridade⁵².

Realmente, como no caso envolvendo a atriz as imagens foram retiradas de um computador, o legislador brasileiro preocupou-se com a proteção de dados digitais, voltando-se precipuamente para o instrumento utilizado na prática da conduta lesiva. Dessa maneira, deixou de dar uma solução efetiva, racional e abrangente para o verdadeiro problema, ou seja, a utilização criminosa de fotos e vídeos que expõem situações relacionadas à privacidade e intimidade. É que a Lei nº 12.737/2012 não trata propriamente da divulgação do conteúdo, mas sim de situações que envolvem a invasão de dispositivos informáticos, como, por exemplo, o computador de mesa (*desktop*), o *notebook*, o *tablet*, bem como os *smartphones*⁵³.

Assim sendo, se as mesmas fotos fossem novamente publicadas na internet, porém não tivessem sido retiradas do computador da atriz, mas sim realizadas, por exemplo, por

um fotógrafo com auxílio de lentes teleobjetivas, a conduta não seria incriminada pela Lei nº 12.737/2012, não obstante a ocorrência do mesmo resultado danoso para a vítima.

O mesmo poderia ser dito se as imagens tivessem sido obtidas: a) por uma câmera digital ocultada em um quarto de hotel; b) se a atriz tivesse imprimido as fotos e estas tivessem sido furtadas durante uma invasão de sua residência ou; c) se as fotos tivessem sido realizadas, de forma consentida, por seu marido, que após eventual separação as lançasse na internet (pornografia de vingança).

Todavia, os problemas da Lei nº 12.737/2012 não se resumem ao exposto acima. É que, mesmo na hipótese de invasão de dispositivo informático, exige a lei, para configurar violação do tipo previsto no artigo 154-A do Código Penal, que o equipamento tenha algum mecanismo de segurança, o que pode ser compreendido como todo tipo de meio que objetive garantir que somente determinadas pessoas terão acesso ao dispositivo informático, como uma senha, um *firewall*, um *antimalware*, um *antispyware* ou mesmo um programa antivírus⁵⁴.

Com isso, somente vai ocorrer o crime se a invasão do dispositivo informático se der por meio de violação de mecanismo de segurança, o que constitui, nas palavras de Nucci, o calcanhar de Aquiles do tipo⁵⁵. De fato, a norma incriminadora em questão não será aplicável se imaginarmos que as fotos foram retiradas do computador ou do celular da atriz, que não eram dotados de tal aparato de segurança⁵⁶.

Outrossim, vale notar que a lei exige, como elemento subjetivo do tipo, a especial finalidade do agente de obter, adulterar ou

50 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 681.

51 JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 467.

52 ISHIDA, Válder Kenji. *As modificações promovidas pela Lei Carolina Dieckmann no Código Penal*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-modificacoes-promovidas-pela-lei-carolina-dieckmann-no-codigo-penal/9986>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 775.

54 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 610.

55 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776.

56 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 681.

destruir dados ou informações⁵⁷. Sem este fim especial, tradicionalmente chamado de dolo específico, o delito não se aperfeiçoa. Desse modo, se o sujeito ativo invadir um computador sem nenhuma finalidade específica, apenas e tão somente para se entreter, para visualizar as fotografias ou as imagens nele contidas, não incorrerá nesse delito.

Destarte, da análise das situações supramencionadas, fica claro que a legislação deixou de dar proteção penal à imagem, bem jurídico passível de tutela penal, pelo menos quando em associação com a violação da intimidade⁵⁸. Por isso, chega-se à conclusão de que a Lei nº 12.737/2012, em mais um espetáculo de incompetência do legislador, não foi adequada para a resolução do problema da divulgação indevida de imagens com conteúdo íntimo. A referida lei é mais uma tentativa de satisfação da opinião pública, que ficou chocada com o ocorrido com a atriz⁵⁹. E justamente pela insuficiência da Lei Carolina Dieckmann, no que toca à proteção da imagem, que se fez necessária, como será visto adiante, a inclusão de outros dispositivos no Código Penal.

5.3 Tutela penal da imagem das pessoas com deficiência

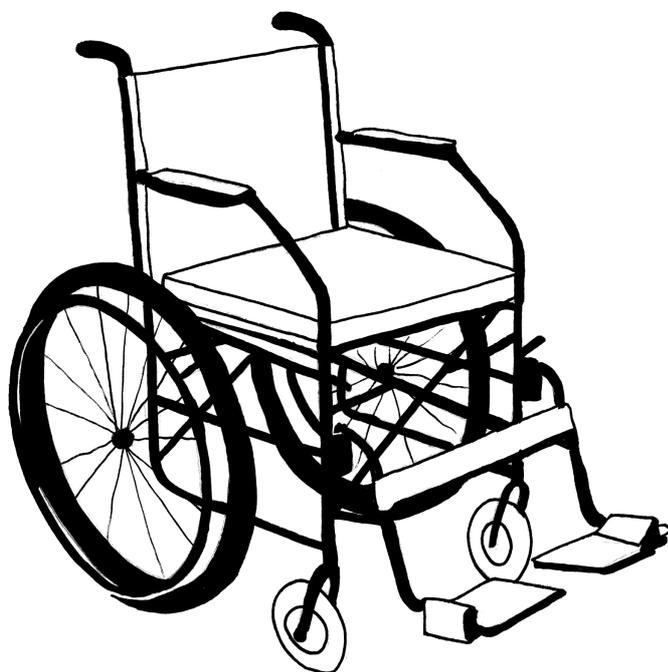
No Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015), encontra-se outra previsão penal que pode ser utilizada para a tutela da imagem. Trata-se do artigo 88 do referido estatuto, o qual exige, entretanto, que o sujeito passivo seja pessoa com deficiência.

Dispõe o artigo 88 da Lei nº 13.146/2015:

57 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II, p. 610.

58 MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, v. 1, p. 319.

59 Sobre o problema na construção das leis penais, assevera Carvalho que “atribuir ao direito penal um papel simbólico é abrir as portas à aceitação de ‘bodes expiatórios’, o que o direito em geral, e o direito penal em especial, deve evitar a todo custo”. CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 50.



Crédito: Mazé Leite

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º. Se qualquer dos crimes previstos no *caput* deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º. Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material discriminatório;

II - interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet.

Assim sendo, pela norma em comento, é possível a punição da utilização de imagens de pessoas com deficiência, mas para que isso ocorra é fundamental que exista o objetivo de discriminar essas pessoas. E a pena ainda é maior se o crime for praticado por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza que menospreze a pessoa com deficiência.

Com efeito, só existe esse crime se houver a finalidade específica de discriminação. É dizer: o bem jurídico protegido é o direito de não ser discriminado e não propriamente a imagem. Todavia, quando a discriminação envolve a utilização de imagens da vítima, por via transversa, também se tutela a imagem.

Ademais, é interessante notar que, entre as normas não penais do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não há previsão expressa da proteção da imagem dessas pessoas. A despeito disso, é certo que a norma anunciada do artigo 1º estabelece que o Estatuto objetiva garantir o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

5.4 Registro não autorizado da intimidade sexual

A Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018, criminalizou o registro não autorizado da intimidade sexual, incluindo no Código Penal, no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual, o artigo 216-B, que dispõe:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

O objetivo do registro previsto pelo tipo diz respeito ao “conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado”. Em sendo assim, o bem jurídico protegido não é propriamente a imagem, mas

sim a dignidade sexual, envolvendo a intimidade e a privacidade da pessoa⁶⁰.

Ainda, vale observar que a limitação do conteúdo das cenas descritas no tipo penal constitui um ponto passível de reflexão, visto que a dignidade da proteção penal da imagem não deveria se resumir apenas a tais cenas, ficando de fora do tipo a captação de imagens que não se amoldam ao referido conteúdo, mas que podem ser tão prejudiciais quanto o registro de cenas de nudez ou de ato libidinoso.

O modo pelo qual as imagens serão captadas é livre, ou seja, “por qualquer meio”. Com isso, o crime já se consuma quando a captação é feita, constituindo a sua publicidade, por qualquer meio, meramente esgotamento do delito.

Ademais, na descrição típica há um elemento normativo, referente à não autorização dos participantes. Assim sendo, se houver autorização, que pode ser verbal ou por escrito, expressa ou presumida, a conduta se torna atípica.

Por outro lado, em se tratando de registro não autorizado de cenas de nudez ou sexo explícito ou pornográfico envolvendo menores de 18 anos, a tipificação da conduta, como já foi visto, está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente⁶¹.

Outrossim, no parágrafo único do artigo 216-B é punida a conduta daquele que “realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”. Nesse caso, diferentemente do *caput*, em que o agente capta imagens e/ou sons autênticos da vítima, no artigo 216-B o sujeito ativo monta quadros envolvendo a vítima, valendo-se de peças separadas, sendo bastante comum a utilização

60 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1197.

61 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1197.

de montagens falsas. E aqui, mais uma vez, o bem jurídico protegido é a dignidade sexual, que se concentra na intimidade e privacidade, ficando a tutela da imagem em segundo plano.

5.5 A divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia

A Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou o Código Penal e atendeu ao anseio social, criminalizando a conduta daquele que expõe, sem consentimento, fotos e vídeos íntimos alheios. A nova lei, que incluiu o artigo 218-C ao Código Penal, tem como objetivo precípuo evitar a prática de crimes de divulgação, especialmente pela internet, de cena de estupro, de estupro de vulnerável, de sexo, de nudez ou de pornografia.

Como foi visto, não havia legislação penal adequada para o enfrentamento das condutas tipificadas no artigo 218-C do Código Penal. O enquadramento em crimes não específicos era bastante difícil e, muitas vezes, extremamente polêmico. Na tentativa de oferecer respaldo às vítimas, normalmente mulheres e adolescentes, as autoridades, quando não era possível a aplicação da Lei Carolina Dieckmann ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, procuravam enquadrar a conduta no âmbito dos crimes contra a honra ou como contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais)⁶². Outra forma de lidar com o problema era a analogia ao crime de estupro, com o uso do conceito de estupro virtual, cuja pena acabava sendo desproporcional, isso sem falar na natureza hedionda desse crime. Ora, tais medidas se mostravam inadequadas, pois muitas vezes não era possível a subsunção das condutas aos mencionados tipos.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.718/2018, a conduta daquele que divulga

vídeos e fotos íntimas, sem o consentimento da vítima, passou a ser tipificada, seguindo tendência das legislações penais de diversos países desenvolvidos, nos seguintes termos:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Assim sendo, é certo que o tipo também alcança a conduta popularmente conhecida como pornografia de vingança, cuja maioria das vítimas são pessoas do sexo feminino.

Outrossim, como se pode notar, o consentimento foi inserido diretamente no tipo penal, de maneira que ganhou especial relevância a ausência de consentimento da vítima. Desse modo, somente serão consideradas ilícitas aquelas condutas praticadas sem o consentimento de um dos envolvidos⁶³.

A norma penal prevê, ainda, causa de aumento de 1/3 a 2/3 se o crime for praticado por agente que mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança (*revenge porn*) ou humilhação (art. 218-C, § 1º, do CP). A previsão leva em conta que, frequentemente, a pessoa que mantém ou manteve relacionamento com a vítima tem acesso facilitado a fotografias e vídeos de conteúdo íntimo, havendo uma quebra de confiança, a qual justifica uma pena maior.

62 Art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941): “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa”. Vale notar que a Lei nº 13.718/2018 revogou expressamente o artigo 61 da LCP, que previa a figura da importunação ofensiva ao pudor.

63 NUCCL, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1218.

Além disso, no § 2º do artigo 218-C, está prevista a exclusão da ilicitude, não havendo que se falar em crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 anos. Nesse caso, é relevante ressaltar a necessidade de adoção de recurso que preserve a identificação da vítima. E outra exceção consiste justamente na prévia autorização da pessoa ofendida, desde que maior de 18 anos, para a divulgação de sua imagem⁶⁴.

Por conseguinte, vê-se que a Lei nº 13.718/2018 procura adequar o ordenamento jurídico à evolução tecnológica, afastando a dificuldade de enquadramento penal de determinados comportamentos, que agora contam com normas penais com penas compatíveis com a gravidade desses casos. Em todo caso, além das previsões da Lei nº 13.718/2018, também é necessário que o Estado implemente políticas públicas para a prevenção desse tipo de violência.

6 Considerações finais

No panorama atual, não resta dúvida que o direito penal brasileiro considera ser necessária a tutela penal contra determinados ataques graves e intoleráveis à imagem da pessoa. A violação decorrente da captação e utilização da imagem sem maiores consequências para seu titular, por outro lado, em função da subsidiariedade, deve ficar fora da esfera de proteção penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe um tipo penal voltado especificamente para a tutela da imagem. Apesar disso, embora não haja tutela penal própria e autônoma do direito de imagem, é certo que algumas

disposições, como foi visto, permitem sua defesa mediata, uma vez que cuidam, precisamente, da lesão a outros bens jurídicos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o combate à prática de divulgação indevida de imagens atinentes a material íntimo vem ganhando muita força no Direito brasileiro, visto que a criação de novos tipos penais tem permitido a criminalização de uma ampla gama de condutas. Assim sendo, não resta dúvida que o legislador brasileiro considerou existir, como regra, dignidade penal na proteção da imagem que contenha cenas de nudez, ato sexual ou ato obsceno. Ademais, o legislador também reconheceu a existência de necessidade de proteção penal nessas situações, constituindo o Direito Penal a forma adequada e eficaz para tanto.

Todavia, vale questionar se seriam somente as hipóteses de cenas de nudez, de ato sexual ou de ato obsceno que deveriam ser tipificadas. Em realidade, as normas examinadas ainda deixaram em aberto um vasto campo de imagens relacionadas com a intimidade da pessoa, que nada tem a ver com cenas de nudez, de ato sexual ou de ato obsceno, mas que certamente têm legitimidade e necessidade de proteção pelo Direito Penal. Esse é o caso, por exemplo, de fotografias tiradas de uma pessoa em um leito de um hospital ou de um vídeo feito quando uma pessoa estava agonizando após um acidente automobilístico. Em tais situações, a despeito da legitimidade e da necessidade, não há que se falar na salvaguarda penal da imagem.

Outrossim, a existência de inúmeros tipos penais, inseridos no Código Penal e em leis especiais, também dificulta a defesa penal da imagem. É bastante complexo interpretar harmonicamente, sem cometer injustiças, as diferentes normas penais que guardam relação com a imagem. Dessa forma, seria melhor a unificação de alguns tipos, o que pode ser notado em alguns países europeus, como na Suíça, na Alemanha, na França e em Portugal.

64 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1219.

Por conseguinte, não obstante ser evidente que houve um avanço considerável em relação ao quadro deficitário até então existente, acredita-se que o Direito Penal brasileiro deveria contar com um tipo dotado de maior alcance, levando em conta a proteção da imagem em associação com a intimidade,

não se restringindo apenas e tão somente ao campo da liberdade sexual. Assim, deveria abranger, no mínimo, a salvaguarda contra a violação da intimidade, que também vem sendo diuturnamente vulnerada pelos novos avanços tecnológicos.

Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010.
- BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Mestrado, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FACHIN, Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C.H. Beck, 2013.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático* - art. 154-A do Código Penal. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/143/comentarios-sobre-o-crime-de-invasao-de-dispositivo-informatico-art-154-a-do-codigo-penal>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II.
- ISHIDA, Válter Kenji. *As modificações promovidas pela Lei Carolina Dieckmann no Código Penal*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-modificacoes-promovidas-pela-lei-carolina-dieckmann-no-codigo-penal/9986>>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 429-469.
- KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée par le droit*. Paris: Economica, 1995.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.
- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1.

Revista do TRF3 - Ano XXXI - n. 144 - Jan./Mar. 2020

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 37. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, v. 1.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.