

# O COMBATE À PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E A TUTELA PENAL DA IMAGEM NO BRASIL

Leonardo Estevam de Assis Zanini<sup>1</sup>

Silvio Luiz Maciel<sup>2</sup>

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 de 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 da Lei de proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais. 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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. Advogado.

## THE FIGHT AGAINST REVENGE PORNOGRAPHY AND CRIMINAL PROTECTION OF THE IMAGE IN BRAZIL

**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:** Introdução – 1. Legitimidade e necessidade da intervenção penal para a proteção do direito à imagem – 2. O sentimento do ofendido e o direito à imagem – 3. O consentimento presumido – 4. Tutela penal da imagem e o direito positivo brasileiro – 4.1. A tutela penal da imagem da criança e do adolescente – 4.2. Invasão de dispositivo informático – 4.3. Tutela penal da imagem das pessoas portadoras de necessidades especiais – 4.4. Registro não autorizado da intimidade sexual – 4.5. A divulgação de cena de estupro, de sexo, de nudez ou de pornografia – 5. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO



o 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 salvguarde 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 imagens<sup>3</sup>. Além disso, o surgimento da internet 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 comunicação<sup>4</sup>.

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 humana<sup>5</sup>. 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 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

---

<sup>3</sup> FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, p. 1349.

<sup>4</sup> WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*, v. 1, p. 174.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, v. 1, p. 17.

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.

## 1. 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 jurídico<sup>6</sup>.

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 criminalizado”<sup>7</sup>.

Na Alemanha, igualmente, sustenta *Hirsch* que há uma

---

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, v. 1, p. 16.

<sup>7</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, t. I, p. 114.

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 penal<sup>8</sup>.

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 moderna<sup>9</sup>. De fato, o conceito de bem jurídico, conforme posicionamento prevalente na Alemanha, designa os valores ideais que justificam a existência do tipo penal<sup>10</sup>.

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 criminal, de modo que as teorias constitucionais estabelecem critérios limitadores da atividade legislativa de produção do direito<sup>11</sup>.

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 econômica<sup>12</sup>. Realmente, pelo critério jurídico-constitucional a Constituição representa a “projecção e expressão jurídica fundamental da concepção ético-social da comunidade

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 14-15.

<sup>9</sup> RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 14-15.

<sup>10</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, p. 37.

<sup>11</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 62.

<sup>12</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, t. I, p. 120.

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-penal<sup>13</sup>. 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 art. 225, § 3º da Constituição Federal determina a punição criminal dos destrutores do meio ambiente.

Pois bem, embora não exista uma determinação 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 personalidade<sup>14</sup>.

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

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral*, p. 50.

<sup>14</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem, passim*.

privacidade para que surja o dever de indenizar o lesado<sup>15</sup>.

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 tão somente aqueles reputados de especial gravidade<sup>16</sup>.

Ora, respeitados os princípios constitucionais, é concedida então 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 intimidade<sup>17</sup>.

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

---

<sup>15</sup> FACHIN, Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*, p. 67.

<sup>16</sup> RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 9-10 e 20-21.

<sup>17</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*, p. 357.

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 tecnológicos<sup>18</sup>.

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 as mais 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 tecnológica<sup>19</sup>.

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 afata 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 penal<sup>20</sup>. Por isso, a

---

<sup>18</sup> WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*, v. 1, p. 174.

<sup>19</sup> BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do Processo Penal*, p. 11.

<sup>20</sup> 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 Taipa de. *Direito penal: parte geral*, p. 53.



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 modernos<sup>21</sup>.

## 2. 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 determinadas<sup>22</sup>.

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*)<sup>23</sup>. 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 desautorizada 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

---

<sup>21</sup> 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 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).

<sup>22</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais, passim*.

<sup>23</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, p. 112.

violação ao bem jurídico tutelado. Em havendo autorização no que toca à captação, fixação e utilização da imagem, não há qualquer violação desse bem jurídico<sup>24</sup>.

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 agressor<sup>25</sup>.

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 ilicitude<sup>26</sup>, doutrina e jurisprudência o reconhecem como causa dirimente 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 desautorizada<sup>27</sup>.

Outrossim, embora não exista absoluto consenso na

---

<sup>24</sup> BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do Processo Penal*, p. 21.

<sup>25</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, p. 111.

<sup>26</sup> 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”.

<sup>27</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*, p. 179.

doutrina sobre os requisitos necessários para a configuração dessa causa excludente de ilicitude do consentimento justificante, pode-se dizer, em linhas gerais, 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)<sup>28</sup>.

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 imagem<sup>29</sup>.

### 3. 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

---

<sup>28</sup> TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, p. 215.

<sup>29</sup> 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. StÄG von 2004 hat es unternommen, mit § 201a die Strafbarkeitslücke in gebotem Maße zu schließen*” (WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*, v. 1, p. 174).

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 supralegal<sup>30</sup>.

O Código Penal português, por sua vez, equipara o consentimento presumido ao consentimento efetivo, estabelecendo os pressupostos para a sua validade<sup>31</sup>. Trata-se de causa excludente de crime, a qual está prevista no art. 39º do referido código: “1 – Ao consentimento efectivo 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”<sup>32</sup>, como sucede muitas vezes, como já mencionado, no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas<sup>33</sup>.

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 estão a ser gravadas e não se opõe à gravação. O mesmo vale para a fotografia ou filmagem”<sup>34</sup>. Ana Vicente Bexiga acrescenta que as fotografias

---

<sup>30</sup> TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, p. 215.

<sup>31</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral*, p. 455.

<sup>32</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, t. I, p. 489-490.

<sup>33</sup> Acerca dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, observa Carvalho que “quando estes são realizados com base no consentimento presuído, este não funciona como causa de ‘justificação’, mas sim, tal como o consentimento efectivo, como causa de exclusão da tipicidade” (CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral*, p. 456).

<sup>34</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 615.

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 implícito”<sup>35</sup>.

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 providências 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 inexecúvel o *jus puniendi*.

Por derradeiro, vale notar que no âmbito do direito civil, tanto a doutrina como a jurisprudência aceitam o consentimento

---

<sup>35</sup> BEXIGA, Vanessa Vicente. *O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do Processo Penal*, p. 21.

presumido como excludente da responsabilidade civil<sup>36</sup>, sendo perfeitamente possível a autorização implícita e informal do uso da imagem, o que, aliás, é muito comum ocorrer<sup>37</sup>.

#### 4. 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.

##### 4.1. A TUTELA PENAL DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A imagem da criança e do adolescente é protegida no art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), que cuida do direito ao respeito, expressamente estabelecendo que esse direito abrange a preservação da imagem<sup>38</sup>.

Com isso, há uma proteção específica do *ius imaginis* pelo microsistema da Lei 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

---

<sup>36</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais, passim*.

<sup>37</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*, p. 253-254.

<sup>38</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*, p. 60.

dezoito anos (art. 2º do ECA)<sup>39</sup>.

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

---

<sup>39</sup> Art. 2º da Lei 8.069: “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”.

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.

Outrossim, o art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que na divulgação de atos judiciais, policiais ou administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que 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 adolescente<sup>40</sup>, 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 adolescente<sup>41</sup>.

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

---

<sup>40</sup> No que toca à competência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal 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 (artigos 241, 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o crime previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, 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.

<sup>41</sup> ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*, p. 540-556.



todo custo, da vida da criança e do adolescente, para que se preserve o desenvolvimento íntegro de sua personalidade<sup>42</sup>, 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 art. 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”<sup>43</sup>.

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

---

<sup>42</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, passim*.

<sup>43</sup> ISHIDA, Válter Kenji, *Estatuto da criança e do adolescente*, p. 542.

resguardam apenas as situações que envolvem pornografia ou cenas de sexo explícito, mas igualmente os casos em que há violação conjunta da imagem e da vida privada ou intimidade, como é o caso da legislação da Alemanha<sup>44</sup>.

## 4.2. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

A Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, inserindo o art. 154-A ao Código Penal, que criou o delito de invasão de dispositivo informático<sup>45</sup>.

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 específico<sup>46</sup>.

Dessa forma, como reação à exposição das mencionadas fotos íntimas, foi elaborada a Lei 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 segredos<sup>47</sup>, o delito de invasão de dispositivo informático, também conhecido como intrusão informática (arts 154-A e 154-B).

O Código Penal passou então a tipificar a conduta

---

<sup>44</sup> MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*, v. 1, p. 338-339.

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II, p. 606.

<sup>46</sup> MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*, p. 680.

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, p. 774.

daquele que invade 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<sup>48</sup>. 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 (art. 154-A, § 1º do Código Penal)<sup>49</sup>.

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 terceiros”<sup>50</sup>. 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 informático”<sup>51</sup>.

No que toca especificamente ao direito 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 computadores<sup>52</sup>.

Trata-se, como lamentavelmente é costume no direito pátrio, de um “casuísmo”, de uma lei criada às pressas, sem

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*, p. 468.

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, p. 774.

<sup>51</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II, p. 613.

<sup>52</sup> MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*, p. 681.

maiores reflexões, cheia de imprecisões técnicas, bem como com excessivo recurso a elementos normativos<sup>53</sup>. Nada mais é do que uma forma de dar resposta rápida aos anseios da opinião pública, que foi sensibilizada por um caso envolvendo uma celebridade<sup>54</sup>.

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 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*<sup>55</sup>.

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 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

---

<sup>53</sup> JÚNIOR, Miguel Reale. Arts. 146 a 154-B. In: JÚNIOR, Miguel Reale (coord.). *Código penal comentado*, p. 467.

<sup>54</sup> ISHIDA, Válder Kenji. *As modificações promovidas pela Lei Carolina Dieckmann no Código Penal*. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/artigos/as-modificacoes-promovidas-pela-lei-carolina-dieckmann-no-codigo-penal/9986>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

<sup>55</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, p. 775.

marido, que após eventual separação as lançasse na internet (pornografia de vingança).

Todavia, os problemas da Lei 12.737/2012 não se resumem ao exposto acima. É que mesmo na hipótese de invasão de dispositivo informático, exige a lei, para que haja violação do tipo previsto no art. 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 antivírus<sup>56</sup>.

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 tipo<sup>57</sup>. 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 segurança<sup>58</sup>.

Outrossim, vale notar que a lei exige, como elemento subjetivo do tipo, a especial finalidade do agente de obter, adulterar ou destruir dados ou informações<sup>59</sup>. 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 intimidade<sup>60</sup>. Por isso, chega-

---

<sup>56</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II, p. 610.

<sup>57</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, p. 776.

<sup>58</sup> MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*, p. 681.

<sup>59</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II, p. 610.

<sup>60</sup> MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred.

se à conclusão de que a Lei 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 atriz<sup>61</sup>. 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.

#### 4.3. TUTELA PENAL DA IMAGEM DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS

No Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) encontra-se outra previsão penal que pode ser utilizada para a tutela da imagem. Trata-se do art. 88 do referido estatuto, que exige, entretanto, que o sujeito passivo seja pessoa com deficiência.

Dispõe o art. 88 da Lei 13.146/15: “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

---

*Strafrecht Besonderer Teil*, v. 1, p. 319.

<sup>61</sup> 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*, p. 50).

internet”.

Assim sendo, pela norma em comento, é possível a punição da utilização de imagens de pessoas portadoras de necessidades especiais, 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 anunciativa do art. 1º estabelece que o Estatuto da Pessoa com Deficiência objetiva garantir o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas portadoras de necessidades especiais.

#### 4.4. REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL

A Lei 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 art. 216-B, que dispõe: “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 pessoa<sup>62</sup>.

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 então 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 Adolescente<sup>63</sup>.

Outrossim, no parágrafo único do art. 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 art. 216-B o sujeito ativo monta quadros envolvendo a vítima, valendo-se de peças separadas, sendo bastante comum a utilização 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

---

<sup>62</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, p. 1197.

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, p. 1197.



tutela da imagem em segundo plano.

#### 4.5. A DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO, DE SEXO, DE NUDEZ OU DE PORNOGRAFIA

A Lei 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 art. 218-C ao Código Penal, tem como objetivo precípua 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, alcançando.

Como foi visto, não havia legislação penal adequada para o enfrentamento das condutas tipificadas no art. 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)<sup>64</sup>. 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 13.718/2018, a conduta daquele que divulga vídeos e fotos íntimas, sem o consentimento

---

<sup>64</sup> Art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41): “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa”. Vale notar que a Lei 13.718/2018 revogou expressamente o art. 61 da LCP, que previa a figura da importunação ofensiva ao pudor.

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. Assim sendo, somente serão consideradas ilícitas aquelas condutas praticadas sem o consentimento de um dos envolvidos<sup>65</sup>.

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 então uma quebra de confiança, a qual justifica uma pena maior.

Além disso, no § 2º do art. 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,

---

<sup>65</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, p. 1218.

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 imagem<sup>66</sup>.

Por conseguinte, vê-se que a Lei 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 13.718/2018, também é necessário que o Estado implemente políticas públicas para a prevenção desse tipo de violência.

## 5. 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 exista tutela penal própria e autônoma do direito de imagem, é certo que existem algumas disposições, como foi visto, que permitem sua defesa mediata, uma vez que cuidam precipuamente 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,

---

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, p. 1219.

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.

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 BIBLIOGRÁFICAS

- 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.
- \_\_\_\_\_. *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. *Curso de Direito Penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014, v. II.
- \_\_\_\_\_. 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.
- 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.
- \_\_\_\_\_. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006, v. 1.
- TOLEDO, Franciso 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.
- \_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.