



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



LUÍS EDUARDO E SILVA LESSA FERREIRA

**A DEMARCAÇÃO DA PROTEÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL NO BRASIL E
NOS ESTADOS UNIDOS: UM PERCURSO SOBRE OS INSTRUMENTOS
JURÍDICOS DE TUTELA.**

Dissertação de Mestrado

Recife

2016

LUÍS EDUARDO E SILVA LESSA FERREIRA

**A DEMARCAÇÃO DA PROTEÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL NO BRASIL E
NOS ESTADOS UNIDOS: UM PERCURSO SOBRE OS INSTRUMENTOS
JURÍDICOS DE TUTELA.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais

Linha de Pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Recife

2016

Bibliotecário Josias Machado da Silva Junior CRB/4-1690

F383d Ferreira, Luís Eduardo e Silva Lessa
A demarcação da proteção da intimidade sexual no Brasil e nos Estados Unidos: um percurso sobre os instrumentos jurídicos de tutela. – Recife: O Autor, 2016.
303 f.

Orientador: Silvio Romero Beltrão.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
Inclui referências.

1. Direitos sexuais. 2. Sexo e Direito. 3. Direitos fundamentais. 4. Direito à privacidade. 5. Crime sexual - internet. 6. Crime por computador. 7. Direitos humanos. I. Beltrão, Silvio Romero. (Orientador). II. Título.

342.085 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-04)

Luís Eduardo e Silva Lessa Ferreira

“A Demarcação da Proteção da Intimidade Sexual no Brasil e nos Estados Unidos: Um Percorso sobre os Instrumentos Jurídicos de Tutela”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

APROVADO

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior** (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Ludmila Albuquerque Douettes Araújo** (1^a Examinadora externa/UEPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Fabíola Albuquerque Lôbo** (2^a Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Recife, 04 de agosto de 2016.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. **Juliana Teixeira Esteves.**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Maria Emília e Luiz Fernando Lessa, pelo apoio e por estarem sempre presentes em minha vida.

Aos irmãos Luís Filipe e Fernanda pelos anos de companheirismo.

Ao professor Dr. Silvio Romero Beltrão, pela dedicação na orientação deste trabalho, e, principalmente pelos virtuosos exemplos de seriedade, rigor e dedicação à docência.

Aos meus professores na Universidade Federal de Pernambuco, com especial menção à Dra. Fabíola Lôbo, Dr. Torquato Castro, Dr. Roberto Paulino, Dr. Gustavo Just e Dr. Gustavo Ferreira.

Aos meus professores na Universidade de Buenos Aires (UBA), Dr. Calogero Pizzolo e Dr. Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia | UNIPG).

Aos meus professores na Universidade de Copenhagen, Dr. Alexandre Demaio, Dr. Flemming Konradsen, Dra. Fiona Lander, Dra. Siri Tellier, Dra. Genevieve Bois e Dr. Jo Jewell.

Aos sempre amigos Gabriel Ulbrik Guerrero, Cameron Lie-Martinez, Eduardo C., Karina de Carli Candiottto, C.P.Christensen, Larissa G., e Pedro Prata.

Aos amigos do CDIC/GG.

Aos colegas Renata Oliveira Menezes, Hermann Dantas, Juliana Melcop, Rafael Azevedo, Everilda Brandão e Humberto Carneiro, pela amizade e companheirismo que desenvolvemos durante este biênio.

Aos demais amigos e familiares, não podendo nominá-los, que fizeram parte deste projeto.

RESUMO

As formas de socialização através das novas tecnologias fazem surgir fenômenos sociais que influenciam o modo como a sexualidade humana se expressa. *Sexting*, *doxing*, *revenge porn* e a virtualização do comportamento sexual são novos fatos que desafiam os limites da aplicação das teorias tradicionais sobre as liberdades, as garantias, os direitos individuais e coletivos, e os instrumentos jurídicos de tutela. Nesse panorama, a dissertação objetiva a descrição e análise funcional dos instrumentos jurídicos de tutela da intimidade sexual na ordem jurídica brasileira, e a aproximação comparativa da realidade norte-americana. Essa dissertação se desenvolveu em três partes. Na primeira, o controle social sobre a sexualidade é considerado no contexto da evolução dos direitos humanos e dos processos de cidadania. Na segunda parte, seguindo a premissa da relevância e atualidade dos estudos do controle social sobre o exercício da sexualidade nas relações privadas através da internet, visa-se à sistematização do estado da arte sobre os direitos sexuais, na legalidade constitucional e infraconstitucional brasileira, para a construção de um paradigma ético e democrático de tutela jurídica dos interesses das vítimas da exposição não autorizada da intimidade sexual. Traça-se um ensaio sobre os instrumentos jurídicos de tutela da intimidade sexual no Brasil. Na terceira parte, objetivou-se a aproximação dos valores axiológicos-normativos do ordenamento jurídico brasileiro à experiência legislativa e regulatória recente (2010-2015) dos Estados americanos, como forma de investigação aproximada do estágio de desenvolvimento das tecnologias dos instrumentos de tutela. As etapas da pesquisa foram cumpridas no sentido de se estar em condições de analisar se há na realidade jurídica brasileira pontos de partida suficientes para a efetivação dos direitos sexuais e da proteção da intimidade sexual, ou se haveria uma oportunidade legislativa e de regulação para o oferecimento de maior segurança jurídica ao exercício da liberdade individual de engajamento em ações sexuais nos ambientes virtuais.

Palavras-chave: Liberdades civil. Direitos Sexuais. Exposição não Consentida da Intimidade Sexual.

ABSTRACT

The novel processes of socialization throughout the new technologies are bringing along social facts that are influencing how the human sexuality is driven and expressed. Sexting, doxing, revenge porn and the virtualization of the sexual behavior are new issues that are challenging the boundaries and the limits of the application of the traditional theoretical bases of civil liberties, constitutional guarantees, individual and collective rights and legal remedies. On this regard, this dissertation is based on an exploratory and descriptive review of the judicial remedies to protect the sexual intimacy within the Brazilian legal system; also, it does approximate the Brazilian landscape to the United States of America's, through the comparative law method. This dissertation was divided in three parts. In the first one, the social control of sexuality is regarded as part of the human rights developments. In the second part, following the premises of relevance, currency and newness of the social control of sexual behavior in the use of Internet for personal relationships, it aims to describe the state of the art for the sexual rights, within the constitutional and subconstitutional internal legislation, to support an ethical and democratic normative paradigm to protect the victims of unauthorized sexual exposure. An overview of the Brazilian remedies to defend the sexual intimacy is provided. In the third part, it was sought to compare and approximate by functionality the legal values and normative standards of Brazilian legal order to the recent legislative and regulatory activity (2010-2015) of some States of the USA addressing issues of sexual rights and the sexual intimacy. By this, it is deemed to be possible to analyze by comparison the state of art for the legal technologies of remedies to protect a victim of sexual cyberharassment. The stages of this research were developed to provide enough of theoretical and pragmatic foundations to the exam of the hypothesis of if the Brazilian legal system provides sufficient contents of law to fulfill in effectiveness the legal framework of the sexual rights in order to protect the sexual liberty, or it is configured one case in which there would be a justified opportunity of legislative and regulation activity to provide major law security to sexual liberty of those how engage in sexual practices on the internet.

Keywords: Civil liberties. Sexual Rights. Unauthorized Sexual Intimacy Exposure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O OBJETO DE ESTUDO	13
2 A METODOLOGIA	16
3 PLANO DE ANÁLISE.....	19
 PARTE I: O CONTROLE SOCIAL E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS PROCESSOS DE CIDADANIA.....	21
 CAPÍTULO 1: CONTROLE SOCIAL SOBRE O COMPORTAMENTO SEXUAL	22
1.1 AS TEORIAS SOBRE O COMPORTAMENTO SEXUAL DO SER HUMANO	24
1.2 PRESSUPOSTOS PARA O CONTROLE SOBRE A EXPRESSÃO SEXUAL	27
1.3 O CONTROLE E A PERMISSIVIDADE.....	30
1.4 ASPECTOS ÉTICOS SOBRE A SEXUALIDADE HUMANA.....	32
1.5 ANTIGUIDADE CLÁSSICA: GRÉCIA E ROMA	33
1.6 A TRADIÇÃO JUDAICA	35
1.7 A TRADIÇÃO CRISTÃ	36
1.8 A SEXOLOGIA MODERNA: O SURGIMENTO DAS NOVAS TEORIAS INTERPRETATIVAS SOBRE O SEXO E A MORALIDADE	38
1.9 A EXPRESSÃO SEXUAL COMO QUESTÃO DE IDENTIDADE	41
1.10 A EXPRESSÃO DA SEXUALIDADE COMO UM FATO JURÍDICO	44
1.11 DADOS E INDICATIVOS SOCIAIS SOBRE A HIPÓTESE DA EXPOSIÇÃO ÍNTIMA NÃO CONSENTIDA: NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS	45
 CAPÍTULO 2: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS PROCESSOS DE CIDADANIA	50
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SEXUAIS NO ÂMBITO SUPRANACIONAL: UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS.....	52
2.2 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE	61
 PARTE II: A TUTELA DA INTIMIDADE SEXUAL: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	68
 CAPÍTULO 1: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE, IGUALDADE E INTIMIDADE COMO FUNDAMENTOS AXIOLÓGICO-NORMATIVOS DOS DIREITOS SEXUAIS DA PESSOA HUMANA	69

1.1 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS	70
1.2 DIREITOS DE LIBERDADE	71
1.3 DIREITOS DE IGUALDADE	74
1.4 A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DA INTIMIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	80
1.4.1 A Eficácia Externa do Direito Fundamental à Privacidade	82
1.4.2 A Relação Conflituosa entre Direitos Fundamentais e a Proteção da Intimidade..	83
1.5 DO RECONHECIMENTO DA ANTÍPODA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DEVERES FUNDAMENTAIS E OS CUSTOS SOCIAIS DA REALIZAÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS GARANTIDOS	89

CAPÍTULO 2. A TUTELA CIVIL DA EXPOSIÇÃO NÃO CONSENTIDA DA INTIMIDADE SEXUAL, ATRAVÉS DOS REMÉDIOS JURÍDICOS PARA A DEFESA DA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE93

2.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	101
2.2 O DIÁLOGO DAS FONTES E A UNICIDADE DO SISTEMA JURÍDICO	104
2.3 AS TUTELAS CIVIS DA INTIMIDADE SEXUAL	105
2.3.1 Relação jurídica fundamental: O personalismo ético como fundamento ideológico do Código Civil	106
2.3.2 A Tutela da Confiança e a Responsabilidade por Atos Próprios.....	108
2.3.3 Os Atos ilícitos Atípicos: o abuso de direito nas relações íntimas	112
2.4 A TUTELA DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL	119
2.4.1 As Características e os Limites dos Direitos da Personalidade	125
2.4.2. Direito Geral da Personalidade e a Tipicidade em <i>Numerus Apertus</i>	129
2.4.2.1 Da identificação do sujeito: direito ao nome e à imagem. Uma relação com o <i>doxing</i> e a defesa dos direitos sexuais	131
2.4.2.2 Do Direito ao Nome	133
2.4.2.3 Do Direito à Imagem	141
2.4.2.4 Da Expressão Íntima por Meio de Escritos Pessoais e da Voz	148
2.4.2.5 Da Vida Privada	149
2.4.2.5.1 A Teoria das Esferas da Privacidade e dos Círculos Concêntricos	151
2.4.2.5.2 A Tutela Específica da Vida Privada.....	153
2.5 A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	157
2.5.1 A tutela privada.....	157
2.5.2 Tutela indenizatória	158
2.5.3 Tutela preventiva e atenuante	162
2.5.4 Punitive Damages	165
2.6 LEGISLAÇÃO ESPECIAL: LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET)	167

CAPÍTULO 3. A TUTELA PENAL DA INTIMIDADE172

3.1 A RELAÇÃO MUTÁVEL DOS BENS JURÍDICOS RELACIONADOS À INTIMIDADE	176
3.2 AS POSSÍVEIS TUTELAS DO DIREITO PENAL PARA OS CASOS DE EXPOSIÇÃO ÍNTIMAS NÃO CONSENTIDAS	177
3.2.1 Dos Crimes contra a Honra.....	177

3.2.2 Do Crime de Ameaça	181
3.2.3 A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha): da violência moral e psicológica contra a mulher	182
3.2.4 A Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann): os crimes cibernéticos propriamente ditos	184

PARTE III: A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL NOS ESTADOS UNIDOS A PARTIR DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL NÃO ESCRITO À PRIVACIDADE: UM EXAME APROXIMATIVO DAS ALTERAÇÕES DAS LEIS ESTADUAIS NO PERÍODO DE 2010-2015..... 189

CAPÍTULO I: O DIREITO À PRIVACIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA..... 190

1.1 A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO NÃO ESCRITO NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	192
1.2 O DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA LEGALIDADE FEDERAL NORTE-AMERICANA	198

CAPÍTULO 2: ESTADOS UNIDOS: EXAME SISTEMÁTICO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DOS ESTADOS AMERICANOS REFERENTES À TUTELA DA INTIMIDADE SEXUAL NO PERÍODO DE 2010-2015 204

2.1 ALASCA	204
2.2 ARKANSAS.....	205
2.3 CALIFÓRNIA.....	207
2.4 CAROLINA DO NORTE	212
2.5 COLORADO	214
2.6 DAKOTA DO NORTE	217
2.8 FLÓRIDA	223
2.7 DELAWARE.....	220
2.9 GEÓRGIA.....	226
2.10 HAVAÍ	229
2.11 IDAHO.....	230
2.12 ILLINOIS.....	233
2.13 LOUISIANA.....	235
2.14 MAINE	237
2.15 MARYLAND	239
2.16 NEVADA	241
2.17 NOVA JERSEY	243
2.18 NOVO MÉXICO	244
2.19 OREGON.....	246
2.20 PENSILVÂNIA	248
2.21 TEXAS.....	251
2.22 UTAH	255
2.23 VERMONT	258
2.24 VIRGINIA.	261
2.25 WASHINGTON	262

2.26 WISCONSIN	265
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	283
REFERÊNCIAS.....	.290

INTRODUÇÃO

A disseminação de imagens sexuais explícitas de uma pessoa, sem o seu consentimento, ou contrário à vontade manifesta, sem qualquer finalidade legítima, tem o potencial de causar danos devastadores, imediatos e irreparáveis à vítima. Um ex-parceiro ressentido, um *hacker* inescrupuloso, ou um aproveitador podem expor a intimidade sexual de um sujeito num ambiente virtual em que um sem número de pessoas podem acessar o conteúdo, e replicar a uma proporção exponencial o âmbito de projeção do material sensível.

Sobre a dinâmica dos fatos danosos da exposição sexual abusiva, Mary Anne Franks sumariza:

Em uma questão de poucos dias a imagem pode dominar algumas das primeiras páginas de resultados das ferramentas de pesquisa quando se busca o nome da vítima, da mesma forma como pode ser enviada por email ou exibida para a família da vítima, empregadores, colegas de trabalho, ou companheiros. As vítimas são frequentemente ameaçadas com violência sexual, perseguidas, assediadas, demitidas do emprego, forçadas a mudar de escola. Algumas vítimas cometeram suicídio. (FRANKS, 2015, p.12. Tradução livre)¹

A despeito da pornografia não consensual ser um fato social antigo, nas décadas mais recentes pode se destacar os efeitos de prevalência, alcance e impacto da prática através dos modernos meios de comunicação e reprodução de conteúdos imagéticos.

Apontada como o marco do autorretrato íntimo, nos anos 70, a Polaroid conhecida como “*the swinger*”, surgiu como “o primeiro meio de produção de baixo custo do material íntimo” (KREPS, 2010, p. 164). Logo assim, a evolução tecnológica trouxe as ferramentas de vídeo gravação, de scanner, de computação e a internet. A essência, todavia, do fenômeno social permanece a mesma; houve apenas uma expansão das possibilidades através da internet.

Acessar a internet, enviar e receber mensagens, tirar fotos e autorretratos e fazer postagens são todas atividades rotineiras que compõem as

¹ “*In a matter of days the image can dominate the first several pages of search engine results for the victim’s name, as well as being emailed or otherwise exhibited to the victim’s family, employers, co-workers and peers. Victims are frequently threatened with sexual assault, stalked, harassed, fired from jobs, and forced to change schools. Some victims have committed suicide*” (FRANKS, 2015, p.12).

experiências diárias das gerações que cresceram nos seios da virtualização das relações (AGUSTINA, GÓMEZ-DURÁN. 2012). Logo, as dinâmicas relacionais são igualmente afetadas pelos novos meios de socialização. Considerando-se a hipótese de que se gasta considerável parte do dia com o uso de aplicações móveis, e ferramentas da internet, pode-se afirmar que é um evento natural que a sexualidade humana também migre para o ambiente virtual (BENOTSCH, MARTIN, SNIPES e BULL, 2013a, 2013b).

Desse modo, os novos arranjos modernos da sociedade fazem das expressões da sexualidade no ambiente virtual formas de manifestações individuais e coletivas legítimas: os tradicionais paradigmas éticos e de construção de todo o sistema social de controle sobre a sexualidade passam a ser desafiados, para a construção de um direito democrático ao livre desenvolvimento da pessoa humana.

Tem-se por preocupação especial o fato de que imagens que expõem a intimidade sexual – principalmente das mulheres - são distribuídas sem o seu consentimento, e as tecnologias estão sendo usadas como veículos para a perpetuação de abusos sexuais, dominação misógina e de perpetuação das diferenças de gênero (COMARTIN, et al. 2013; JEWELL, et al. 2013). A distribuição viral deste conteúdo é associada a um alto nível de constrangimento apontado em relação causal de danos sociais, materiais e psicológicos às vítimas (KATZMAN, 2010), que por natureza são de reparação improvável ou impossível.

O tema dos direitos e liberdades sexuais observou com o advento das tecnologias nas últimas duas décadas considerável progresso nas agendas internacionais de direitos humanos, além de ser objeto da atividade legislativa de diversos países ao redor do mundo. Em 2009, as Filipinas se tornaram o primeiro país a criminalizar a conduta da pornografia não consensual impondo a sanção de até 07 (sete) anos de prisão. Na Austrália, lei de conteúdo semelhante passou a vigorar em 2013. Em 2014, Israel aprovou lei que classificava a conduta como uma espécie do gênero de abuso sexual. Em 2015, Canadá, a Inglaterra, a Nova Zelândia e o País de Gales também se agruparam ao elenco. Nos Estados Unidos, apesar de não haver uma legislação federal sobre a matéria, até setembro de 2015, 26 Estados têm leis específicas sobre a matéria.

No Brasil, há a consideração da hipótese pelo Poder Legislativo. 06 (seis) projetos de lei tramitam no Congresso: (PL 5822/2013 (Rosane Ferreira – PV/PR); PL 6713/2013 (Eliene Lima – PSD/MT); PL 6831/2013 (Sandes Júnior – PP/GO); PL 7377/2014 (Fábio Trad – PMDB/MS); PL 170/2015 (Carmen Zanotto – PPS/SC); PL 3158/2015 (Iracema Portella – PP/PI).

Nesse sentido, partindo-se da premissa da relevância e atualidade do estudo das hipóteses de controle social sobre a prática e exercício da sexualidade nas relações privadas através da internet, o presente exame visa à sistematização do estado da arte sobre os direitos sexuais para a construção de um paradigma ético e democrático de tutela dos interesses das vítimas da exposição não autorizada da intimidade sexual.

Busca-se além do estudo sistematizado da evolução dos direitos sexuais num panorama de direitos humanos, a aproximação do valores axiológicos-normativos do ordenamento jurídico brasileiro à experiência legislativa recente dos Estados americanos, como forma de investigação das tutelas e garantias para a proteção integral da pessoa humana vitimada pela conduta abusiva: sugerindo novas oportunidades ou juízos de adequação para a atividade jurídica no Brasil, em respeito à garantia da liberdade, da igualdade e da privacidade dos sujeitos de direito no exercício da sexualidade.

1. O OBJETO DE ESTUDO

Seguindo o passo da exposição inicial de Rabindranath Capelo de Sousa, quando da definição do objeto de estudo em “*O direito geral de personalidade*”, entende-se que esta é de salutar importância. Todavia, há de se reconhecer que o autor incorre sempre em um risco de ser a exposição liminar preconceituosa, demasiadamente limitativa ou reducionista. Ainda assim, é de “*bom tom*” o compartilhamento das preocupações iniciais (SOUSA, 1995, p. 17).

Desse modo, este exame teve por objeto material as formas de expressão sexual através dos meios virtuais das novas tecnologias e os potenciais conflitos de direitos que podem surgir da exposição não consentida e da violação dos bens da personalidade. Os fenômenos sociais abordados com primazia foram o *sexting*, a pornografia de revanche e o *doxing*.

- Por “*sexting*” se entende: a ação descrita usualmente como “a troca de mensagens ou imagens de cunho sexual” (LIVINGSTONE, et al., 2011, p. 12) e, de uma forma mais abrangente, como “a criação ou compartilhamento de imagens sugestivas de nudez” (LENHART, 2009) através das aplicações móveis ou da internet;
- Por “*revenge porn*” (ou, pornografia de revanche) se entende: o compartilhamento de conteúdo sexual íntimo com o intuito de causar danos emocionais, humilhar ou intimidar a pessoa ao término de um relacionamento. (BARRET, 2015)
- Por “*doxing*” (ou, “*doxxing*”) se entende como o uso abusivo de informações pessoais e sensíveis do sujeito e seu compartilhamento com terceiros, com a finalidade de causar dano, perturbação, ou obter vantagem indevida. (BERLATSKY, 2014)

Sob uma perspectiva formal, o objeto é definido pelo exame na primeira parte da construção de uma ética e de um direito democrático à livre expressão da sexualidade no âmbito dos direitos humanos. Na segunda parte, investigou-se o alcance no panorama axiológico-normativo brasileiro da tutela fundamental das liberdades e garantias constitucionais em sua perspectiva vertical e horizontal, dos direitos da personalidade e das regras de ordem pública em proteção dos direitos sexuais das vítimas da exposição não consentida da dignidade sexual. Na terceira parte, desenvolveu-se um exame por aproximação às tutelas específicas previstas nas recentes alterações legislativas dos Estados americanos para a fixação de uma base de comparação da adequação das tecnologias de proteção das vítimas da exposição sexual.

- Por direitos sexuais se entende: o conjunto de direitos essenciais para a realização da saúde sexual que inclui: o direito à igualdade e à não discriminação; o direito de estar livre de tortura e tratamento cruel, degradante e desumano; o direito à privacidade; o direito aos mais elevados padrões de saúde e de segurança social; o direito ao casamento e a fundar uma família pautada nos princípios do livre consentimento, igualdade e livre término da

relação (casamento); o direito à autodeterminação reprodutiva; o direito à informação e à educação sexual; o direito à liberdade de opinião e expressão; e o direito à garantias e remédios contra violações aos direitos fundamentais. (WHO, 2010)

Investigou-se qual seria o âmbito do objeto do direito à liberdade sexual no Brasil, quais são os modos e termos dessas tutelas, as formas de articulação e delimitação face às figuras jurídicas que lhe são próximas ou a que guardam afinidade, para assim, finalmente, confrontar-lhe à hipótese dos fatos jurídicos da pornografia de revanche e da exposição íntima não consentida, além das hipóteses de uso abusivo das informações sensíveis do sujeito para agravar a conduta (*doxing*).

Desafiou-se a questão de que se há na atual formatação do ordenamento jurídico brasileiro comandos positivos de partida e de chegada suficientes para a tutela efetiva do complexo unitário somático-psíquico e da dimensão relacional da personalidade humana.

Buscou-se primeiramente o entendimento vertical sobre o conflito emergente da expressão dos direitos individuais, e a sua repercussão na saúde física e mental dos sujeitos. Os sentimentos, a inteligência, a vontade, e a capacidade de criação são considerados de forma ampla, para em seguida, sob uma perspectiva relacional, trazer o evento para as questões de identidade, liberdade, segurança, honra, vida privada, e desenvolvimento livre da personalidade.

Ao finalizar esta descrição quanto ao objeto, é importante situar este trabalho no contexto das grandes tradições jurídicas ocidentais contemporâneas. A proposição de um direito democrático da sexualidade nutre-se da experiência e do debate no sistema romano-germânico (donde se originam os sistemas jurídicos nacionais da Europa continental e da América Latina) e na *Common Law* (presente na Inglaterra, nos Estados Unidos e nos países de colonização anglo-saxã).

Essa abordagem não só é compatível, como deflui diretamente das respostas que, num e noutro sistema jurídico, vêm sendo construídas. De fato, parlamentos e tribunais, cada um a seu modo, têm reagido às demandas que o exercício da sexualidade produz nos dias de hoje. A análise dessas respostas,

sem depender da tradição jurídica donde brotam e do predomínio parlamentar (romano-germânica) ou jurisprudencial (*Common Law*) na produção do direito em cada uma delas, é uma das bases deste estudo; os princípios jurídicos ora propostos e sistematizados são pilares e chaves para a atualização dessas tradições jurídicas em face da garantia efetiva da construção de um direito moderno e operante da proteção dos direitos sexuais e da dignidade da pessoa humana.

2. A METODOLOGIA

O estudo foi orientado de forma geral com a perspectiva metodológica de promoção da aplicação do direito em respeito aos valores da dignidade da pessoa humana e das liberdades, tendo por especial preocupação o exercício das funções jurígenas de integração, criação e decisão. Buscou-se nesse desiderato obter, tipologicamente, soluções normativas para a realização do direito ante os problemas prático-sociais propostos pelo recorte do objeto do exame: a proteção da intimidade sexual.

Por ter especial preocupação os direitos da personalidade, seguiu-se a orientação metodológica empregada por Rabindranath Capelo de Sousa:

[...], para além dos gerais problemas metodológicos da aplicação do direito, deparamos aqui com direitos de cada homem sobre a sua própria personalidade oponíveis aos demais homens (*iura in se ipsum*), ou seja, com a mais íntima e directa relação do Direito com o homem. O que eleva a altos níveis de dificuldade não só o problema da “pré-compreensão” (*Vorverständnis*) do referente “personalidade humana” entendido e subentendido nos textos legais em causa, mas também o problema da compatibilidade e interações da pré-compreensão desse *quid* ontológico extralinguístico com a pré-compreensão da juridicidade em geral, na sua unidade de ordem e de sentido e na sua ligação à vida social efectiva, ou seja, com o fundamento ou exigência jurídico-material do conjunto de respostas jurídicas possibilitadoras do modo social de viver de todos os homens da nossa comunidade jurídica, que subentende necessários compromissos a nível individual. Para além do que, muitas das complexas ou difusas situações da vida real ligadas directamente à personalidade humana dificilmente são traduzíveis ou comandáveis a nível do discurso (e mais dificilmente a nível do discurso jurídico), necessariamente redutor da realidade, e situações há, v.g., do foro íntimo ou transcendental das pessoas ou do trato social, que escapam do domínio da juridicidade, não sem que nos interroguemos acerca do critério desta. Por isso, saber da tutela jurídica geral da personalidade implicará, muitas vezes, perguntar pelo Homem e pelo Direito, como condicionantes das soluções normativas para certas situações. (SOUSA, 1995, p. 16-17)

Prestou-se igualmente acatamento à orientação de António Menezes Cordeiro em sua “Razão de ordem” direcionada à relação jurídica: na qual critica a visão tradicional da doutrina na técnica de subalternização da pessoa, derivada do posicionamento da pessoa como um elemento – entre outros – da relação jurídica; ao invés de a colocar no centro de gravidade de todo o juscivilismo. (CORDEIRO, 1987, p. 9)

A partir deste marco doutrinário, está-se em condição de, por razões filosóficas, científicas e pedagógicas, inverter a sistemática da doutrina apegada à relação jurídica que apresenta necessariamente a sequência: os sujeitos, o objeto e o fato. Seguindo o pressuposto de Menezes Cordeiro, a sequência de análise foi justamente a oposta: o fato, o objeto e a pessoa, destino último de todo Direito Civil.

Buscou-se o realismo metodológico da assunção de que a ciência jurídica tem natureza constitutiva, embasada na fenomenologia do fato jurídico: logo, o ponto de partida e chegada para os estudos dogmáticos foi o referencial da eficácia jurídica, e não as normas ou fontes em si mesmas consideradas.

Nestes termos, a inventariação e a materialização do *quod ius* no domínio da tutela da personalidade humana têm de se compreender no conjunto e na unidade do ordenamento jurídico, articulando as soluções normativas entre si e com normas, ou juízos normativos, constitucionais, penais e administrativas relativas à personalidade humana.

A observação da realidade das relações humanas interpersonalísticas e a ponderação dos respectivos problemas concretos, individualizados, e a identificação das espécies topológicas dos discursos, buscaram compreender a dinâmica do próprio sistema jurídico normativo, bem como a consideração objetiva de certos casos como de conflito ou carecedores de maior atenção para soluções jurídicas; ou por fim, no apontamento de razões de propositura ou de decisão para os casos concretos

Na primeira parte, o método histórico de inventariação das principais construções paradigmáticas da ontognoseologia da sexualidade humana foi aplicado para demonstração da multiplicidade de referenciais que informam a temática. A mesma perspectiva foi usada na descrição do estado da arte do reconhecimento dos direitos sexuais na esfera dos direitos humanos,

repercutindo nos debates internacionais e integrando parte fundamental das agendas de desenvolvimento das principais agências Internacionais.

Na segunda parte, a sistematização dos tipos constitucionais que informam a dignidade da pessoa humana foi apresentada em estrita relação com os direitos sexuais, em conformidade com os padrões de definição apresentados pela Organização Mundial de Saúde. Além disso, a sistematização abordou as tutelas previstas na esfera civil e penal.

As possíveis tutelas do Direito Privado foram apresentadas de acordo com a metodologia do Direito Civil Constitucional, descrita nos seguintes termos por Paulo Lôbo:

O Direito Civil Constitucional representa a ressignificação das categorias históricas e fundamentais que singularizam o Direito Civil, criadas ao longe de milênios, para atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre a sua vocação história, que é de ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento da sociedade. Não faz, portanto, o menor sentido trabalhar o Direito Civil Constitucional como algo autônomo e descolado do Direito Civil, especialmente quando se busca nele uma função prática e operacional, destinada a uma sociedade complexa. Os direitos fundamentais que dizem respeito ao Direito Civil resultam da mitigação dos direitos subjetivos civis fundamentais para o âmbito constitucional, por escolha dos representantes constituintes, num momento histórico em que a sociedade elegeu aqueles que são seus valores essenciais e fundamentais, e os verteu em normas constitucionais. Quando isso ocorreu, em 1988, noventa preceitos constitucionais passaram a conformar o direito civil, relativos a direitos da personalidade, às pessoas (físicas e jurídicas), aos contratos, à propriedade, aos contratos, ao direito das sucessões, enfim, a todos os segmentos em que nossa disciplina se divide. (LÔBO, 2014, p.20)

A seção referente à tutela protetiva da intervenção penal sobre a intimidade sexual abordou a natureza da tutela específica e as questões sensíveis da política criminal de *ultima ratio* e de investigação das potencialidades danosas das condutas criminosas.

A terceira parte se prestou a um exame por aproximação das recentes (2010-setembro de 2015) alterações legislativas dos Estados (26) americanos sobre a exposição da sexualidade de forma não consentida. Buscou-se a sistematização dos âmbitos de proteção de um direito à privacidade não escrito na Constituição Federal, da normativa federal e por fim dos Leis Estaduais, e o apontamento das tecnologias legislativas aplicadas. Reconhecendo na recente atividade legislativa o traço distintivo que permite a aproximação à realidade brasileira, uma vez que a orientação das Leis é de tutela da dignidade da pessoa,

ao invés da vocação do direito à privacidade nos Estado Unidos que é a defesa da liberdade individual.

Aplicou-se para a construção da seção a teoria funcional do direito comparado, sendo esse método aquele por meio do qual se busca não a similaridade entre as amostras, mas o funcionalmente equivalente. Procurou-se, desse modo, o respeito às vocações distintas entre a tradição *common law* e *civil law*. “O fundamento do método é a chamada *praesumptio similitudinis*, ou seja, o pressuposto de que problemas em diferentes ordens jurídicas são resolvidos de uma maneira mais ou menos semelhante. Há uma presunção de similaridade”. (HERZOG, 2014, p. 168)

Para a finalidade proposta, apenas se considerou as leis em vigência até o marco temporal de setembro de 2015, e o padrão de investigação foi fixado na situação jurídica do padrão médio, não se considerando para as formulações a condição de vulnerabilidade de alguns sujeitos. Assim, qualquer referência feita além desse limite, deve ser considerada exemplificativa.

3. PLANO DE ANÁLISE

Teve-se por início a exploração do contexto social no qual a virtualização dos comportamentos sexuais tem ocorrido, sob uma perspectiva de progressão histórica. Através da catalogação de estudos quantitativos e qualitativos sobre os fenômenos de controle social sobre a sexualidade. Mesmo porque, entende-se que todo e qualquer regulamentação jurídica, além de um projeto, é um produto histórico e, portanto, “*não basta fixar um retrato instantâneo, antes temos de observar o filme do seu percurso*” (SOUSA, 1995, p. 24).

A partir das evidências sobre as condições sociais dos efeitos das práticas analisadas, seguiu-se a abordagem da determinação e caracterização da estrutura interna dos direitos sexuais.

Analisou-se a construção dogmática de um direito democrático da sexualidade, das liberdades individuais e dos pressupostos dos direitos da personalidade como estruturantes das tutelas específicas em caso de abusos de direitos nas relações interpessoais, ou da exposição íntima quando não consentida.

Descreveu-se sistematicamente os valores axiológico-normativos de contato com a hipótese recortada, nas experiências legislativas e jurídicas brasileira e americana, como base de confronto e estabilização das regras do estado da arte.

Só então, por fim, está-se em condições de analisar se para hipóteses enfrentadas há uma consolidação de tutelas garantidoras da dignidade individual, ou se há de fato uma oportunidade legislativa para o oferecimento de maior segurança ao exercício da liberdade individual de engajamento em ações sexuais nos ambientes virtuais.

**PARTE I: O CONTROLE SOCIAL E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO
DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS E DOS PROCESSOS DE CIDADANIA**

CAPÍTULO 1: CONTROLE SOCIAL SOBRE O COMPORTAMENTO SEXUAL

Há o dado registrado de que a produção de conhecimentos específicos sobre o comportamento sexual se intensificou de forma incontestável durante o século XX (POST, 2004, p. 2266). A psicologia, a psiquiatria e a sociologia da sexualidade humana conduziram o processo de independência da temática, quando da proposição da abordagem de novas hipóteses e aplicação do método científico para a investigação das questões ligadas ao sexo. Antes, a sexualidade humana era aprisionada aos interesses escolásticos. Stephen Post, nesse panorama, historiou a importância das contribuições de Richard von Krafft-Ebing, Havelock Ellis, Alfred Kinsey, Sigmund Freud e Michel Foucault, para o reconhecimento da abordagem científica da expressão sexual. (*idem, ibidem*).

O estágio da arte sobre a matéria ainda conhece de dissensos sobre as questões mais básicas sobre como a sexualidade é moldada, encorajada ou desestimulada por meio dos usos, costumes e práticas sociais (POSNER, 1992, p.17 et seq.). Há figuras como os desacordos sobre a naturalidade do comportamento mais agressivo dos homens em busca da relação sexual com as mulheres. No mesmo nicho, há setorizações: dentre os que reconhecem esse fato como normal, há tons diversos sobre a origem ser devida ao patriarcalismo social (*idem, ibidem*).

Seguindo no esforço ilustrativo, ainda não se chegou ao largo convencimento sobre as causas primárias da homossexualidade: sobre fatores biológicos, ou influências sociais durante a fase formativa do desenvolvimento na infância. A dois, sequer sobre o fato de o aumento das denúncias sobre assédios ou abusos sexuais estar relacionado à permissividade cultural do apelo, ou a mudança na percepção da possibilidade de nomear como agressores os próprios parentes, médicos ou autoridades eclesiásticas, a despeito da tradição de se encobrir os desvios de conduta sob o manto da respeitabilidade (BOSWELL, 1998, p. 41).

O cerne da questão é que a sexualidade não é afeta apenas ao teste das hipóteses empíricas, e está diretamente relacionada às questões éticas e políticas. Ernest Wallwork (1995, p. 2417) em revisão da obra “História da sexualidade” de Michel Foucault (*apud*, 1990) afirmou que as alegadas razões

científicas pela ‘naturalidade’ de certo ato sexual sempre refletiriam uma interpretação tendenciosa e não transparecida, e que as construções do pensamento e das teorias afetariam diretamente os próprios comportamentos classificados, caracterizados, e implicitamente valorizados. Foucault lançou luz sobre a ameaça do encobrimento de valores morais perniciosos por meio da linguagem científica sobre as questões de gênero e sexualidade. Pôs em evidência a objetividade científica, e alertou a comunidade acadêmica sobre os riscos de defesa de sua neutralidade.

Sustentou ainda que qualquer teorização sobre o comportamento sexual não poderia evitar presunções sobre as questões do exercício do poder e da dominação; agentes sociais de tratamentos díspares (*op. cit.*, p. 2445). A partir do escrutínio das questões políticas, afirmações como a do sexologista Alfred Kinsey, et al. na obra *Sexual behavior in the human male* (*apud*, 1948), de que “os homens seriam mais agressivos iniciando o contato sexual”, passariam a ser consideradas não apenas como avaliações objetivas, mas também a perpetuação de um estigma social de prevalência do gênero masculino sobre o feminino.

Nesse sentido, foi conclusivo o trabalho de investigação da filósofa política Susan Okin (1989, p. 22), alertando para a contínua necessidade de se lançar luz sobre a perpetuação de estereótipos sociais por meio das teorizações sobre o comportamento sexual, quando não há universalidade, ou se prioriza as experiências de apenas uma parte da população: geralmente os homens brancos e heterossexuais.

De igual modo, Okin sustentou que a completa ausência do tema da ‘justiça com relação à questão de gênero’ nas obras dos principais e mais influentes éticos sociais da modernidade – para citar: John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Nozick – é sintomática da exclusão normatizada do comportamento sexual para a arena privada, uma zona fora do alcance dos teóricos que tratam do interesse social, e logo do escrutínio público. (OKIN, 1989, p. 45). Tratar-se-ia “de um conflito que ocorre dentro da zona de privacidade dos particulares” (WALLWORK, 1995, p. 2417).

A tradicional dicotomia existente entre o público e o privado na questão concernente ao comportamento sexual foi bastante para manter longe dos tribunais e da censura pública, os atos de violência e abuso, que restaram

encobertos pelo manto da zona de privacidade. Tal segmentação do conhecimento das razões humanas impediu o progresso dos debates e o conhecimento em verticalidade dos fatores sociais e naturais de influência do comportamento: obstaculizando o desenvolvimento das tecnologias sociais de controle das práticas abusivas e violentas.

A independência teórica das ciências da sexologia humana é fundamental para o progresso dos instrumentos e tecnologias de promoção dos valores e liberdades humanas.

1.1 AS TEORIAS SOBRE O COMPORTAMENTO SEXUAL DO SER HUMANO

As modernas teorias sobre o comportamento sexual humano gravitam entre os referenciais do essencialismo e das teorias construtivistas. (IRVINE, 1990, p. 12). O essencialismo atribui a certos comportamentos sexuais ou de expressão de gênero o caráter imutável da natureza da espécie humana (REISS, 1989, p.101). Seguindo essa corrente, o que é expressão do natural é um atributo positivo; e o que é social é considerado artificial e danoso, por inibir a realização da finalidade natural do comportamento sexual, seja o prazer, o erotismo ou a procriação.

Nesse sentido, há o destaque da teorização tomista do direito natural, explicitando a procriação como a finalidade da sexualidade humana (WALLWORK, 2004, p.2445). Para além da reprodução, os sexologistas modernos defendem a naturalidade para a abrangência dos atos sexuais para o fim do prazer. Alfred Kinsey (*apud*, 1948), por exemplo, faz uso de um argumento essencialista para justificar que a censura à homossexualidade ou à masturbação deveriam ser consideradas irracionais, por se tratarem de atos normais em sociedades mais “primitivas” e estarem de acordo com o desenvolvimento psíquico natural das capacidades humanas. Na mesma linha, seguindo o esforço ilustrativo, o sexologista em destaque, Alfred Kinsey, invocou argumentos essencialistas em outro momento para sustentar a maior naturalidade do coito extramarital do homem em relação aos atos das mulheres, com base na observação estatísticas do comportamento de espécies da ordem *mammalia*.

Ernest Wallwork apresenta críticas ao pensamento essencialista afirmando que faltaria aos sexologistas desta corrente a percepção de que de diversas formas a cultura poderia influenciar e dar sentido a estrutura do comportamento sexual e da construção do gênero: para além dos limites dos fatores fisiológicos. (2004, p. 2446)

A expressão do comportamento sexual – para a corrente construtivista - seria o produto específico de um momento histórico, cultural e refletiria a própria configuração das instituições sociais (McKINNEY, et al. 1989, p. 33). Seguindo esse referencial é digno de nota que a prevalência da hierarquia masculina nos sistemas de produção econômica e na dinâmica política foram determinantes para a perpetuação da visão patriarcal da natureza humana.

As críticas sobre os recortes de pesquisa sobre o sexo ao limite da fisiologia genital foram formuladas – dentre outros - pelo libertarianismo feminista de Leonore Tiefer (1978, *passim*), que repudiou a desvalorização implícita dos fenômenos das experiências das mulheres em fases pregenitais ou não genitais, da complexa e multifatorial relação sexual.

Desse modo, as teorias construtivistas permitiram a abertura da comunidade científica para a consideração da diversidade das influências culturais no comportamento sexual, e de que os significados atribuídos à prática estariam associados a influências cruzadas nas diversas formas de exercer os relacionamentos. Ilustra-se a afirmação ulterior com a revisão de Stoller (1991, *passim*) sobre as evidências do poder cultural em moldar a sexualidade humana pelo apelo exercido em diversas culturas por partes do corpo não erógenas: os pés em formato de flor de lótus na cultura chinesa antiga; os pés desnudos ou o uso do calçado na Europa medieval; e a erotização do cabelo por diversas culturas, em marcos temporais diversos.

Wallwork (2004, p. 2418 et seq.), na catalogação enciclopédica da teoria construtivista, documentou o fato social descrito por Reiss da diferença cultural sobre a ejaculação precoce. Enquanto no Ocidente a ejaculação precoce é considerada como uma disfunção para a qual é aconselhado o tratamento médico; na Melanésia (país da Oceania), um país em desenvolvimento, há a expectativa de que os homens atinjam o orgasmo de forma bastante rápida (de quinze a vinte segundos), e aqueles que levam mais tempo são ridicularizados (REISS, 1989).

Durante o século XX, houve a ondulação do pêndulo natureza-cultura social na teorização sobre o comportamento sexual humano. Dos embates surgiu o temperamento das posições para a construção de um modelo interacionista: para o qual os fatores biológicos – genes e hormônios – não agiriam de forma isolada, do contrário, interagiriam com os fatores ambientais – estímulos sensoriais – na conformação da experiência subjetiva dos indivíduos (WALLWORK, 2004, p. 2422 et seq).

Esses fatores subjetivos seriam bastantes para a explicação de que alguns sujeitos teriam interesse em determinadas práticas – e. sadomasoquismo, voyeurismo – e outros não. A conformação da independência do sujeito de acordo com suas forças e vulnerabilidades em meio ambiente ego-social, importariam no seu grau de desenvolvimento cognitivo para a percepção das possibilidades de expressão individual de sua própria sexualidade (*Idem, ibidem*). O desenvolvimento psicológico, o apelo dos estímulos estéticos, a moral, as expectativas sociais sobre o sexo, as características da personalidade, são multifatores que moldam o espectro das possibilidades individuais, e direcionam o comportamento em determinada direção, e não em outra.

Na construção da sexologia moderna, aos fatores biológicos se conferiu igual destaque. O desenvolvimento do conhecimento científico de que os níveis de testosterona influenciam de forma natural o nível de desejo sexual, importaram numa revolução da tecnologia de controle médico da prática sexual. Novas terapias foram desenvolvidas, novos tratamentos oferecidos àqueles que buscam maior satisfação sexual (BEZEMER, et al. 1992).

A despeito de ser possível a identificação dos fatores sociais e naturais que compõem o objeto das hipóteses da sexologia moderna, sobre o estágio da arte das teorias sociológicas do comportamento sexual humano, Ernest Wallwork é categórico:

[i]nfelizmente, os pesquisadores ainda não conseguiram desenvolver um modelo teórico suficientemente complexo que conseguisse integrar, garantir e compatibilizar os pesos dos multifatores, incluindo a capacidade de auto-controle individual, que influenciam o comportamento sexual. (WALLWORK, 2004, p. 2417 , tradução livre)²

² Unfortunately, researchers have not yet developed a theoretical model sufficiently complex and nuanced to integrate and assign proper weight to all the multiple factors, including the individual's self-control, that influence human sexual behavior. (WALLWORK, 2004, p. 2417)

Todavia, apesar de identificada as fragilidades de metodológicas da sexologia como centro autônomo de produção de conhecimento – fato que é comum às ciências de fronteiras multidisciplinares -, o que se pode afirmar é que dentro do panorama traçado entre o contínuo essencialismo-construtivismo, restam várias possíveis formas de abordagens legítimas sobre a perspectiva do controle social do comportamento sexual, sob o manto das possibilidades de avaliação do fenômeno com base na etnografia, história, antropologia, psicologia social.

O desenvolvimento de tecnologias de ferramentas legais que abordem diretamente, ou tangenciem a temática do sexo deve observar a amplitude dos debates possíveis, e dos limites das teorias sobre a liberdade sexual, para o desenvolvimento de instrumentos que garantam de fato a expressão legítima e autêntica do que importa em saúde humana, afetividade, cultura, liberdade e desenvolvimento da personalidade; em oposição do que se caracteriza como abuso, violência e aprisionamento das identidades.

1.2 PRESSUPOSTOS PARA O CONTROLE SOBRE A EXPRESSÃO SEXUAL

O comportamento sexual dos seres humanos é visto como uma relação potencialmente problemática, e por isso, reclama um certo grau de controle social (LAUMANN, et al. 1994, p. 08). As motivações variam, mas há uma nota uníssona de que o ser humano desenvolveu uma relação com o sexo que supera a resposta imediata aos instintos primários. Como ser social, os freios e estímulos passaram a consituir as margens de tolerância das permissões e das proibições. A capacidade de controle sobre o imediatismo dos instintos foi determinante para a criação de ambientes que favorecessem a adaptabilidade da espécie humana aos riscos das mudanças do entorno. (*idem*, p. 08 et seq.)

A introdução do elemento da motivação de causa ao contato sexual entre os indivíduos influenciou todos os aspectos das potencialidades da vida humana; diferentemente das demais necessidades de primeira ordem (sede, fome, respiração), a necessidade sexual passou a ser moldada por filtros sociais (ELSTER, 1999, p. 25). Dito controle social é aplicado em todas as unidades da

sociedade. Desde a família ao Estado, e é usado para direcionar comportamentos no sentido de inibir as ameaças à estabilidade da ordem, mantendo a convivência em grupo (*Idem*, p.26 et seq.).

De forma elucidativa, uma das ameaças consideradas na historicidade do controle social diz respeito à proibição das práticas incestuosas; uma ofensa à perspectiva evolucionista da unidade social por importar em danos ao funcionamento e bem-estar do indivíduo vitimizado (LAUMANN, 2000, p. 112). A mesma lógica se aplica a proibição da pedofilia, das relações sexuais não consentidas, da sedução de menores e das relações adulterinas.

A direção dos comportamentos sociais visa à preservação dos laços sociais e a fomentação da criação de indivíduos funcionais para a manutenção da ordem. Há no controle uma inerente ferramenta para o fortalecimento de vínculos produtivos e de tratamento igualitário entre os sujeitos, já que as práticas contrárias ao projeto de liberdade responsável figuram como ameaça à ordem e são em si motivos de violência. (WALWORK, 1995).

Sob uma perspectiva macrosocial, afirma-se que há repercussões do controle social sobre a sexualidade nas demais formas de conduta moral dos indivíduos. São as palavras de STONE:

“a perpetuação de dogmas religiosos, de regras morais e da própria lei é relacionada diretamente com o monitoramento das condutas sexuais, desde que a forma como a sexualidade é controlada é paradigmática da forma como a sociedade almeja que seus integrantes busquem suas finalidades individuais, sejam morais, sejam espirituais”. (STONE, 1985, p. 42. Tradução Livre)³

Parsons exemplifica a relação macrosocial ao afirmar que o culto à virgindade feminina pregada pelo asceticismo puritano figurava apenas como um aspecto dos hábitos de vida sociais das comunidades tradicionais do sudeste italiano, mas que de fato influenciava todas as demais dinâmicas da sociedade (PARSONS, 1989).

Ainda sobre a forma de controlar o exercício das práticas sexuais, diz-se que a normalidade do controle é alcançada através da disseminação e explicitação dos mesmos ideais e costumes sobre as condutas inapropriadas

³ *The perpetuation of a society's religious ideals, moral norms, and law is also intertwined with the monitoring of sexual conduct, since the way sexual conduct is controlled is often paradigmatic of the way the society expects individuals to pursue other moral and spiritual goals.* (STONE, 1985)

entre os agentes sociais do grupo de identidade (*idem, ibidem*). De forma ilustrativa, considere-se que na cultura do judaísmo, cristianismo e islamismo há a sedimentação dos standards da normalidade do comportamento heterossexual pela liturgia do casamento. De outro modo, as relações adúlteras são condenadas e punidas. Elenque-se, ademais no mesmo rol exemplificativo, a normalidade das relações amorosas entre os homens e os menores impúberes, desde que livres, durante o período Clássico da Grécia Antiga (FOUCAULT, 1990)

Há um claro destaque do papel das instituições sociais na direção dos comportamentos sexuais dos indivíduos. A família, a religião, as escolas, a medicina, o direito, promovem a estabilização dos valores, usos, normas e dos status que influenciam na forma como os elementos de participação agem. Também são responsáveis no posicionamento social dos indivíduos, por meio dos status que controlam as expectativas sobre o sujeito e seu papel para a manutenção da ordem (WALLWORK, 2004). Essa estabilização permite o exercício dos juízos de racionalidade sobre o que pode ser esperado como conduta aceitável daquele sujeito.

A atribuição dos papéis sociais segundo as questões de gênero influenciaram sobremaneira o comportamento sexual na modernidade. Na cultura ocidental a expectativa era a de que os homens exercessem a dominância por participarem diretamente dos processos de produção, e das tomadas de decisões políticas; restando para as mulheres a posição de submissão do confinamento ao reduto do lar e da responsabilidade na criação dos filhos. As influências no comportamento sexual das posições sociais ocupadas levaram a descrição do comportamento masculino como: mais agressivo, autônomo e baseado no exercício do poder. Já o feminino era classificado como: passivo, receptivo e relacionado de forma mais direta às conexões emocionais (WALLWORK, 2004, p. 2419).

Por fim, além dos standards impostos pelas questões de gênero e das instituições sociais, destacam-se como relevantes pressupostos do controle sobre as práticas sexuais as preocupações com as questões da saúde humana. De forma instintiva e com base na interpretação das evidências, na Grécia – em seu período clássico -, era recomendada a moderação nas práticas sexuais, por se ter dos excessos a visão de gastos da vitalidade. (FOUCAULT, 1990, *passim*).

Modernamente, na passagem do século XIX, o temor do contágio da AIDS alterou de maneira radical o comportamento e as crenças sobre os riscos das relações sexuais sem o uso de métodos de proteção (JANUS, et al., 1993).

A anotação final feita por Ernest Wallwork (2004, p. 2413 et seq.) sobre os pressupostos do controle social sobre a expressão sexual é a de que em sociedades complexas não há uma linearidade de fatores determinantes: de modo a permitir a teorização funcionalista, como as propostas por sociólogos como Talcott Parsons, por exemplo. Culturas tidas por ilícitas e moralmente reprováveis – como é o caso da prostituição – existem lado a lado das práticas reputadas lícitas, funcionando como antíteses, contrapontos e parâmetros de revisão da normalidade da regra de referência. Há na multiculturalidade dos grupos sociais de diferentes extratos de classe e status a potencialidade de expressão de comportamentos sexuais distintos.

1.3 O CONTROLE E A PERMISSIVIDADE

Após a Segunda Guerra mundial, datou-se na historicidade do comportamento sexual humano um marco a que se refere usualmente como Revolução Sexual: período no qual supostamente houve uma maior liberdade para os atos sexuais, e relaxamento do controle social. Laumann et al. (2000, p. 11, et seq.) sustentam a visão de que a interpretação libertária do período é – grande parte - ilusória, na medida em que houve apenas a atualização e substituição dos mecanismos e tecnologias de controle.

Dessa forma, a permissividade moderna seria instrumentalizada por normas mais precisas de controle, standards novos e tolerâncias distintas das tradicionais: não importando de per se em um alargamento no *quantum* despótico dos sujeitos. Os status foram redefinidos, conferindo-se menor destaque à legitimidade das relações sexuais conjugais, privilegiando-se a autonomia das partes, primando pela equidade entre os parceiros.

Laumann, et al. (*idem, ibidem*) descrevem o período como de mudanças no ambiente social. Há o destaque para: i) uma maior exposição pública para os temas relativos à sexualidade, por meio das mídias sociais: propagandas, programas televisivos, filmes, etc; ii) o desenvolvimento das tecnologias dos

contraceptivos, e o acesso em maior escala principalmente das pílulas anticoncepcionais; iii) a maior oferta de materiais eróticos; iv) a disseminação da ideologia emancipatória promovida pelo feminismo; v) o empoderamento feminino na disputa por espaços políticos e do mercado de trabalho; vi) a maior aceitação de comportamentos sexuais d'antes rejeitados (ex. homossexualidade, concubinato); vii) e, a abertura para as práticas sexuais dos mais jovens. Os autores interpretam a conjuntura da virada dos anos 2000 como um momento de resignificação da atividade sexual para além de sua finalidade de procriação, defendendo que há uma abertura ao sexo como expressão legítima da busca pelo prazer.

Todavia, também é digno de nota que a chamada nova permissividade convive ainda com a tradição ocidental de um fechamento para a discussão da temática da sexualidade de forma franca e direta. A tradição ocidental tem por longa história o uso de expressões carregadas por um simbolismo de meandros sobre a temática sexual. Ernest Wallwork (2004) revisou o trabalho de Otto Baab (apud, 1962) para apresentar – ilustrativamente - o dado colhido na historicidade bíblica: tanto de tradição judaica, quanto cristã, há um marcante uso de eufemismos para a referência ao ato sexual, ao desejo, ou das partes genitais.

Do travamento indireto das disputas sociais pelos espaços de expressão do comportamento sexual, há o resultado de uma atividade reguladora que não observa a mesma intensidade, ou ao menos a coerência necessária, para conferir aos sujeitos a segurança para a prática livre e responsável dos atos da liberdade sexual (*idem, ibidem*). Há apenas reconhecimento de forma setorial da relevância da urgência da regulação do comportamento sexual, que importam na edição de regulações esparsas para o direcionamento de atividades específicas. Por exemplo, há na deontologia médica a proibição do relacionamento sexual entre o médico e o seu paciente⁴.

De outra medida, há de se considerar o grande espectro das circunstâncias negligenciadas pelo exercício do poder regulador sobre comportamentos legítimos, porém carentes de efetiva proteção e tutela: cite-se o tema específico da virtualização da expressão sexual e a falta de tutelas

⁴ RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009: Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

específicas de censura aos abusos da exposição íntima não consentida, na moderna formatação do ordenamento jurídico brasileiro.

A parametrização do controle social sobre a sexualidade é tida por adequada quando atende os critérios da necessidade, e além disso: reconhece o valor (*rectius*: bem social) da livre expressão dos desejos, das ações espontâneas da sexualidade em exercício da tolerância das condutas não danosas, com finalidades compatíveis com o melhor interesse da coletividade de que o sujeito toma parte.

1.4 ASPECTOS ÉTICOS SOBRE A SEXUALIDADE HUMANA

Há nas preocupações éticas com o estado da saúde humana, o interesse nas investigações sobre os mecanismos de funcionamento dos vetores da sexualidade. O exame sobre simbologias, significados, das causas e efeitos, e das dinâmicas sexuais são de grande valia para o desenvolvimento da Ética, como disciplina de investigação das humanidades. O maior entendimento sobre conceitos, obrigações, disfunções, doenças, valores e justiça permitem a consolidação de standards para a regulação das práticas, da tutela do direito individual à autodeterminação, e legitimam a motivação com base na racionalidade das intervenções de direção para as práticas sexuais (FARLEY, 2004, p. 2418 et seq.).

Historicamente, as investigações filosóficas, a religião e a medicina desempenharam papéis determinantes no desenvolvimento da racionalidade para a tolerância das práticas sexuais. Ainda que se reconheça na medicina uma arte de manutenção de *status quo*, que por vezes faz repercutir na autoridade da linguagem científica os valores sociais, há na prática médica a potência para a transformação social de valores sobre o sexo. Destacaram-se, e ilustram a afirmação: o Corpus Hipocrático, as contribuições de Galen, e como fato histórico datado no Século XV da interpretação dos escritos médicos da sífilis como uma doença, e não uma punição divina em represália aos desvios de conduta da nobreza (FARLEY, 2004, p. 2419). Nesse sentido, a revisão dos fatos históricos da tradição ocidental auxilia na compreensão sobre a perspectiva das atuais questões éticas sobre o comportamento sexual.

1.5 ANTIGUIDADE CLÁSSICA: GRÉCIA E ROMA

Em linhas gerais, a antiguidade clássica da cultura ocidental experimentou de uma larga permissividade e aceitação da prática sexual dos homens livres. O sexo era considerado parte dos hábitos naturais do indivíduo. Existiam proibições para a prática do incesto, da bigamia e do adultério: posto que violavam o direito de propriedade de um outro homem. O destaque social para as práticas sexuais era distinto nas duas tradições: na Grécia, as atenções públicas eram voltadas aos relacionamentos travados entre cidadãos (homens livres) e os adolescente; ao passo que os romanos conferiam ao casamento heterossexual a condição de base para as instituições sociais (BAKER, et al. 1998, p. 08).

As duas sociedades eram baseadas na dominância masculina: e observavam uma rígida divisão de papéis sociais de acordo com o gênero. A natureza humana masculina era considerada a da expressão da bissexualidade, e as necessidades polieróticas eram garantidas pelas instituições sociais. De modo diverso, as relações sexuais entre mulheres eram comumente vistas negativamente, pois importariam em adultério – desde que a mulher pertenceria ao marido -, ou mesmo por uma questão de que a valorização apenas dos desejos masculinos ofuscaria a percepção da normalidade das relações lesbianas. Mais além, condutas como a prostituição de ambos os sexos e o uso dos escravos para lubricidade eram amplamente toleradas e consideradas normais (FOUT, 1992, *passim*).

O casamento não era sustentado por laços afetivos, mas por aquilo que era considerado de maior interesse para a finalidade da procriação e do serviço e defesa da cidade. A virgindade era apenas uma expectativa para as noivas. E, observavam as grandes diferenças de idade e de formação educacional entre os homens e as mulheres, com a larga superioridade dos primeiros. Apesar de ser considerado monogâmico, a ética sexual não era confinada ao casamento. Mesmo assim, a institucionalização do matrimônio é considerada uma das grandes contribuições da civilização romana, e influenciou no desenvolvimento da fidelidade como uma das obrigações maritais (BAKER, 1998, *ibidem*).

As questões da força natural do desejo sexual e das relações de poder referentes da distribuição dos papéis passivo e ativo na relação sexual atraíram a atenção dos pensadores (FOUCAULT, 1990, p. 27 et seq.), lançando-se às investigações sobre as oportunidades de controle da relação entre os homens e os adolescentes, vislumbrando a estipulação de um limite etário (Demóstenes) ou mesmo o banimento do contato físico (Platão).

Foucault afirma que há na tradição clássica as referências de herança do pensamento ocidental sobre o status de inferioridade que se confere aos estímulos do desejo sexual, seguindo a inferioridade que o corpo tem em relação às “virtudes do espírito”. Quando não se considerava o sexo como conduta de negação às virtudes, interpretava-se o ato como conduta de perigo: chegando-se a classificação do êxtase como episódio de epilepsia, causado pelo gasto excessivo da energia vital; logo, haveria uma associação direta com a morte. (FOUCAULT, 1990, *ibidem*). O autor ainda destaca a interpretação platônica do prazer sexual como uma forma inferior de obtenção do prazer, estimulando a crença da autodeterminação como forma de controle sobre os impulsos de ordem sexual, para se evitar o distanciamento das potencialidades do *eros*.

De todos os pensamentos referentes ao sexo, Foucault aponta as contribuições do estoicismo (Sêneca, Marcus Aurelius, Epictetus, etc.) como definitivas para os desenvolvimentos seguintes da modernidade ocidental. A doutrina destacou a capacidade de controle sobre os impulsos e emoções relacionadas ao sexo, como forma de se evitar o poder erosivo dos excessos sexuais para as instituições. O desejo, assim como a raiva, era considerado como impulso irracional, tendente ao vício e à impulsividade violenta: devendo ser moderado, e liberto para a finalidade racional: a procriação. Foucault data o período do desenvolvimento da doutrina estoica como o de conjugalização das relações sexuais (1990): quando se observou a construção normatizada do “*no sex outside of marriage*”.

Sobre o período clássico da civilização ocidental, Margaret A. Farley anota que de uma forma geral o legado greco-romano para a civilização ocidental guardou pouca relação com a permissividade que caracterizou o período Clássico da Grécia Antiga. Os temas dominantes que se perpetuaram nas civilizações modernas se resumiram às formas de controle e ao ceticismo. Farley afirma que esse fato histórico pode ser justificado pela falta de integração da

sexualidade nos contributos mais relevantes dos pensadores clássicos, sobre o tema das relações humanas⁵(FARLEY, 2004, p. 2420).

1.6A TRADIÇÃO JUDAICA

Na cultura judaica clássica, o casamento também assumiu condição de centro de gravitação para a referência do comportamento sexual. Houve na crença na sacralidade do casamento para a finalidade de procriação e na estabilização das relações de poder no patriarcado, os motivos de causa para a definição de regulações específicas referentes ao exercício da sexualidade (NOVAK, 1992).

O judaísmo se ocupou da preocupação com a “emissão da semente da vida de forma imprópria” (referência em *Genesis.38:9*), censurando as práticas homossexuais e de masturbação. Tais atos importariam na ofensa à responsabilidade para com as instituições da família e do patriarcado, bem como demonstrariam descontrolo de ordem moral dignos de punição (*idem, ibidem*).

O sexo antes ou fora do casamento era tratado de forma distinta entre as posições de gênero. Assim como as ações e costumes de vestimentas das mulheres eram controlados para restringir a potencialidade de atração masculina aos atos de luxúria (ilícitos: *yetzer hara*). (FARLEY, 2004, p. 2421)

Da influência dos estoicos e do intercâmbio cultural, Posner diz haver surgido interpretações diversas sobre a relação entre a sacralidade e o sexo: pondo em descompasso o misticismo cabalista e a tradição judaica ortodoxa. De todo, os desenvolvimentos teóricos sobre a tradição apontam para uma maior abertura para o reconhecimento da pluralidade sobre entendimentos concernentes ao uso de contraceptivos, questões de gênero e igualdade, homossexualidade e aborto (POSNER, 1992, p. 102).

⁵ Overall, the Graeco-Roman legacy to Western sexual ethics holds little of the sexual permissiveness that characterized ancient Greece. The dominant themes carried through to later traditions were skepticism and control. This way have been due to the failure of almost all greek and roman thinkers to integrate sexuality into their best insights into human relationships. Whether such an integration is possible in principle has been at least a tacit question for other traditions. (FARLEY, 2004, p. 2420)

1.7 A TRADIÇÃO CRISTÃ

Do mesmo modo como ocorre em outras tradições religiosas, a relação do cristianismo com a temática da sexualidade humana é pautada por complexidades e está sujeita a fatores de diversidade. A começar pelo fato de que a própria religião não teve por marco inicial um sistema ético de fácil determinação. Os ensinamentos de Jesus e seus seguidores, perpassados pela leitura e interpretação do Novo Testamento, promoveram o enraizamento ético na base da obediência à Deus e a alta consideração ao próximo (BROWN, 1988, p. 42-43).

Margaret A. Farley (2004, p. 2423, et seq.) descreve o tronco ético sobre a sexualidade para cristianismo em três valores determinantes: i) de um lado, o valor do casamento e a finalidade de procriação, e a opção virtuosa do celibato, de outro lado; ii) a importância da ponderação e reflexão sobre condutas, antes da ação; iii) a afirmação da sacralidade no simbolismo das relações sexuais, como fenômeno relacionado à criação.

Na historicidade da tradição cristã, destaca a autora, Margaret A. Farley, a influência do pensamento de Santo Agostinho sobre o casamento e a permissividade sobre o sexo. Da interpretação sobre o pecado original, o discurso de Santo Agostinho construiu a crença de que há pecado em toda relação sexual, mesmo que ocorra dentro do casamento e para a finalidade reprodutiva. Afirmou ter na essência do sexo o pecado. No período do século VI ao XI, a racionalidade agostiniana sustentou as normas penitenciais sobre o adultério, fornicção, sexo oral, coito anal, contracepção, e até mesmo sobre posições sexuais que se desviassem da normalidade reprodutiva (FARLEY, 2004).

No século XIII, São Tomás de Aquino sintetizou a teologia cristã, e como contribuições para a temática da ética sexual, Margaret A. Farley descreve:

He taught desire is not intrinsically evil, since no spontaneous bodily or emotional inclination is evil in itself; only when there is an evil moral choice is an action morally evil. Consequent upon original sin, however, there is in human nature a certain loss of order among natural human inclinations. Sexual passion is marked by this disorder, but it is not morally evil except insofar as its disorder is freely chosen. (FARLEY, 2004. P. 2423)

Há na teorização aquiniana o discurso pelo fortalecimento dos laços maritais através da abertura positiva ao afeto como máxima forma de amizade, e na expressão do amor cristão entre os parceiros na realização da união sexual (*Summa theologiae* II-II.26.11, *apud* FARLEY, 2004).

Da integração da expressão do amor espiritual com o prazer sexual, surgiram teorias que embasaram parte das divergências protestantes no Século XVI. Questionaram-se os valores dogmáticos concernentes ao celibato das autoridades clericais. O casamento e a família passaram a ser considerados o centro gravitacional para a sexualidade na vida cristã; afastando-se do referencial da normatividade da procriação. Lutero e Calvino interpretavam o casamento como utilidade para o controle dos desejos sexuais desordenados; e acreditavam na instituição como unidade básica de formação do caráter. (FARLEY, 2004. p. 2424).

As respostas aos impulsos reformistas foram dadas pela tradição ortodoxa no final do Século XVI. O Concílio de Trento foi o primeiro concílio a tratar da questão afetiva do matrimônio, reafirmando a finalidade reprodutiva do sexo, além de enfatizar a superioridade moral do celibato. Os manuais eclesiais dos períodos subsequentes censuraram as escolhas em detrimento da normatividade reprodutiva da prática sexual. Apenas no século XX, em virtude do apelo pelo personalismo e da aceitação pela ordem protestante dos métodos contraceptivos, a tradição católica, em 1930, *casti connubi* (P. Pius XI), reafirmando a ética da procriação, aprovou a utilização do método de controle dos ciclos menstruais para o fim de restrição do número da prole. Do marco, houve um lento processo de autorização das relações sexuais dentro do casamento – sem a finalidade reprodutiva – todavia, desde que se observasse os motivos de causa do fortalecimento da união marital. (GREEN, 1992, p. 57).

Margaret A. Farley interpreta o marco histórico como uma viragem sob a perspectiva de construção da ética cristã, que da década de 1950 a 1970 se fez intensa.

A cisão introduzida entre a procriação e o intercuro sexual foi evidenciada e se tornou notória, quando da maior aceitação do controle contraceptivo pelo ciclo menstrual, bem como ser devido ao maior entendimento da totalidade das questões humanas como suporte para as novas preocupações quanto às

formas de expressão e causa das relações maritais. Nesse contexto, os efeitos dos anseios sociais foram impressos no Segundo Concílio do Vaticano em 1965, quando se proclamou que a afetividade essencial ao casamento é única e perfeitamente expressa por meio do intercurso sexual (*Gaudium et spes*. 49). Apesar de o Concílio reafirmar a finalidade de procriação do casamento, fez crer que a tradição católica não mais ranquearia a procriação como a finalidade mais basilar do casamento e da união matrimonial, como primária ou secundária. (FARLEY, 2004, p. 2425. Tradução livre)⁶.

É digno de nota que o final do século XX, e a primeiras décadas da virada, observam disputas dos discursos de teólogos no que concerne às relações sexuais antes do casamento, do novo laço marital após o divórcio, da questão sobre os homossexuais, as terapias para a infertilidade, as questões de gênero e do dogma do celibato. Há relativizações, flexibilizações, de um lado, e, ratificações de dogmas da tradição cristã quanto ao tema da sexualidade, de outro.

1.8 A SEXOLOGIA MODERNA: O SURGIMENTO DAS NOVAS TEORIAS INTERPRETATIVAS SOBRE O SEXO E A MORALIDADE

A busca da racionalidade científica para a investigação das dinâmicas das relações sexuais encontrou na amálgama da psicologia, etnologia, antropologia, sociologia, medicina e na história o fundamento para a formulação de método próprio da ciência da sexologia, que se fortaleceu sobremaneira meados do século XX, especialmente durante a década de 1960. (WALLWORK, 2004).

As mudanças nos hábitos de vida dos indivíduos fomentaram a mudança de paradigma para o maior interesse nas investigações seculares sobre as hipóteses das práticas sexuais. A ordem econômica estruturada pelo capitalismo, a urbanização, o empoderamento feminino, a progressão social de direitos humanos e a expressão do individualismo ambientaram eventos como a

⁶ “The change in Roman Catholic moral theology from the 1950s to the 1970s was dramatic. The wedge introduced between procreation and sexual intercourse by the acceptance of rhythm method joined with new understandings of the totality of the human person to support a radically new concern for sex as an expression and cause of married love. The effects of this theological reflection were striking in the 1965 Second Vatican Council teaching that the love essential to marriage is uniquely expressed and perfected in the act of sexual intercourse (*Gaudium et spes*, 49). Although the Council still held that marriage is by its very nature ordered to the procreation of children, it no longer ranked what the tradition considered the basic ends of marriage, offspring and spousal union, as primary and secondary”. (FARLEY, 2004, p. 2425).

evolução tecnológica dos novos métodos de controle contraceptivo, e de uma forma geral, do maior entendimento sobre os fatores físicos ou psíquicos que agem em relação combinada sobre a sexualidade humana. (*Idem, ibidem*).

O maior interesse na área de pesquisa da sexualidade importou em diversos progressos para as possibilidades de investigação. Exemplo disso foi a contribuição da antropologia para a anotação de variações significativas entre o comportamento humano em diversos grupos, impulsionando as revisões sobre as regras de normalidade. Pesquisas sobre o comportamento sexual passaram a ser socialmente aceitas. Destaca esse fato Alan Soble:

Pesquisas sobre as atividades sexuais nas sociedades Ocidentais revelam uma discrepância massiva entre as normas sociais aceitas e o verdadeiro comportamento dos indivíduos, retirando a justificação dos argumentos que suportam algumas das próprias normas (e.g., o fato de que 95% da população masculina nos EUA praticam atividades autoeróticas dificulta a construção do arrimo da proibição da masturbação, no contexto de que ela causaria transtornos de insanidade. (SOBLE, 2002)⁷

Considere-se que o progresso do exame do comportamento sexual pela análise do método científico não importou de per se em maior permissividade ou aceitação social das práticas sexuais. De fato, representou um avanço da tendência de se secularizar e tratar medicamente a sexualidade. Importando no reconhecimento de que a questão sexual é tanto uma questão ética, quanto médica: com implicações recíprocas para o bem-estar e desenvolvimento do indivíduo (*idem, ibidem*).

Novas formas de interpretar a relação entre o sexo e a moralidade insurgem da sedimentação das ideias de que: a) a sexualidade não é um fenômeno isento das influências das constantes históricas; b) tampouco um referencial biológico que se expressa de forma diferente, moldado pelas normas morais em perspectiva histórica. Dentre as novas formas de interpretação, há um dos pressupostos de contingência: o de que a sexualidade é, ao invés, um ponto de disputa das relações de poder entre os diversos agentes sociais

⁷ *Surveys of sexual activities in Western society revealed massive discrepancies between accepted sexual norms and actual behavior, undercutting consequential arguments for some of the norms (e.g., the fact that 95% of the male population in the United States engaged in autoerotic acts made it difficult to support a prohibition against masturbation on grounds that it leads to insanity. (SOBLE, 2002).*

(FOUCAULT, 1990. p. 92), e portanto, sujeita as ações de descontinuidade, até mesmo de rupturas, dentre os períodos históricos.

Para essa corrente, há a negação do evolucionismo nas práticas sexuais.

Sobre a interpretação de Foucault sobre “a história da sexualidade”, Margaret A. Farley sumariza:

In Foucault's reading, the ancients were concerned with health, beauty, and freedom, while Christians sought purity of heart before God, and bourgeois moderns aimed at their own self-idealization. The Greeks valued self-mastery; Christians struggled for self-understanding; and modern Western individuals scrutinized their feelings in order to secure compliance with standards of normality. Eroticism was channeled toward boys for the Greeks, women for the Christians, and centrifugal movement in many directions for the Victorian and Post-Victorian middle class. The Greeks feared the enslavement of the mind by the body; Christians dreaded the chaotic power of corrupted passion; post-nineteenth century persons feared deviance and its consequent shame. Sexual morality was an aesthetic ideal, a personal choice, for an elite in antiquity; and it was exacted as a social requirement under the power of the family and the management of the modern professional. Foucault's study of the history of sexuality left open a question with which he had become preoccupied: How did contemporary Western culture come to believe that sexuality was the key to individual identity? (FARLEY, 1995, p. 2428)

De outro modo, existem interpretações evolucionistas sobre as práticas relacionadas o sexo, defendendo na historicidade ocidental o progresso das normas sociais de direção do comportamento no sentido libertário. É o grupo de pensadores modernos em que se enquadra Richard Posner (1992) e sua teorização sobre os fatores econômicos da sexualidade. Ele faz uso da descrição do fenômeno econômico da prática sexual para avaliar a normatividade social sobre o controle do comportamento.

Posner sustenta a existência de três estágios evolutivos da moralidade sexual, em observância às posições ocupadas pelo gênero feminino nos diferentes períodos da sociedade; i) estágio inicial: a mulher como instrumento da finalidade de reprodução, quando o casamento não era sustentado por laços afetivos entre os parceiros. Nessa fase, comportamentos encarados com amorais eram práticas de recorrência na dinâmica social (exemplo: adultério, prostituição, estupro); ii) fase de transição: a mulher como responsável pela criação dos filhos e companheira do marido. Por ameaçar o bom convívio entre os companheiros e o próprio funcionamento da instituição familiar, as condutas amorais passaram a ser censuradas pela sociedade, e largamente desestimuladas. O puritanismo é considerado normalizado em defesa do

casamento, única ordem legítima; iii) estágio atual⁸: a mulher como força de produção, ocupando postos no mercado de trabalho. O número de casamento se torna menor, mas quando ocorre é sustentado por compromissos de assistência mútua. Outras formas de relacionamento, d'antes consideradas amorais, passam a figurar como possibilidades legítimas, sem a censura da anormalidade. (POSNER, 1992, *passim*)

Da avaliação do estado da arte sobre a sexualidade, pode-se afirmar que o desenvolvimento da ética fica em estágio de menor avanço em relação às demais áreas de definição para conflitos da modernidade: ainda assim, fora alcançado um nível considerável de desmistificação do que é o sexo em essência. Há no destaque aos múltiplos modos de se atribuir significado ao sexo – prazer, reprodução, expressão comunicativa, afeto, conflito -, a legitimidade de se defender o direcionamento por controle, no sentido de preservar a potencialidade positiva do comportamento, em detrimento das expressões danosas.

Os valores referidos pela nova ética da sexualidade pautam a segurança, a autonomia, o mutualismo, a confiança, a equidade, e a não violência como condições mínimas para a justiça nas relações sexuais. É, na relevância conferida à responsabilidade como expressão da ética de referência para as práticas sexuais, que o sexo é considerado uma questão política de fundamental importância para os indivíduos, sociedade, instituições e profissionais das áreas da saúde e das humanidades.

1.9 A EXPRESSÃO SEXUAL COMO QUESTÃO DE IDENTIDADE

Assim como a identidade sexual foi reduzida à dicotomia do biologismo da classificação do sexo entre feminino e masculino, a potencialidade das expressões sexuais seguiram por longo tempo observando a distinção entre normalidade e anormalidade. Robert Solomon afirma que, ao menos até os meados da década de 1890, na tradição dos países ocidentais industrializados,

⁸ O último estágio é melhor observado em algumas sociedades modernas do que em outras: Posner destaca o fenômeno nas sociedades contemporâneas escandinavas, fazendo referência direta à Suécia. (POSNER, 1992).

o paradigma dominante sobre a sexualidade era o do coito heterossexual. As demais práticas que extrapolassem o limite descrito eram consideradas anormais ou perversas⁹. (SOLOMON. et al, 2002. p. 2436).

Para além do paradigma reprodutivo e de destaque da heteronormatividade, Robert Solomon descreve a importância descritiva de outras três teorizações sobre a sexualidade moderna (*ibid.* p. 2437-2440). Primeiro em elenco: o paradigma sexual de busca pelo prazer: para o qual quaisquer atos sexuais com o consentimento entre agentes capazes seriam permitidos. O sexo como experiência positiva era aquele que resultasse mutuamente na máxima sensação prazerosa, sendo negativo quando importasse em falha na satisfação de um dos parceiros, ou de ambos. Haveria a necessidade de o exercício seguir as bases morais da sociedade, porém, de forma geral, tratar-se-ia de uma atividade irrestrita.

Segundo: o paradigma sexual sob a perspectiva metafísica: afirmando tratar a relação sexual de significado além da busca pelo prazer, ainda, do prazer mútuo. Haveria na prática a inerente finalidade da busca por entendimento do simbolismo da relação interpessoal. (*ibid*)

Finalmente, o terceiro em ordem: o paradigma da comunicação através do sexo: a expressão da sexualidade importaria necessariamente na comunicação de emoções ou atitudes dos indivíduos entre si. O sexo é tido como uma forma de linguagem, cuja linguagem consistiria na expressão por gestos, toques e posicionamento dos corpos. No contexto social, pode significar a expressão de dominância ou submissão; além de ser o canal de abertura para a comunicação dos sentimentos e emoções de afeto, respeito, medo, ternura, consideração de estima e amor.

O paradigma da comunicação realoca a ênfase dada aos aspectos físicos e dos apelos eróticos do sexo para papel desempenhado pela ação de

⁹ *Perverse practices in this paradigm include but are not limited to the following: voyeurism; exhibitionism; incest (sex between close relatives); oral sex; anal sex; sex with children (pedophilia); sex involving more than two persons; sex between humans and animals (zoophilia); sex with oneself (masturbation); sex involving the use of visual images (pornography); sex with corpse (necrophilia); sex involving heightening sexual pleasure by dressing in garments associated with the opposite sex (transvestism); sex associated with the giving or experiencing of pain or humiliation (somasochism); sex strongly associated with a particular object or part of the body (fetishism); and sex between members of the same sex (homosexuality).* (SOLOMON. et al, 2002. p. 2436)

instrumento interpessoal de expressão de todos os tipos de sentimentos e emoções; além do amor romantizado pela tradição burguesa. (CONNELL, 1999, p. 18)

Seguindo a reflexão sobre os quatro paradigmas, Robert Solomon sustenta o problema da normalidade advindo das conclusões distintas para a inquirição do que seria considerado como normal para o sexo, ou do que poderia ser considerado como perversão e amoralidade. Para o paradigma reprodutivo, a normalidade estaria garantida pelo mínimo de potência biológica para a concepção; todo o resto seria irrelevante ou imoral. Já para o paradigma de busca pelo prazer, tudo o que se prestasse a finalidade hedonística seria digno de proteção, e aquilo que representasse ofensa à capacidade de um dos agentes, do desrespeito ao consentimento, ou importasse em sofrimento, representaria a zona de reprovabilidade. Para o paradigma da comunicação, o que é considerado normal é de elevada complexidade, pois albergaria as expressões legítimas dos sentimentos e emoções.

This confusion extends to the task of defining a moral model of sexuality. Of the various cases and models considered in this article, not a single one would be accepted as normal in every society and by everyone. Moreover, a pure instance of an ideal type or paradigm is probably nowhere to be found; not even the most pious proponent of a religiously oriented reproductive view would deny the desirability of love, pleasure, and emotional expression in sex, nor would the most enthusiastic hedonist deny the desirability of reproduction on at least some occasions, and perhaps of love and communication as well. And when these four paradigms of sexuality are integrated with the matrix of possibilities that are to be found in the various combinations of gender identity and sexual orientation (and, in the most extreme cases, transsexual biological operations), the result is an enormous number of sexual lifestyles, desires, and activities, every one of which would be insisted upon as normal, at least according to some people. (SOLOMON, 2002. P. 2040)

Como se decidir racionalmente o que deve ser considerado normal? Para além dos impulsos de consideração do que é predominante estatisticamente, a racionalidade ética aponta como normal o que é socialmente admissível. Todavia, essa definição traz na complexidade inerente do fenômeno, uma implicação de dilema: se a normalidade inclui aspectos subjetivos, assim como biológicos, como estabelecer prioridades? Como parametrizar a normatividade para contemplar paradigmas discrepantes?

Sobre as potencialidades de expressão individual através do sexo, a definição da normalidade deve considerar a matriz complexa, na qual valores

como a tolerância e a consideração mútua dos indivíduos devem ser priorizados. Além das fronteiras da medicina, psicologia, antropologia, a identidade sexual deve ser considerada um tema de interesse para a tutela da diversidade dos matizes da expressão humana.

1.10 A EXPRESSÃO DA SEXUALIDADE COMO UM FATO JURÍDICO

A expressão da sexualidade pode funcionar para o universo jurídico como suporte fático para a incidência das normas definidoras de status ou reguladoras de condutas. Como status, a sexualidade, expressada pela heterossexualidade ou homossexualidade, tradicionalmente definiu o patrimônio jurídico individual em relação aos institutos: de forma a excluir ou admitir o exercício de direitos específicos. O maior exemplo da diferenciação conforme a sexualidade, na tradição jurídica brasileira, foi a interpretação negativa da constituição do suporte fático das uniões homoafetivas para a incidência das normas de direito de família; e a consequente interpretação restritiva do casamento apenas para os casais heterossexuais.

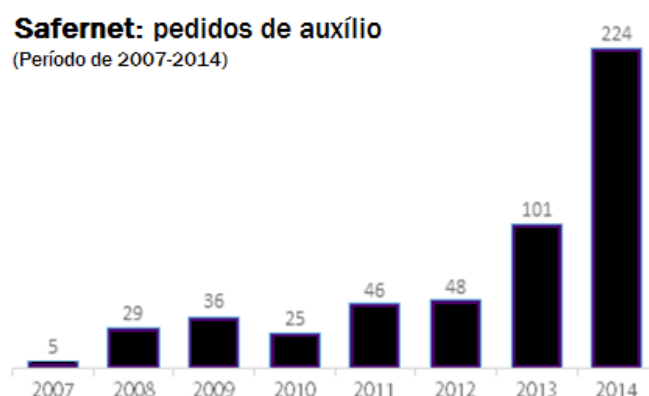
A expressão da sexualidade como conduta importa em situações jurídicas diversas na constituição de ilícitos de ordem civil ou criminal. Há no império das leis a tutela específica dos bens jurídicos: i) na esfera civil: da personalidade; e da família (e.g. quando descumprimento do dever de fidelidade no casamento); ii) na esfera penal: da integridade física e moral (e.g. estupro, assédio sexual); da decência e dos bons costumes (e.g. prostituição, atos libidinoso em espaços públicos); da saúde pública (e.g. contágio venéreo).

É nesse sentido que esse exame se pretende na investigação da tecnologia axiológico-normativa dos meios de tutela do direito à livre expressão da sexualidade como condição da dignidade humana, na definição de hipóteses de incidência das normas protetivas, atenuantes ou indenizatórias; bem como de definição de status perante o ordenamento jurídico.

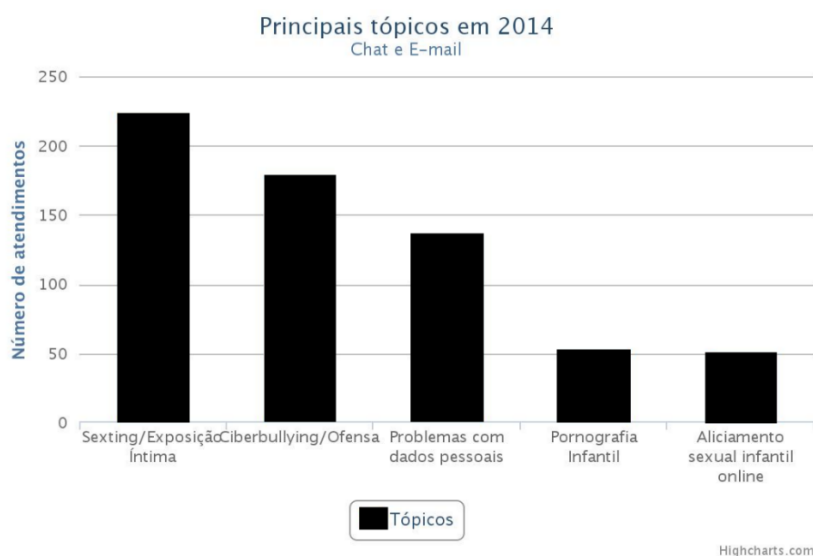
1.11 DADOS E INDICATIVOS SOCIAIS SOBRE A HIPÓTESE DA EXPOSIÇÃO ÍNTIMA NÃO CONSENTIDA: NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

No Brasil, ainda não se tem registros oficiais sobre a prática. Se evidencia a gravidade do problema pela exposição dos números de pedido de auxílio das vítimas da principal organização social que atua em defesa das vítimas da exposição íntima não consentida, em parceria com o Ministério Público Federal, com a Polícia Federal, a CNPG, a Secretaria de Direitos Humanos: a ONG Safernet.

Segundo dados da ONG Safernet, que presta auxílio on-line às vítimas, as notificações de *revenge porn* só aumentam. Foram 101 pedidos de ajuda à ONG em 2013, e 224 no ano seguinte, um crescimento de 120%.



Fonte: ONG Safernet, 2015.



Fonte: ONG Safernet, 2015.

“Essas são as vítimas que procuraram ajuda, pessoas que conhecem e buscaram o serviço da ONG para obter orientação e informação”, diz a coordenadora Juliana Cunha. “A gente provavelmente tem um número muito maior de pessoas que não pede auxílio, por vergonha ou medo”.

Por se tratar de um problema sem fronteiras de Estados Nacionais, considere-se na evidenciação do problema que a Organização social americana *Cyber Civil Rights Initiative* realizou no período de agosto de 2012 a dezembro de 2013, pesquisa com 1606 entrevistados, dos quais 361 eram vítimas da exposição não consentida da intimidade sexual. Os seguintes dados foram obtidos:

- 61% dos entrevistados afirmaram já ter criado um conteúdo de nudez de si mesmos e compartilhado com outra pessoa;
- 23% dos entrevistados se disseram vítimas da exposição não consentida da própria intimidade sexual;

Sobre os que se consideravam vítimas:

- 83% afirmaram que eles produziram o conteúdo íntimo de nudez (foto ou vídeo) e compartilharam com outra pessoa;
- 90% das vítimas são do sexo feminino;
- 68% estão na faixa etária de 18-30 anos de idade, e 27%, na de 18-22;
- 57% afirmaram que o conteúdo foi exposto por um ex-namorado; 6%, por uma ex-namorada; 23%, por um “ex-amigo”; 7%, por um amigo; e 7%, por um membro da família;
- Juntamente com o conteúdo visual da intimidade, em 59% dos casos foi divulgado conjuntamente o nome completo da vítima; em 26%, o endereço de email; 49%, o acesso aos perfis nas redes sociais/ou imagem da tela do domínio do perfil; 16%, o endereço da residência; 20%, o número do telefone; 14%, o endereço profissional; 02%, o número do seguro social;

- 93% das vítimas afirmaram ter sofrido significativo dano emocional devido a condição de vítima da exposição sexual;
- 83% das vítimas afirmaram ter sofrido graves impedimentos do exercício da vida social, ocupacional, ou demais áreas de desenvolvimento da personalidade privada ou social;
- 42% das vítimas precisaram buscar apoio psicológico;
- 34% afirmaram que o evento pôs em risco o próprio relacionamento com a família;
- 38% afirmaram que o evento colocou em risco as relações de amizade;
- 13% disseram que “perderam” um parceiro, ou pessoa importante, por conta da exposição não consentida;
- 37% disseram sofrer provocações por parte de terceiros por conta da condição de vítima;
- 49% afirmaram sofrer com o assédio ou a vigilância (*stalking*) através da internet, por usuários que tiveram acesso ao conteúdo;
- 30% disseram sofrer com o assédio ou vigilância fora do ambiente da internet, pessoalmente ou por meio do telefone, por usuários que tiveram acesso ao conteúdo;
- 40% se mostraram temerosos em perder os parceiros atuais ou futuros quando eles tomarem conhecimento de que o fato da violação da intimidade sexual faz parte da história de vida deles;
- 54% temem a descoberta do fato e do material exposto, pelos filhos (ou futuro descendente);
- 25% tiveram que fechar ou mudar os endereços virtuais em decorrência do recebimento de mensagens abusivas e/ou obscenas;
- 26% tiveram que criar novas identidades virtuais para si mesmos;
- 9% desfizeram endereços de blogs;
- 26% desativaram suas contas no Facebook;
- 11% fecharam a conta no Twitter;
- 8% fecharam a conta no LinkedIn;

- 54% disseram ter dificuldades em manter o foco nas atividades do trabalho, ou na vida acadêmica, por conta de suas condições de vítimas;
- 26% afirmaram que sentiram a necessidade de diminuir a jornada de trabalho, ou pedir afastamento; ou, cumprir uma menor quantidade de créditos da academia, ou trancar o semestre, devido ao status de vítima;
- 08% deixaram o emprego, ou a escola;
- 06% foram demitidos ou expulsos da escola;
- 13% tiveram dificuldades em conseguir emprego ou ingressar na vida acadêmica;
- 55% se mostram temerosos que o evento possa arruinar a carreira e a reputação profissional que construíram, e que os efeitos da ruína perdurem por longo tempo no futuro;
- 57% tem a preocupação recorrente que o evento possa comprometer o progresso profissional;
- 52% sentem o peso de carregarem consigo uma informação que têm que esconder, ou que não podem reconhecer publicamente para um potencial empregador;
- 39% afirmam que o evento afetou o desenvolvimento de progresso profissional, em consideração ao fato de que o evento se tornou público na zona de networking;
- 03% retificaram o registro civil para alteração do nome, devido a condição de vítima;
- 42% não moveram ação de retificação de registro civil, mas consideraram a hipótese;
- 42% tiveram que prestar esclarecimentos sobre o evento aos seus superiores no trabalho ou na escola, e/ou aos colegas;
- 51% afirmaram ter considerado o suicídio;
- 03% das vítimas também já cometeram a ofensa ao publicar fotos ou vídeos de outra pessoa.

Dos dados e indicativos sociais apresentados, pode-se inferir que a virtualização do comportamento sexual é um dado de prevalência, já que mais da metade do fator de amostra afirma a tese de que é um comportamento usual. Que as vítimas de evidência são os grupos de jovens adultos, e que a sua grande maioria é do sexo feminino. A violência da exposição íntima não consentida tem lugar dentro das relações privadas mais íntimas, e, está diretamente associada ao dano emocional – em primeira ordem -, e ao impedimento dos atos da vida social, em destaque: socialização entre pares, trabalho e educação. A exposição da intimidade sexual de forma não consentida é também relacionada aos abusos dos demais aspectos da personalidade: o que impende em gravosidades das condutas e potencialização dos danos.

O fator de relevância social e potenciais de danos humanos sustentam a importância de uma análise técnica das tecnologias de controle social, de reparação de danos, além do desenvolvimento de políticas públicas de promoção da dignidade sexual. O reconhecimento formal da existência de direitos sexuais, além da compatibilização do sistema jurídico para a promoção de respostas céleres e eficientes, são medidas incontornáveis para o desenvolvimento humano e promoção das liberdades: é nesse sentido, que se segue nesta análise.

CAPÍTULO 2: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS PROCESSOS DE CIDADANIA.

A expressão dos direitos sexuais é relativamente recente na pauta dos discursos jurídicos. Chamados de “*The new kid on the block*”, têm, segundo Richard Parker (2007a, p. 972) maior repercussão através das abordagens teóricas e metodológicas dos direitos humanos. Todavia, já guarda clara expressão nos diplomas legais vigentes nas ordens nacionais e internacionais, e também na similaridade de consensos desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas, e organismos afins.

Segundo definição da Organização Mundial de Saúde¹⁰, os direitos sexuais significam “os direitos das pessoas, livre de coação, discriminação e violência, de manter ao mais elevado grau de possibilidade o status de saúde sexual, incluindo o acesso aos serviços de saúde sexual e reprodução” (WHO,

¹⁰ World Health Organization: *Developing sexual health programmes – a framework for action*, 2006. “There is a growing consensus that sexual health cannot be achieved and maintained without respect for, and protection of, certain human rights. The working definition of sexual rights given below is contribution to the continuing dialogue on human rights related to sexual health..

“The fulfilment of sexual health is tied to the extent to which human rights are respected, protected and fulfilled. Sexual rights embrace certain human rights that are already recognized in international and regional human rights documents and other consensus documents and in national laws. Rights critical to the realization of sexual health include:

1. Rights critical to the realization of sexual health include:
2. the rights to equality and non-discrimination
3. the right to be free from torture or to cruel, inhumane or degrading treatment or punishment
4. the right to privacy
5. the rights to the highest attainable standard of health (including sexual health) and social security
6. the right to marry and to found a family and enter into marriage with the free and full consent of the intending spouses, and to equality in and at the dissolution of marriage
7. the right to decide the number and spacing of one's children
8. the rights to information, as well as education
9. the rights to freedom of opinion and expression, and
10. the right to an effective remedy for violations of fundamental rights.

The responsible exercise of human rights requires that all persons respect the rights of others.

The application of existing human rights to sexuality and sexual health constitute sexual rights. Sexual rights protect all people's rights to fulfil and express their sexuality and enjoy sexual health, with due regard for the rights of others and within a framework of protection against discrimination.” (WHO, 2006a, updated 2010)

2006, at. 2010). Na extensão da definição proposta pela Organização Mundial de Saúde, apresentam-se como aspectos críticos para a realização dos direitos sexuais: o direito à igualdade e a não-discriminação, o direito de estar livre de tortura e práticas cruéis, desumanas ou degradantes, o direito à privacidade, o direito à informação e educação, o direito à liberdade de opinião e expressão; e, o direito a uma tutela efetiva de combate às violações de direitos fundamentais.

Outras definições incluem ainda a expressão democrática do direito sexual como a garantia de buscar, receber e passar adiante informações sobre sexualidade e o direito de receber educação sexual. Além das garantias de ver a sua integridade física respeitada e ter direito de escolha sobre a própria vida sexual (quantos as possibilidades de iniciar uma vida sexual, de escolher o parceiro, e de estabelecer de forma consensual o relacionamento, e as relações sexuais) e de decidir se se quer ou não, e quando ter filhos. (PARKER, 2007a, p. 974).

Nos arranjos sociais da modernidade, o que se pode definir como uma verdadeira cidadania que observa os direitos à liberdade sexual guarda relação com a hipótese de quando é assegurado a todos o direito buscar satisfação, segurança e uma vida sexual correspondente ao direito de realização individual do sujeito.

Para a construção dessa finalidade, é necessária mais do que a proteção dos direitos garantidos pela ordem estatal. Uma vez que as noções da sexualidade são construídas principalmente nos seios das células sociais da cultura, da religião, e demais agentes não estatais: que modificam definições, a linguagem e formas de expressão da sexualidade. A responsabilidade é, por conseguinte, compartilhada para a garantia da cidadania, com base nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade dos sujeitos humanos.

Sobre a construção e desenvolvimento dos processos da cidadania:

Democracia e cidadania são ideias centrais na pauta dos diversos movimentos sociais contemporâneos. Por meio de sua articulação, uma gama variada de reivindicações tem sido levada adiante, abrangendo os mais diversos setores da vida individual e coletiva. Um dos efeitos dessa dinâmica é a compreensão, cada vez mais difundida, das múltiplas dimensões requeridas para a construção de uma sociedade democrática, donde as demandas por inclusão social, econômica, política e cultural. Essas dimensões também marcam uma ampliação do conceito de cidadania, uma vez que este, tradicionalmente, associava-se somente ao status jurídico adquirido em virtude da pertinência nacional. (RAUPP RIOS, 2006. p. 81)

Embora reste claro que há um longo caminho até a cristalização das bases teóricas e pragmáticas na construção de ferramentas que permitam a exploração dos direitos sexuais como meio de promoção dos processos de cidadania, é igualmente evidente que a defesa da saúde sexual humana só é possível através da luta pelos direitos sexuais, como assim afirma Richard Parker:

Embora reste claro que estejamos distantes da realização plena do potencial dos direitos sexuais em qualquer das sociedades, é igualmente evidente que o percurso para a concretização da saúde sexual é sustentado pela luta pelos direitos sexuais. Sem que se esteja em bases firmes em uma concepção próxima aos direitos sexuais, a promoção da saúde sexual nunca poderá ser efetiva. Igualmente importante é a forma como o campo das políticas públicas abordam a sexualidade, e conformam as possibilidades de realização da saúde sexual como plano amplo de comprometimento com a promoção dos valores humanos de dignidade.¹¹ (PARKER, 2007, p. 947 – tradução livre).

Há na ampliação das vertentes de discursos e nas frentes de debates, o reconhecimento de que os direitos sexuais são importantes estratégias de ruptura e de promoção de valores humanos. As investigações sobre as possibilidades de intervenção na sexualidade e na saúde sexual marcam um importante passo na direção das conquistas de liberdade e nos planos de desenvolvimento, tanto no âmbito nacional, quanto nas esferas de integração regional e internacional.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SEXUAIS NO ÂMBITO SUPRANACIONAL: UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS.

A regulação internacional e a definição de parâmetros sobre os direitos sexuais facilitam o papel do Estado na efetivação das garantias individuais e de promoção dos processos de cidadania e formação integral do sujeito. É nesse

¹¹ “Although it is clear that we are still far from fully realizing the potential of sexual rights in any society, it is equally evident that the road to sexual health is underpinned by the struggle for sexual rights. Without being firmly rooted in a conception of and commitment to sexual rights, sexual health promotion can never be effective. Equally important, how the field of public health approaches sexuality shapes society’s ability to realize sexual rights as part of a broader commitment to human dignity and worth. The current wave of public health research and intervention on sexuality and health marks an important step in this direction.” (PARKER, 2007, p. 947)

sentido que se faz a necessidade de se historiar o desenvolvimento dos direitos sexuais no âmbito supranacional; e, a internacionalização do debate.

Em âmbito internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada no ano de 1948, a comunidade internacional, por meio da Organização das Nações Unidas (ONU), vem firmando uma série de Convenções Internacionais nas quais são estabelecidos estatutos comuns de cooperação mútua e mecanismos de controle que garantam um elenco de direitos considerados básicos à vida digna, os direitos humanos.

A Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, conferiu papel primordial à saúde e aos direitos sexuais e aos direitos reprodutivos, ultrapassando os objetivos puramente demográficos, focalizando-se no desenvolvimento integral do ser humano. A CIPD provocou transformação profunda no debate populacional ao dar prioridade às questões dos direitos humanos. No capítulo VII, da Plataforma de Ação do Cairo, os direitos reprodutivos estão definidos da seguinte forma:

PLATAFORMA DE AÇÃO DO CAIRO

Cap. VII: DIREITOS DE REPRODUÇÃO E SAÚDE REPRODUTIVA

§7.3: Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos, em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.

Na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995, reafirmam-se os acordos estabelecidos no Cairo e avança-se na definição dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais como direitos humanos. Os direitos sexuais foram definidos de maneira mais autônoma em relação aos direitos reprodutivos. A igualdade sexual entre homens e mulheres e a liberdade de autodeterminação nas relações privadas, foram alçadas a condição de primazia nas políticas internacionais e de Estado no desenvolvimento dos processos de cidadania e da democratização das instituições de direito e promoção dos valores humanos.

Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher
- Pequim, 1995 –

92. É preciso lograr que as mulheres possam exercer o direito a usufruir o mais elevado nível possível de saúde durante todo o seu ciclo vital, em igualdade de condições com os homens. As mulheres padecem de muitas das afecções de que padecem os homens, mas de maneira diferente. A incidência da pobreza e da dependência econômica da mulher, sua experiência com a violência, as atitudes negativas para com mulheres e meninas, a discriminação racial e outras formas de discriminação, o controle limitado que muitas mulheres exercem sobre sua vida sexual e reprodutiva, e sua falta de influência na tomada de decisões são realidades sociais que têm efeitos prejudiciais sobre sua saúde. A falta de alimento para meninas e mulheres e a distribuição desigual de alimentos no lar, o acesso inadequado à água potável, às facilidades sanitárias e ao combustível, sobretudo nas zonas rurais e nas zonas urbanas pobres, e as condições deficientes de moradia pesam excessivamente sobre a mulher e sua família e repercutem negativamente na sua saúde. A boa saúde é essencial para viver de forma produtiva e satisfatória, e é fundamental para o avanço das mulheres que tenham o direito de controlar todos os aspectos de sua saúde e, em especial, de sua própria fertilidade.

93. A discriminação contra as meninas no acesso aos serviços de nutrição e de atendimento à saúde, consequência frequente da preferência pelos filhos varões, põe em perigo sua saúde e bem-estar presentes e futuros. As condições que forçam as meninas ao casamento e à maternidade precoces, e que as submetem a práticas prejudiciais, como a mutilação genital, acarretam graves riscos para sua saúde. As adolescentes necessitam ter acesso a serviços de saúde e nutrição durante seu crescimento, porém, muitas vezes, esse acesso lhes é negado. A assistência social e o acesso à informação e aos serviços relativos à saúde sexual e reprodutiva das adolescentes continuam sendo inadequados ou totalmente inexistentes, e nem sempre se leva em consideração o direito das mulheres jovens à privacidade, à confidencialidade e ao respeito bem como à informação sobre as consequências de seus atos, a qual deve anteceder o consentimento. Do ponto de vista biológico e psicossocial, as adolescentes são mais vulneráveis do que os rapazes ao abuso sexual, à violência, à prostituição e às consequências das relações sexuais prematuras e sem proteção. A tendência a ter experiências sexuais em idade precoce, aliada à falta de informação e serviços, aumenta o risco de gravidez não desejada e em idade prematura, assim como de contrair o HIV e outras enfermidades transmitidas sexualmente, e de abortar em condições perigosas. A maternidade prematura continua sendo um obstáculo para o progresso educacional, econômico e social das mulheres em todo o mundo. Em geral, o casamento e a maternidade prematuros podem reduzir drasticamente as possibilidades de educação e de emprego das meninas e, provavelmente, prejudicar em longo prazo a qualidade de sua vida e da vida de seus filhos. Frequentemente, os jovens não são educados a respeitar a livre determinação da mulher e a compartilhar com ela as responsabilidades inerentes à sexualidade e à reprodução.

96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências.

Nessas Conferências, os governos de vários países, entre os quais se inclui o Brasil, assumiram o compromisso de basear nos direitos sexuais e nos direitos reprodutivos todas as políticas e os programas nacionais dedicados à população e ao desenvolvimento humano, inclusive os programas de planejamento familiar. Ademais, os Programas e as Plataformas de Ação propostos nas conferências acima citadas enfatizaram a necessidade de promover-se a igualdade entre homens e mulheres, como requisito essencial para a conquista de melhores condições de saúde e de qualidade de vida, e de promover-se, de igual modo, o efetivo envolvimento e corresponsabilidade dos homens nas questões referentes à saúde sexual e reprodutiva. Exortam, também, os governos a propiciarem aos adolescentes informações e serviços adequados para atenção à sua saúde sexual e reprodutiva, dentre outras providências.

Em 1997, a Associação Mundial para a Saúde Sexual – *The World Association for Sexual Health* (WAS) – proclamou no 13º Congresso de Sexologia na cidade de Valência, e, ratificou com ampla aprovação, no ano de 1999, na Assembleia de Hong Kong - a Declaração dos Direitos Sexuais, a qual inclui – após revisões e reafirmação em 2008 (*Declaration: Sexual Health for the Millenium*), 16 (dezesseis) espécies dos direitos sexuais.

O direito à igualdade e não discriminação: afirmando que todos têm o direito de gozar dos direitos albergados pela declaração de direitos, sem distinção de qualquer espécie como raça, etnia, cor, sexo, língua, religião, opinião política, nacionalidade, origem, propriedades, nascimento, deficiência, idade, status marital e familiar, orientação sexual, identidade de gênero e expressão, condição de saúde, status econômicos ou outro status.

O direito à vida, à liberdade e à segurança: afirmando que o sujeito não pode sofrer ameaça, limitação ou ser subtraído de seu direito sexual. Isso inclui o direito à livre orientação sexual e a práticas dos comportamentos sexuais consentidos, à liberdade de gênero e de expressão, e acesso aos serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva.

O direito à autonomia e à integridade física: como o direito a ter controle e decidir livremente sobre os assuntos referentes à sexualidade e ao próprio corpo. Incluindo as escolhas comportamentais sobre o sexo, práticas, parceiros

e relacionamentos, sempre tendo por limitação o direito do outro. A exigência das escolhas esclarecidas fundamentadas pelo consentimento informado referente à tratamentos, intervenções, terapias, testes, cirurgias e pesquisas clínicas das ciências da saúde.

O direito a ser livre de tortura, tratamento cruel e desumano, ou degradante e punição: como o direito de ser livre de práticas tradicionais como: esterilização forçada, contracepção involuntária, aborto, ou outras formas de tortura, crueldade, e tratamento degradante, em virtude de comportamento sexual diverso, orientação sexual, questão de gênero, ou expressão.

O direito a estar livre de todas as formas de violência e coação: incluindo a proibição do estupro, do abuso sexual, da ameaça sexual, bullying, exploração sexual, escravidão, tráfico para a finalidade da exploração sexual, teste de virgindade, ou qualquer violência relacionada à repressão do comportamento sexual.

O direito à privacidade: afirmando que todos têm o direito à privacidade relacionado à própria sexualidade, à vida sexual, às escolhas referentes ao próprio corpo e às relações privadas consensuais, sem que haja intromissão e interferências arbitrárias. Aqui se inclui o direito a controlar o fluxo das informações relativas à intimidade sexual ao conhecimento de terceiros.

O direito ao mais elevado grau do standard da saúde, incluindo a saúde sexual/ com a possibilidade de gozar de uma vida sexual prazerosa, satisfativa e segura: garantido ao sujeito o acesso aos meios de qualidade e adequação para cuidar dos fatores que possam influenciar na saúde sexual do ser humano.

O direito de usufruir dos benefícios dos progressos científicos: afirmado a promoção axiológica-normativa da distribuição do avanço da *lex artis* como um bem difuso, e de titularidade coletiva; fora da apropriação pelo interesse egoístico, e de vocação ao melhoramento da condição humana.

O direito à informação: como fundamentalidade para o exercício do direito à sexualidade, vedando as práticas de censura de conteúdos indispensáveis para o firmamento das bases de responsabilidade do sujeito quando da prática do sexo. Para tanto, a informação não pode ser reduzida, limitada ou formulada ilegitimamente.

O direito à educação sexual: como indispensável à formação humana para o sexo, devendo observar a adequação quanto à idade, o rigor científico,

as adaptações culturais, e baseada sempre na defesa dos direitos humanos, igualdade de gênero, e aproximação positiva de todas as possíveis finalidades do sexo (reprodução, prazer, realização pessoal, expressão...)

O direito a constituir, formar, dissolver o casamento ou qualquer tipo equiparável, ou relações baseadas na igualdade e no consentimento livre dos envolvidos: garantindo o equilíbrio da vontade dos parceiros em constituir, permanecer e pôr término a relacionamentos: conferindo-se aos sujeitos da relação o meu grau de autodeterminação e competências para definir suas situações de fato e de direitos.

O direito a escolher livremente se deseja ter filhos, o número e o intervalo das gestações, assim como ter informações adequadas sobre o planejamento familiar: o que inclui o acesso aos métodos contraceptivos, pré-natal, às tecnologias de reprodução, fertilidade, adoção, entre outros.

O direito à liberdade de expressão, opinião e pensamento: assegurando ao sujeito as possibilidades de expor os pensamentos sobre a sexualidade, sobre comunicações e comportamentos, desde que observados os limites dos direitos dos outros.

O direito à liberdade de associação: para a discussão, *advocacy* e exercício das práticas de governança referente aos direitos sexuais e à saúde sexual.

O direito de participar da vida pública e política: como o direito de participar livremente e de forma efetiva dos processos de tomada de decisão e contribuição para a vida em sociedade, aditando as ações civis, econômicas, sociais, culturais, política, a todos os níveis de organização.

O direito ao acesso à justiça, aos remédios e indenização por lesões aos direitos sexuais: o acesso à justiça é condição fundamental para o exercício efetivo da sexualidade, sem o qual é impossível falar em liberdade e dignidade sexual. É um direito-condição que exige meios efetivos, adequados, acessíveis, apropriados de medidas legislativas, judiciais, educativas sobre as possibilidades de defesa. O acesso à justiça alberga ainda o direito à restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia e não reincidência da conduta lesiva.

O conjunto de direitos descritos pela Associação Mundial para a Saúde Sexual (WAS, 2008), influenciou diretamente a definição dos direitos sexuais

adotada pela Organização Mundial de Saúde, e ademais, alterou sobremaneira a condução das discussões internacionais sobre a matéria, posto que a sistematização possibilitou o diálogo d'antes setorizado e segmentado pelas agendas de grupos de direitos específicos.

Nesse sentido, há de se reconhecer que, em um primeiro momento histórico, os direitos sexuais figuraram na pauta das discussões internacionais sobre direitos humanos e políticas de desenvolvimento tangenciando o debate das temáticas relativas ao direito à vida, à saúde, à igualdade e não-discriminação, à integridade corporal e à proteção contra violência, ao trabalho e à educação. Esses direitos, inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos, observaram também as preocupações específicas com a reprodução e, nesse contexto, a condição feminina.

Há de se observar, todavia, que nas últimas duas décadas, ocorreu uma viragem sobre a relação dos direitos humanos, e a sexualidade passou a ser observada de forma autônoma. A questão não é mais o debate sobre como os direitos humanos se relacionariam com a sexualidade, mas ao invés: os debates se voltaram para o enfrentamento de problemas de ordem prática, a se considerar em que situações os direitos sexuais mereceriam tutela, em que termos deveriam ser reconhecidos, quais os seus titulares, a que finalidade cumpririam, além da definição de seus aspectos fundamentais e seus limites.

Em meados dos anos 2000, Robert Archer apontou o marco da justaposição e consequente articulação dos debates até o momento desconexos sobre as questões afirmativas dos direitos das mulheres e violência, da pauta LGBT, dos direitos das crianças e da assistência à reprodução humana, pela unificação por meio da alcunha dos “direitos sexuais”. A locução unificou as ações de governança e os discursos acadêmicos sobre a expressão da sexualidade como corolário dos direitos humanos e da dignidade. E logo, promoveu ações integrativas para o enfrentamento de questões comuns, e respostas aos desafios que se apresentavam: como a questão da globalização dos sistemas de informação, e a necessidade de regulação de comportamentos na rede. (ARCHER, 2009, p. 45).

A construção dos significantes dos “direitos sexuais” encontrou resistência nos segmentos mais conservadores da aldeia global, que não admitiram no termo a porosidade que colocava na mesma categoria o sexo, as crianças, os homens, as mulheres, as comunidades LGBT, o que na tese defendida representaria a incoerência de pôr em mesmo ambiente interesses “tão contrários”.¹²

Em janeiro de 2002, a Organização Mundial de Saúde adotou uma “definição de trabalho” para os direitos sexuais, apresentando como *disclaimer* a afirmação que tal definição não representaria uma posição oficial da entidade. Seria apenas uma forma de instrumentalização dos debates, por meio de definições e consultas à *experts* nas áreas de aderência, refletindo ademais uma compreensão globalizante dos consensos internacionais desenvolvidos nas lidas dos Programas de Ações do Cairo e de Pequim.

The definition of “sexual rights” determined by WHO’s technical experts “include the right of all persons [no mention of any age here, so these “sexual rights” would pertain to children], free of coercion, discrimination and violence, to: • the highest attainable standard of sexual health, including access to sexual and reproductive health care services; (“Reproductive health care services” is commonly interpreted by UN treaty bodies to include abortion.) • seek, receive and impart information related to sexuality; (“Information” could consist of nearly anything—including comprehensive sexuality education and pornographic material.) • sexuality education; (Comprehensive sexuality education programs promoted and funded by UN agencies typically contain highly controversial material that includes instruction on masturbation and dangerous, high-risk sexual behaviors.) • choose their partner; (This would

¹² Family Watch International: Policy Brief. “Sexual rights” is a controversial, elastic term that is used to promote a number of controversial rights relating to human sexuality. It is the Trojan horse of the sexual rights movement. Fortunately, every time “sexual rights” in any grammatical formulation has been proposed by liberal countries during negotiations, it has been rejected—for good reason. There is no international consensus on the definition of the term. When a definition is called for by a Member State during negotiations, the only response is that there isn’t a definition. While the term “reproductive rights” garnered an explanation in ICPD,¹ there is no such explanation or definition for “sexual rights,” which is why the use of this term in official UN documents is so dangerous. A disturbing trend occurring with increasing frequency within the United Nations system is the appearance of the term “sexual rights”² in UN publications that have not been negotiated by UN Member States. Since sexual rights advocates know they cannot get the term “sexual rights” adopted in documents and resolutions that are negotiated transparently by UN Member States, they seek to get UN agencies and experts to include “sexual rights” in reports they publish instead. Then they try to convince UN Member States to endorse reports in UN resolutions, without Member States fully realizing or understanding the controversial elements they contain. Although UN Member States have not arrived at consensus with regard to the definition of “sexual rights,” some UN agencies, including UNFPA and WHO, and some ECOSOC accredited NGOs have developed their own definition of “sexual rights.” These definitions provide a glimpse of the potential damage that would result to societies, families, and individuals—especially children—throughout the world if the term is allowed in documents directly, and even if the term is allowed indirectly, through references to outside documents in which the term appears.

certainly include a right to engage in homosexual behavior.) • consensual sexual relations; (This would include a right to prostitution and could be interpreted to include adult/child sexual relations if they are considered "consensual.") • consensual marriage; (This would include a right to same-sex marriage or polygamous marriage.) • decide whether or not, and when, to have children; (This opens the door to legalized abortion.) • pursue a satisfying, safe and pleasurable sexual life." (Again, this right would pertain to "all persons" of any age, including children.)¹³

No Brasil, o termo é aceito no programa das políticas públicas nacionais editadas pelo Ministério da Saúde, e é tratado como política prioritária. Exemplifique-se a aceitação com as Normas e Manuais Técnicos editados no ano de 2005 pelo Ministério da Saúde sobre as providências dos "Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma prioridade do Governo".

O tratamento internacional sobre a matéria é disforme. Apenas em 2015, os Estados Unidos anunciaram que passariam a usar "direitos sexuais" para se referir nos debates sobre a sexualidade humana nas agendas sobre direitos humanos e desenvolvimento internacional. O pronunciamento foi no sentido de reconhecer na expressão a força de defesa do direito de ter controle sobre a própria sexualidade e de exercer livremente e de forma responsável todas as questões referentes ao sexo, incluindo a autodeterminação reprodutiva, livre de coerção, discriminação e violência.¹⁴

O comunicado oficial se deu após a reunião da cúpula da ONU para a revisão das metas para o milênio, quando se definiu na agenda internacional o compromisso com a igualdade de gênero como pressuposto para o desenvolvimento e diminuição das desigualdades entre os Estados em desenvolvimento.

A nova agenda tem como objetivo a universalização dos direitos sexuais e reprodutivos até o ano de 2030:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A/RES/70/1 - Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável

¹³C.f.: WHO, *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*. Disponível em: www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf; acesso em 15 de julho de 2015.

¹⁴ *On one level, it's symbolic. It also sends a signal to the global community that sexual and reproductive health and rights are a part of the global development agenda.(...) This is the United States catching up with the rest of the world.* (STIPPLE, 2015)

A NOVA AGENDA

26. Para promover a saúde física e mental e o bem-estar, e para aumentar a expectativa de vida para todos, temos de alcançar a cobertura universal de saúde e acesso a cuidados de saúde de qualidade. Ninguém deve ser deixado para trás. Comprometemo-nos a acelerar os progressos alcançados até o momento na redução da mortalidade neonatal, infantil e materna, dando um fim a todas essas mortes evitáveis antes de 2030. Estamos empenhados em garantir o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, inclusive para o planejamento familiar, para a informação e para a educação. Iremos igualmente acelerar o ritmo dos progressos realizados na luta contra a malária, HIV/AIDS, tuberculose, hepatite, ebola e outras doenças e epidemias transmissíveis, incluindo a abordagem em relação à crescente resistência antimicrobiana e o problema das doenças negligenciadas que afetam os países em desenvolvimento. Estamos comprometidos com a prevenção e o tratamento de doenças não transmissíveis, incluindo distúrbios de comportamento, de desenvolvimento e neurológicas, que constituem um grande desafio para o desenvolvimento sustentável.

Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades

3.7 Até 2030, assegurar o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento familiar, informação e educação, bem como a integração da saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais.

3.8 Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos.

Desse modo, os direitos sexuais vêm se consolidando no panorama internacional dos direitos humanos, na definição de metas de desenvolvimento e uniformização das políticas de promoção dos valores humanos, na construção de um paradigma de convenção sobre o sexo, a Liberdade e dignidade do ser humano.

2.2 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE

Segundo Roger Raupp Rios, desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos corrobora a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação

possam ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em sua essência (2006. p. 81).

Para tanto, é preciso perquirir princípios capazes de abranger, simultaneamente, os grandes eixos que têm estruturado o debate corrente sobre os direitos sexuais, a saber, as questões de identidade individual ou coletiva vinculadas à expressão da sexualidade (onde se inserem, principalmente, os temas da virtualização dos comportamentos sexuais, da expressão da homossexualidade, etc.), as relações sexuais propriamente ditas e suas consequências práticas (que alcança temáticas diversas e técnicas sobre a questão do consentimento, da violência) e a busca da fundamentação dos direitos sexuais (historicamente atrelada ao tema de saúde sexual e das políticas públicas). (RAUPP RIOS, 2006, p. 83).

A construção dessa abordagem exige que se considere a relação entre democracia, cidadania, direitos humanos, direitos sexuais e liberdades individuais, como suporte a partir do qual poderá ser proposto um modelo de compreensão democrático dos direitos sexuais, que possa se chamar de um direito democrático da sexualidade.

Do ponto de vista jurídico, os conceitos de direitos reprodutivos e direitos sexuais têm traduzido esse esforço. Apesar dos avanços obtidos, razões de ordem teórica e de ordem prática recomendam avançar mais (VENTURA, 2003, p. 15). Para tanto, é preciso desenvolver um “direito democrático da sexualidade”, vale dizer, um exame, na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, das diversas normas jurídicas, cujo âmbito de proteção atenta para as diversas manifestações legítimas da sexualidade humana, como atributo dos aspectos construtivistas de cultura, de liberdade de expressão, de autonomia privada, e de saúde.

A importância desse esforço vai bem além da busca por coerência teórico-científica e do desenvolvimento do saber intelectual. Construir, na medida do possível, uma abordagem jurídica mais sistemática possibilitaria um instrumento de intervenção mais eficaz, além de exigir o aprofundamento desses debates de modo coerente e possibilitar a democratização da discussão e, via de consequência, do sistema jurídico e político como um todo: uma estrutura que respeita a essência da condição humana e suas expressões de individualidade.

Sem desconsiderar os fatores contingenciais das particularidades e potências de expressão da individualidade, tampouco das condições compartilhadas por setores da sociedade que ocupam posições subalternas na dinâmica das distribuições e reconhecimentos, tem-se que a evolução natural dos debates sobre o direito à garantia da livre expressão da sexualidade abandona os aspectos de contato próximo das circunstâncias particulares, para ousar disciplinas mais abrangentes e totalizadoras.

Avançar na compreensão dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos no quadro maior dos direitos humanos implica um alargamento de perspectiva, em observância à pretensão do ordenamento jurídico de conformar uma série de relações sociais onde aspectos relacionados à sexualidade apresentam-se de modo direto e decisivo. Para tanto, é necessário atribuir ao conceito de direitos sexuais e de direitos reprodutivos um espectro mais amplo, capaz de responder a tantas e tão distintas e variadas demandas.

Sobre a perspectiva dos direitos humanos e da tutela geral dos direitos reprodutivos na legalidade constitucional brasileira, afirma Roger Raupp Rios:

Os direitos humanos, especialmente quando reconhecidos constitucionalmente de modo amplo e extenso, em um texto jurídico fundamental aberto a novas realidades históricas, têm a vocação de proteger a maior gama possível de situações. Nesse ponto, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 consagra sem sombra de dúvida tal abertura, seja pela quantidade de normas constitucionais expressas, definidoras de direitos e garantias individuais e coletivas, seja pela explícita cláusula de abertura a novos direitos humanos, segundo a qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, parágrafo 2º, grifo meu). A essa cláusula explícita de abertura constitucional ao reconhecimento de outros direitos humanos, deve-se acrescentar a enumeração constitucional de direitos nos artigos 5º, 6º e 7º, bem como a previsão de outros tantos direitos humanos individuais e coletivos ao longo do texto, tais como os direitos relativos à seguridade social e à comunidade familiar (artigos 194 e 226, respectivamente). Dispositivos constitucionais dessa espécie fornecem bases sólidas e terreno fértil para o reconhecimento dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, na perspectiva aqui defendida. Todavia, para sua concretização e efetividade, esses dispositivos fundamentais, nacionais e internacionais, precisam ser objeto de estudo e sistematização, demandando reflexão teórica na academia e compromisso por parte dos operadores do direito. (RAUPP RIOS, 2002, p. 44)

Nesse contexto, uma abordagem jurídica da sexualidade, radicada nos princípios da igualdade, da liberdade e do respeito à dignidade, de fato, revela-se mais apropriada a fazer frente aos desafios teóricos e práticos que as

orientações, expressões, práticas e identidades associadas à sexualidade podem produzir no contexto das sociedades democráticas contemporâneas. Não se trata de dissolver qualquer rol de direitos sexuais nem de invalidar o esforço de enumerá-los mais concretamente; objetiva-se, do contrário, alargar sua compreensão e aprofundar sua compreensão por meio de referenciais principiológicos mais coerentes e sistematizados, sem distinções de qualquer natureza sobre os atributos da personalidade individual, ou das construções coletivas de identidade.

De perspectiva oposta, permanecem e se perpetuam no ordenamento jurídico brasileiro definições, proibições e referenciais de antijuridicidade que restam matizados na legalidade infraconstitucional, cujos conteúdos foram definidos em tempos anteriores ao regramento democrático da Constituição Federal de 1988, e retratam a redução da complexidade dos conflitos envolvendo a expressão da sexualidade a abordagens parciais, de elevado conteúdo moral e repressivo da liberdade sexual – ainda que em suas vertentes mais tolerantes.

Exemplifique-se com a tutela das exposições da intimidade sexual de forma não consentida por meio dos tipos definidos na seção dos crimes contra a honra. No Brasil, a despeito das garantias liberais da normatividade constitucional, na ordem pública infraconstitucional (Código Penal) os valores da boa fama, da moral social, são os pontos angulares da tutela específica contra os abusos e ilicitudes da sexualidade de um indivíduo. O exercício da sexualidade, nesse caso e em outros, traz a implicação da problemática do sexo e da moral social, na definição do padrão normativo, quando da definição da tutela mais evidente.

Diz-se que a tutela democrática dos direitos sexuais não importa na consideração dos atributos da personalidade do ofendido e do ofensor, bastando a consideração da finalidade da proteção e a avaliação objetiva das circunstâncias da ofensa. Nesse sentido, considerando o estágio de desenvolvimento da tecnologia normativa (*lex artis*), a causa das condutas censuradas e proibidas (a intenção do agente em causar dor, sofrimento emocional, psicológico, por exemplo) tende a ser excluída no sentido da aplicação mais objetiva da norma, em proteção das ocorrências que – pelo simples fato de tomar lugar, de acontecerem – reduzem e agridem de forma incontestável o patrimônio de liberdade do sujeito.

Nesse sentido, é imperiosa a consideração das instituições das antijuridicidades nos limites das figuras do abuso do direito e dos atos ilícitos, para a tutela integral da personalidade do ofendido; e além, devem-se buscar mecanismos de tutelas mais específicas e eficientes para o tratamento dos sujeitos que de forma legítima buscam a tutela punitiva, protetiva, reparadora ou compensatória. (FRANKS, 2015, p. 12)

Sobre a tutela ampliativa dos direitos sexuais e do estado da arte:

Com efeito, um direito da sexualidade deve cuidar não só da proteção de um grupo sexualmente subalterno em função do gênero e do sexo. Outras identidades reclamam essa proteção, como ocorre com gays, lésbicas e transgêneros. Mais além: o direito da sexualidade não pode se esgotar na proteção identitária, seja de que grupo for. A proteção jurídica de condutas e preferências sexuais não necessariamente vinculadas a identidades aponta para isso, como demonstra o sadomasoquismo ou outras formas de erotismo “não convencional” (Taylor, 1997). Nesse sentido, a proposição segundo a qual o direito da sexualidade não deve fixar-se somente em identidades e práticas sexuais predefinidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, atenta para o perigo de que classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabem reforçando a lógica que engendra machismo ou heterossexismo no direito vigente (Calhoun, 1993). Isso sem falar do papel do sistema jurídico na construção dessas identidades, via de regra no sentido da marginalização, decorrente da imposição de uma determinada visão sobre tal ou qual grupo. Trata-se, portanto, de elaborar um direito da sexualidade que tente evitar esses perigos, informado, pelos princípios da liberdade e da igualdade. Sua aplicação, diante de cada caso concreto, deve promover um acerto de contas entre as identidades e práticas em questão e tais princípios. Assim concebido, o direito da sexualidade pode propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. (RAUPP RIOS, 2002, p. 48)

Desse modo, para a construção de direitos sexuais sob uma perspectiva democrática, há de se considerar, além do âmbito de aplicação do conteúdo ético-normativo dos direitos sexuais, a angularidade das definições sobre a responsabilidade no livre exercício da sexualidade. Para tanto, o exercício dos direitos de liberdade e de igualdade, pelos diversos sujeitos nas mais diversificadas situações, manifestações e expressões da sexualidade, em igual dignidade, requer a consideração da dimensão da responsabilidade.

Os padrões afirmados nas convenções internacionais sobre direitos reprodutivos e sexuais importam no reconhecimento de que a responsabilidade traduz o dever fundamental de cuidado, e exercício da alteridade para o respeito e consideração aos direitos de terceiros (tanto os indivíduos, quanto a comunidade) quando do exercício livre e em igualdade do desenvolvimento dos

processos da sexualidade (*Idem, ibidem*). Não se trata, portanto, da simples imposição do dever de reparar danos ou de preveni-los em face de bens jurídicos individuais e coletivos. Trata-se, fundamentalmente, da tentativa de “conformar as relações sociais vivenciadas na esfera da sexualidade do modo mais livre, igualitário e respeitoso possível”. (RAUPP RIOS, 2002, p.42).

De fato, o exercício da sexualidade alcança a esfera jurídica alheia, dado que sua vivência requer, quase que na totalidade das vezes, a ação em pares, logo, demandando amplo consentimento entre os envolvidos.

Situações como o sadomasoquismo e sobre a idade de consentimento para a participação em relações sexuais, por exemplo, perguntam sobre a liberdade e as condições de discernimento dos indivíduos, bem como sobre as posições de poder e os papéis desempenhados por cada um dos partícipes envolvidos em relações sexuais. O exercício da sexualidade pode, ainda, repercutir além dos indivíduos, numa esfera transindividual, como notadamente se preocupa a saúde pública. (CATONNÉ, 1994, p.12)

Importa reconhecer, nessa trilha, a irradiação dos deveres fundamentais da ordem democrática - consideração recíproca de interesses, a obrigação de não causar danos, e respeito dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos e liberdade - para a expressão da sexualidade, na construção da obrigação de exercício responsável. Tais deveres são interpretados de acordo com a proteção dos interesses individuais e da comunidade, titular de direitos difusos e coletivos.

A responsabilidade no exercício da sexualidade define padrões punitivos e de prevenção na tutela dos direitos individuais e coletivos. A manutenção da ordem pública é tutelada com a repressão penal das condutas ilícitas de disseminação de doenças venéreas, e, a prevenção pode ser explicada quando da veiculação de campanhas educativas sobre os riscos à saúde de práticas sexuais sem a proteção do uso de preservativos.

Segundo a lição de Roger Raupp Rios sobre a responsabilidade arimada nos direitos sexuais, afirmar o lugar da responsabilidade no seio de um direito democrático da sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada no moralismo ou na exclusão das sexualidades estigmatizadas pelos grupos majoritários. O exercício responsável da sexualidade, informado pelos princípios jurídicos da liberdade, da igualdade e da dignidade, reforça uma compreensão positiva da sexualidade e de suas

manifestações na vida individual e social, cuja realidade exige a consideração da pessoa em suas simultâneas dimensões individual e social. Sem essa percepção, o desenvolvimento do direito democrático da sexualidade padeceria de uma visão individuocêntrica incompatível com a reciprocidade e o caráter dos direitos fundamentais que o informam. (RAUPP RIOS, 2002, p. 64)

PARTE II: A TUTELA DA INTIMIDADE SEXUAL: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

CAPÍTULO 1: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE, IGUALDADE E INTIMIDADE COMO FUNDAMENTOS AXIOLÓGICO-NORMATIVOS DOS DIREITOS SEXUAIS DA PESSOA HUMANA.

A construção democrática dos processos de cidadania e de promoção dos direitos humanos em relação ao sexo depende diretamente da sustentação formal e funcional dos direitos da sexualidade, como forma de defesa e de prevenção dos perigos da perpetuação de estigmas sociais, das violências e dos abusos registrados nas representações sociais estratificadas. O debate importa não só às parcelas das sociedades que lutam pelo reconhecimento identitário, mas – de uma forma geral -, a defesa de fundamentos axiológico-normativos dos direitos sexuais da pessoa humana representa a pedra angular para as estratégias de desenvolvimento dos valores e do progresso social.

Cuida-se, portanto, do desafio em se elaborar uma construção dos direitos da sexualidade que tente evitar a perpetuação das desigualdades de gênero, da objetificação do sexo, da via sexual para o cometimento de violências, com a finalidade de se informar que, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da intimidade, há a possibilidade de estruturação de mecanismos de defesa que sejam eficazes para àqueles que reclamam proteção.

A fundamentalidade dos direitos e garantias constitucionais inauguraram na legalidade constitucional brasileira novas formas de se interpretar o fenômeno jurídico, angulando a atividade hermenêutica com a finalidade da tutela integral da pessoa humana. Esta considerada em sua ampla competência de sujeito destinatário da tutela jurídica, o que faz exigir do intérprete a busca por soluções que contemplem a individualidade e o resultado útil e eficaz da tutela.

Há, portanto, através dos pontos de partida dos fundamentos axiológico-normativos - informados pelos princípios constitucionais da igualdade, da intimidade e da liberdade, a formatação de um sistema de tutela dos direitos individuais e coletivos que respaldam o desenvolvimento das teorias sobre a existência e aplicação dos direitos sexuais na legalidade constitucional brasileira.

Nesse sentido, o que se propõe é uma revisão técnica e descritiva das formas de aplicação dos pressupostos axiológico-normativos constitucionais que

fundamentam os direitos sexuais na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, com o foco nas garantias individuais que se prestam à defesa das vítimas das exposições íntimas não consentidas. Pondo-se em evidência que: há garantias bastantes para se defender a autonomia e dignidade das vítimas dos abusos e violências sexuais; há a identificação de evidência de conflitos de liberdades individuais relativas aos fenômenos sociais estudados; e que, ao lado dos direitos, existem igualmente deveres fundamentais de cuidado e consideração recíproca entre os sujeitos de direito.

1.1 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS

Há de se reconhecer que no âmbito das relações privadas, nas quais se desenvolvem as atividades sexuais, existe o fator potencial do conflito de liberdades e garantias constitucionais. Pondo-se em linha de colisão: de um lado, as garantias de liberdade, igualdade (material) e intimidade; e de outro, as liberdades relacionadas às garantias do discurso e da liberdade de expressão. Exemplifique-se com a exposição nos contextos privados (círculos de amizade) ou públicos (fóruns de discussões) dos fatos ocorridos na intimidade da relação sexual, quando os parceiros não firmaram expressamente os limites das expectativas de privacidade, ou de confiança quanto ao sigilo. Ou ainda, sobre a hipótese de compartilhamento de material de cunho sexual produzido por terceiros, com a intenção de notícia do acontecimento. Sobre a relação problemática dos direitos sexuais e sua compatibilização com demais direitos, liberdades e garantias, faz-se mister as seguintes considerações da técnica.

Os direitos e garantias individuais, sem embargo de estarem contemplados sistematicamente no art. 5º da Constituição Federal, não se restringem a ele, sendo possível a identificação de outros direitos dessa espécie, quando da interpretação sistemática de todo conjunto axiológico-normativo de direitos constitucionais.

Dessa forma, para a determinação do conteúdo de fundamentalidade de um direito, há de se considerar o âmbito de proteção do conteúdo inicialmente identificado; e, em um segundo momento, a necessidade de se conciliar o direito

fundamental com outros direitos e bens constitucionalmente tutelados. A sistematização das restrições tem como base a teoria estruturante dos direitos fundamentais como regras de dever ser, e também, por vezes como princípios (teoria da dualidade). (NOVELINO, 2013, p. 458 et seq.).

Para a definição do conteúdo de direito efetivamente tutelado, devem ser aplicadas ferramentas metodológicas de sopesamento de razões e contra-fatos, e ainda o postulado da proporcionalidade, quando se tratar de análise da constitucionalidade de uma medida restritiva de direitos. Os direitos fundamentais devem ser analisados em um conjunto de integralidade (vida, igualdade, privacidade, liberdade e propriedade), independentemente do seu conteúdo nuclear definido por formulações específicas: uma vez que essas são insuficientes para garantir a racionalidade das decisões em casos difíceis. (*idem, ibidem*)

Para a solução integrativa e de criação de normas de partida e de chegada para a solução de casos complexos, há de se reconhecer que na normatividade constitucional, os direitos fundamentais funcionam como normas de caráter duplo, capazes de reunir em si, níveis de regra e de princípio.

Nesse sentido, por terem sido elencados como conteúdos essenciais na construção do direito democrático à sexualidade: a liberdade, a igualdade e a intimidade passam a ser analisadas nessa seção, mais detidamente, quanto ao conteúdo essencial e seus limites, com fins de balizamento das estruturas da tutela dos direitos sexuais da pessoa humana.

1.2 DIREITOS DE LIBERDADE

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana continua sendo reconduzido primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (SARLET, 2010, p. 53).

Importa ter presente a circunstância de que esta liberdade – baseada na autonomia privada – é considerada em abstrato, como sendo a capacidade

potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto. De tal sorte que também as pessoas consideradas absolutamente incapazes possuem exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física ou mentalmente capaz (*ibid*, p. 54).

Todavia, há de se esclarecer que não há equivalência entre o conteúdo da liberdade e da dignidade como valores axiológico-normativos. Há uma intrínseca relação entre as noções, haja vista tratar a liberdade – assim como os demais direitos fundamentais – de uma exigência condicional da dignidade humana. Desse modo, as garantias do direito da liberdade consistem na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação e realização do seu próprio projeto de individualidade (BARROSO, 2009).

No padrão da normatividade constitucional brasileiro, segundo a classificação de Dirley da Cunha Júnior (2009), o direito à liberdade é garantido pela: a) liberdade de ação; b) liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião ou pensamento; d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) liberdade de informação; f) liberdade de consciência e crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação; e i) a liberdade de opção profissional.

Em observância ao recorte do tema desta análise, passa-se ao exame descritivo apenas das garantias: 1) da liberdade de ação; 2) liberdade de opinião e pensamento; e 3) da liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Primeiramente, a liberdade de ação é prevista pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. De tal dispositivo extrai-se o conteúdo da garantia positiva de se agir segundo o padrão da legalidade, e a negativa de que qualquer limitação ao patrimônio jurídico individual deva ocorrer por força do princípio também da legalidade estrita. A lei é, por conseguinte, o único instrumento autorizado pela Constituição para restringir a liberdade de ação das pessoas.

A liberdade de pensamento ou de expor livremente as opiniões é a garantia do Estado democrático de direito de ser livre o sujeito para exprimir o

que pensa – livre de qualquer censura de natureza ideológica, política e artística (art. 220, §2º), através de qualquer forma, processo ou veículo. Inclui a liberdade de expressar juízos, conceitos, conclusões e valores sobre determinações específicas, tendo como a limitação – por força regra de igual hierarquia – da vedação do anonimato (art. 5º, IV).

O contrabalanço do direito à livre manifestação do pensamento é a garantia constitucional do direito de resposta concedido àquele que se sentiu ofendido ou atingido pela opinião de outrem. A resposta é garantida pela igual proporção do agravo, além de ter a parte ofendida, direito à indenização por danos materiais, morais ou à imagem. (art. 5º, V da CRFB/88: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem).

A liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação é prevista no art 5º, IX, da Constituição: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Trata-se de uma decorrência lógica do direito à liberdade de expressão do pensamento; o traço distintivo é de nessa espécie, é garantida liberdade do indivíduo de expor suas percepções sensíveis, emocionais e criativas: incluindo-se as formas como o ser humano retrata experiências vividas ou imaginadas, por meio da música, do cinema, da fotografia, dentre tantos outros (CUNHA JUNIOR, 2009).

Nesse âmbito de proteção, a Constituição também dispensa tutela especial aos autores das manifestações intelectuais, artísticas e científicas. No art. 5º, XXVII, reconhece aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (referência ao desenvolvimento da regulamentação infraconstitucional do direito autoral). Já no inciso XXVIII, assegura-se, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; e b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Depreende-se da análise do conteúdo das liberdades que há uma ampla proteção da liberdade de ação e das liberdades comunicativas das experiências

sensoriais e imaginativas dos particulares, na medida em que o exercício seja realizado com a responsabilidade da consideração mútua dos interesses de todos envolvidos. Há na liberdade de expressão sexual a possibilidade do consentimento para que os atos se tornem públicos e que representem uma manifestação legítima de cultura, de hábitos de vida, ou de liberdade. O contraponto é que os excessos que violem os limites de tolerância do sujeito, seja interpretado como conduta abusiva e, portanto, ilegítima, devendo o sujeito ativo ser responsável pela reparação dos danos materiais e imateriais causados à vítima.

1.3 DIREITOS DE IGUALDADE

A igualdade informa e sustenta o princípio maior da dignidade da pessoa humana, partindo-se da premissa amplamente aceita de que a dignidade independe das circunstâncias concretas, já que é inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – “mesmo o maior dos criminosos” – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. (SARLET, 2010, p. 52).

Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana como forma de comportamento, por constituir atributos intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo aquelas que cometem as ações mais odiosas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. Não existe hipótese de desconsideração da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro; não importando o grau de reprovabilidade e censura social que a conduta em exame possa receber. Nesse sentido, o elemento de cauda das violações da intimidade sexual, ainda que sejam levados em consideração para o sopesamento das medidas e cautelas, nunca pode ser bastante para sustentar atos de repreensão que importem na desconsideração da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido é o entendimento referendado pelo art. 1º e 2º da Declaração Universal da ONU, de 1948, segundo a qual:

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns com os outros em espírito de fraternidade”

Artigo 2

I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

O padrão axiológico-normativo do direito à igualdade é sustentado pelo fato de os seres humanos, todos eles, serem dotados de razão e consciência: constituindo esse o fator de denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade (MIRANDA, 2000, p.183).

E é nessa igualdade material que se reconhece a essência e fundamento do direito a ser diferente, e seguir padrões de condutas que –dentro da consideração dos limites de tolerância da ordem social – representem o projeto individual da personalidade do sujeito. A igualdade passa a ser considerada como um arranjo denso de possibilidades de exercício e gozo de direitos: há um conteúdo material na igualdade.

O direito à igualdade material garante proteção à dignidade da pessoa humana, abrangendo as diferenças étnicas, filosóficas, raciais, culturais, religiosas, sexuais, enfim, à diversidade.

O direito à diferença: o direito à diferença para ser o contraposto do direito à igualdade. É, na realidade, com este, um dos componentes de base do direito geral da personalidade, não se compreendendo um sem o outro. Cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a Humanidade. O direito à igualdade, entendido como direito à não discriminação. Existe no campo público, normalmente perante o Estado. Na esfera privada, cada ser humano tem o direito de ter (ser) as suas opiniões e de as praticar; de se cercar de quem bem entenda. Além de poder exprimir as suas ideias pelos meios de seu alcance. (DE CAMPOS, 1992, p. 82)

Quanto mais se respeita a diferença, mais se preserva a igualdade. Desse modo, o direito à igualdade é a garantia de que todos têm de ser tratados igualmente na medida de em que se igualem, e desigualmente na medida em

que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material). Trata-se de um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem a mesma consideração, sendo defeso qualquer tipo de discriminação, perseguição ou diminuição de qualquer gênero, como também é vedado o favorecimento por privilégio de qualquer espécie. (MENDES, 1977, p. 112).

“O princípio em tela interdita o tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais” afirma Dirley da Cunha Júnior, que em esforço de sistematização, elencou as hipóteses da normativa constitucional que referendam o princípio da igualdade:

A Constituição de 1988 preocupou-se tanta em assegurar a igualdade de todos, que prescreveu, em várias disposições de seu texto, que é *objetivo fundamental* do Estado “promover o bem de todos, sem preceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); que “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito (...) à igualdade” (*caput* do art. 5º); que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I); que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI); que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII); a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX); a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI); a proibição de distribuição entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII); a “igualdade de direitos entre trabalhador com vínculos empregatício permanente e o trabalhador avulso” (art. 7º, XXXIV); que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição (art. 12, § 2º); que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III); que “a remuneração entre servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, (...) assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” (art.37, X); que “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração pessoal do servidor público” art. 37, XIII; que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por ele exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (art. 150, II); que é vedado à União “instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país” (art. 151, I); e que é “vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino” (DA CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 658-659)

São espécies da normatividade constitucional que garantem, portanto, o direito do indivíduo à igualdade na lei: que significa que nas normas jurídicas não pode haver distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição, impondo o dever do legislador de agir conformemente, referendando sempre a igualdade no estabelecimento do referencial jurídico das relações. A dois, estipula-se a igualdade perante a lei segundo a qual se deve aplicar igualmente a lei, mesmo que crie uma situação fática de desigualdade. Essa vertente das espécies prevista visa à vinculação dos aplicadores, que não poderão sujeitar o exame do caso concreto à critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equivalentemente os cidadãos. Este é o conteúdo político-axiológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. (MELLO, 2006, p.10)

No contexto atual, respeitar as diferenças e regular as relações privadas com inspiração na igualdade, tem tanto o sentido de igualar os poderes sociais, quanto o sentido de proibir ou coibir qualquer tipo de discriminação.

O fato de a lei conter algum fator discriminatório, qualquer que seja ele, não é suficiente para se considerar ofendida a cláusula de igualdade. As leis podem discriminar. Contudo, as discriminações legais, só consubstanciam a defesa da igualdade formal ou material - se observarem o requisito da pertinência lógica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela consequente (MELLO, 2006, p. 11). De modo que para se examinar a ofensa ao dogma da igualdade, tem-se que considerar o parâmetro adotado como critério para discriminação; confrontado em seguida como a justificativa racional para o tratamento desigual.

Significa dizer que ao se anotar o dado social deque a exposição da intimidade sexual é um dado de prevalência quando se classifica os ofendidos por gênero, poder-se-ia defender a conclusão de que tutelas específicas e políticas públicas de afirmação seriam justificadas. O tratamento desigual com base na lei é legítimo para a garantia da igualdade material, e da promoção das diferenças criadas com base nas identidades.

Ainda sobre a diferenciação entre liberdade “formal” e liberdade “material” – ou, liberdade como abstração e liberdade como efetividade -, Carlos

Eduardo Pianovski Ruzyk afirma que a expressão da liberdade em seu aspecto formal foi a marca da tradição civilista da vinculação da propriedade e liberdade na formação do capitalismo, no auge do pensamento liberal dos Séculos XVII a XIX. Faz-se aqui referência à obra de Paolo Grossi – *A propriedade e as propriedades na oficina do historiador* (2006). Já por liberdade como efetividade, o autor afirma a denotação da possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza – necessariamente - é condicionada a se deter um conjunto mínimo de capacidades. O conceito incorpora, no âmbito das próprias liberdades, as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal. (RUZYK, 2011, p. 56-57)

Restrições materiais que eliminam concretamente as escolhas possíveis – ainda que, em tese tais escolhas não sejam vedadas e seus efeitos reconhecidos e protegidos – limitariam, por assim, liberdade efetiva. A liberdade precisa ser instrumentalizada para a realização material. Nesse sentido, a liberdade efetiva poderia, sem excessos, ser definida como o conjunto capacitório que oferece a possibilidade de fato e real de se fazer aquilo que se valoriza como aspecto de relevo para a própria singularidade da existência individual. Em resumo: a liberdade, aqui tratada – a liberdade sexual – deve ser instrumentalizada.

A evidenciação das possibilidades da liberdade como uma função de tutela da personalidade colmata a própria dimensão funcional do Direito Civil contemporâneo, que toma por base um conceito plural de liberdade. A afirmação de uma função dos institutos de base do Direito Civil que pode consistir em propiciar o exercício, a proteção e o incremento de liberdades, situa-se no âmbito da tendência de personalização desse ramo do Direito, de modo coerente com os valores contemplados por um ordenamento jurídico centrado na pessoa humana. (TEPEDINO, 2008)

Conclui-se que há na necessidade de se pensar a partir do que é jurídico, a inevitável inserção normativa do conteúdo material nas formas previstas, na situação da Ordem Constitucional democrática que assegura a liberdade como um direito fundamental. Por vezes, seguindo essa perspectiva, a limitação das funções do Direito Civil à não coerção (sentido negativo de liberdade) é insuficiente ante a extensão do comando constitucional, importando em “déficit de proteção” (RUZYK, 2011, p. 342). Do contrário, pode ser precisamente a

restrição da liberdade negativa de um indivíduo o modo pelo qual se incrementa a liberdade positiva e a liberdade material de outro indivíduo.

Não há que se admitir, pois, a individualização atomizada do sujeito, haja vista que a autoconstituição individual é sempre intersubjetiva, inserida na rede de relações sociais que antecedem o próprio indivíduo:

“ao mesmo tempo em que constrói sua subjetividade, ele é construído pela coexistência. Assegurar de modo incondicionado a liberdade negativa de um indivíduo pode importar privações de liberdade substancial para o outro (como ausência de acesso ou mesmo supressão de funcionamentos básicos) – e, nessa medida, a privação pode ser superada o meio pelo qual se promove o lugar de não restrição à conduta daquele primeiro indivíduo. A alteridade é traço inevitável da liberdade. Essa alteridade, entretanto, não é mera justaposição de espaços reciprocamente delimitados externamente: ela implica interseção de vidas livres, o que importa a responsabilidade intersubjetiva recíproca pelas liberdades dos indivíduos em relação. Não se é livre sozinho: a liberdade é sempre coexistencial. É aí que a liberdade se encontra com a solidariedade.” (RUZYK, 2011, p. 310.)

Por ser considerada sempre em um contexto relacional, a liberdade não pode ser entendida em uma totalidade abstrata que transcenda a complexidade dos arranjos intersubjetivos. Não se deve advogar, por conseguinte, por uma liberdade objetivada: há de se buscar as finalidades múltiplas que podem encontrar referências nas bases do Direito Civil moderno, em contra sentido do organicismo funcionalista das formas. Proteger a liberdade e promover a vivência da liberdade: é em resumo uma das faces da funcionalização do Direito Civil em tutela da garantia constitucional.

Desse modo, o pensamento jurídico não pode mais reduzir a liberdade a uma enunciação discursiva meramente formal, cujo exercício seja reservado apenas à setores específicos da sociedade – de acordo com a avaliação da historicidade do Direito Civil oitocentista (TEPEDINO, 2008). O enclausuramento da liberdade em fórmulas discursivas formais é contrária a afirmação do valor inerente da liberdade – da possibilidade efetiva de expressar e vivenciar a liberdade de escolher o próprio projeto singular.

1.4 A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DA INTIMIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A intimidade, ainda que não positivada na legislação constitucional anterior, era considerada um elemento indispensável à dignidade humana, e, segue dela fazendo parte indeclinável, o que não significa afirmar que sempre fora protegida. Como todos os atos e construções humanas, a legislação constitucional é passível de uma série de imperfeições e imprecisões. Em se reconhecendo o caráter mutável e suscetível às políticas vigentes ao momento, tal percepção do fenômeno expõe os riscos aos direitos mais imediatos do ser humano.

Comparato sustenta que “[s]e se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de maneira tal o seu conteúdo a ponto de torna-los irreconhecíveis”. (2003. p. 59). Sob outra perspectiva, em complementação, o que pode ser afirmado é que o surgimento de um novo contexto social pode tornar mais evidentes as violações ao indivíduo, importando em realçar a necessidade da tutela específica de determinado bem jurídico, e do resguardo do direito em análise. É nesse sentido que Miguel Reale afirma que o direito passa a ter seu valor “revelado à consciência humana”, e ser aceito como se fosse inato. (REALE, 1999. p. 214).

A despeito das possíveis descrições dos fenômenos jurígenos dos direitos constitucionais, seja por viés da tradição jusnaturalista ou da inclinação à disciplina positivista, a discussão parece – a certa medida - suplantada pelo reconhecimento explícito da intimidade como um direito fundamental. A intimidade é então um dos componentes da dignidade humana, de que brotam os demais direitos da personalidade, que constituem “uma unidade indivisível interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais” (PIOVESAN, 2006. p. 183)

Diferentemente das Constituições anteriores, a Magna Carta de 1988 tratou de proteger a privacidade, declarando, no art. 5º, X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, a novel ordem constitucional oferece, expressamente, guarida ao direito à privacidade, que consiste fundamentalmente na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (DA CUNHA JÚNIOR, 2009. p. 679). Nesse sentido, a privacidade corresponde ao direito de ser deixado só (*right to be let alone*), ou ao direito de ser esquecido (*right to be forgotten*).

O direito à intimidade é um direito especial ligado à essência do indivíduo, à sua personalidade, que consiste, na escorreita avaliação de Paulo José da Costa Jr., no “direito que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. ‘diritto alla riservatezza’, portanto, não é direito de ser reservado ou comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera. É, em suma, o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções. (DA CUNHA JÚNIOR, 2009. p. 668)

A proteção à intimidade encontra desdobramentos em outros direitos constitucionais, que também se ocupam da preservação dos aspectos da intimidade e da vida privada, como, por exemplo, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e das informações pessoais.

No âmbito das relações privadas, a concretização deste valor normativo faz surgir deveres de consideração mútua e de confiança, haja vista que a intimidade também emana seus efeitos para as relações horizontais. Assim, além da garantia perante terceiros e contra o Estado – como sustento de uma obrigação negativa, a intimidade como valor axiológico-normativo da legalidade constitucional repercute na esfera privada para a defesa da individualidade em sua esfera mais reservado de recato: protegendo a expressão da sexualidade, na substância dos direitos sexuais, como o centro da gravidade para toda a consideração de que o ser humano tem um espectro de existência que encontra lugar no direito de ser deixado sozinho, de ser esquecido.

1.4.1 A Eficácia Externa do Direito Fundamental à Privacidade

A tutela específica dos direitos fundamentais serviu, inicialmente, para a concepção de poderes jurídicos outorgados aos indivíduos para se protegerem contra a opressão do Estado: determinados pela tecnologia legislativa de regulação das relações entre o Estado e o indivíduo (BONAVIDES, 2000. p. 47).

No entanto, com a complexidade das relações sociais e a maior desigualdade entre os sujeitos, agravada pelo avanço da técnica e virtualização de comportamentos, fez-se notar que a opressão das liberdades não ocorria apenas por meio da atuação desproporcional do Estado, mas também que o próprio homem em sua relação de pares, demandavam a atenção específica do ordenamento democrático.

Daí a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações havidas entre os homens, com o fim de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações privadas [tão poderosas quanto a própria ordem estatal]" (DA CUNHA JÚNIOR, 2009. p. 612)

No Brasil, há uma tendência na doutrina que repercute na jurisprudência do STF, em se adotar a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, por todos, Luís Roberto Barroso:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade de pessoa humana (e.g, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais). (BARROSO, 2009. p. 141)

Tal tendência corresponde a interpretação mais sistemática do §1º do art. 5º da CRFB, que determina a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Forte em tais razões, a construção teórica sobre os direitos

sexuais ganha maior relevo na justaposição das interpretações das teorias sobre as liberdades do indivíduo, da igualdade e da garantia de que o sujeito tem ao gozo de uma esfera da privacidade. A partir desse tronco de direitos, os desdobramentos de ordem prática ou construções teóricas são possíveis e necessárias para a realização do projeto de desenvolvimento das humanidades.

1.4.2 A Relação Conflituosa entre Direitos Fundamentais e a Proteção da Intimidade

Sobre a natureza dos direitos fundamentais, deve haver aplicação imediata, independentemente de outras normas regulamentadoras. Todavia, ainda que a condição de fundamentalidade lhe garanta primazia e evidência à legislação infraconstitucional, há de se levar em consideração que, tal qual os demais direitos, a intimidade não é um valor absoluto, ainda que derive diretamente do conteúdo da dignidade humana. Haverá situações em que mesmo os direitos e liberdades fundamentais entrarão em conflitos, limitando-se mutuamente: mas não se excluindo, pois há de prevalecer a tutela mais abrangente da dignidade. (SILVA NETO, 2006)

Quando se reconhece que a aplicação da lógica estritamente formal é insuficiente para se alcançar o resultado útil de uma aplicação do direito com base nos *standards* da justiça material, oportuniza-se o discurso mais realista de abordagens dos conflitos que podem existir entre direitos fundamentais e, ou valores normativos.

Porque, das diversas consequências práticas que existem na assunção da lógica jurídica como uma lógica argumentativa, pode-se considerar que a equivocidade dos conceitos utilizados como base do discurso jurídico seja uma das mais basilares (*idem, ibidem*). Pois, há de se assumir que a hermenêutica constitucional trabalha com noções que, - se não derivadas da linguagem estritamente formal e técnica do Direito -, derivam da linguagem natural, que, por conseguinte é argumentativa, e supera a bilateralidade do verdadeiro/falso. O único limite para a linguagem é o uso desarrazoado e fora do que se considera adequado. (BRANCO, 2000. P. 182)

Nesse sentido, compreende-se o conflito entre direitos fundamentais e a disciplina dada ao princípio da proporcionalidade, como o desenvolvimento de normas que exigem a realização proibitiva e limitativa dos usos inadequados ou desnecessários de um direito fundamental (REZEK NETO, 2004, p. 48 et seq.). Invoca-se a proporcionalidade como a utilidade de se resolver dilemas de interpretação constitucional representados pelo conflito entre princípios e valores constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ostentarem a mesma posição na hierarquia constitucional normativa. Postula-se a existência de um “princípio dos princípios”, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada circunstância, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos outros (MELLO, 2004. p. 407). Por esse motivo, alguns o chamam de princípio de “otimização” dos direitos fundamentais.

Como elementos do princípio da proporcionalidade, Bonavides aponta: 1) a pertinência ou aptidão, também chamado de adequação ou idoneidade, em sentido de que deve buscar a medida válida para alcançar o fim desejado; 2) a necessidade ou indispensabilidade, na escolha do meio menos gravoso de se obter a finalidade desejada; 3) a ponderação: como o sentido estrito do princípio, tomando por conta o esforço de preservar ao máximo cada um dos interesses envolvidos. (BONAVIDES, 2004. p. 395)

Especificamente sobre o direito à intimidade:

A intimidade, com seu reconhecimento constitucional recente, certamente terá que de acomodar-se em meio às demais garantias e direitos, individuais e coletivos, da mesma Carta. Isso não significa que seja ela menos importante ou que deva ser, em regra, limitada, ao contrário: deve trazer elementos que garantam sua efetividade, até pelo princípio de que a lei não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que ao direito à intimidade pode-se conceder sentido menos abrangente, quando em conflito com outros direitos relevantes. (RODRÍGUEZ, 2008. p. 50)

Reconhece-se, *prima facie*, a possibilidade dos conflitos de direitos da intimidade com: a) a liberdade de expressão; b) liberdade de imprensa; c) segurança pública e persecução criminal; d) livre iniciativa e exploração de atividade econômica; e) liberdade de pesquisa científica.

Sobre a relação conflituosa com a liberdade de expressão e a liberdade informacional, os limites vêm sendo traçadas há longo caminho de definições a nível nacional e internacional. (*idem, ibidem*)

A Declaração dos Direitos do Homem, na Revolução Francesa, em seu Artigo décimo primeiro, instituiu que “A livre comunicação das ideias e opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei”¹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização Mundial de Saúde (1945), destacou o direito à informação e liberdade de expressão, dispondo que “[t]oda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão. Esse Direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

A proteção internacional do direito à privacidade surgiu em 1948, através em primeiro lugar da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá. A referida Declaração mencionava em seu art.5º que: “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar”. No mesmo ano, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos do Homem, que enunciava em seu art. 12 que “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

Já no ano de 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais instituiu, no art. 6º, o direito à intimidade, quando da exposição pública por ocasião da persecução criminal:

Art. 6º [...]

o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou uma parte do processo, em interesse da moralidade,

¹⁵ (Tradução livre): *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*: Art. 11. *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.*

da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção à vida privada das partes do processo assim o exijam.

Ademais, o mesmo diploma legal faz menção à proteção à vida privada, de forma mais genérica:

Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em vigor no Brasil desde 1992,¹⁶ determinou em seu artigo 19 que:

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

No ano de 1967, celebrou-se em Estocolmo a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, quando pela primeira vez o tema foi trabalhado a nível internacional e teve repercussão nos diversos sistemas jurídicos sobre os limites da ingerência sobre a vida privada, definindo padrões de ofensas à intimidade.

¹⁶ Decreto da Presidência da República N° 592/1992: Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Deliberou-se que há ofensa quando: 1) da penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreita-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; 2) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; 3) audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; 4) exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e, 5) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes.

Já em 1969, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) apresentou disposição afim:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Ao longo do passar dos anos, é perceptível que o conteúdo da definição protetiva da vida privada foi sendo alargada. Na década de 80, em continuação ao impulso de extensão do direito à privacidade, foi celebrado o convênio entre os membros do Conselho da Europa, em janeiro de 1981, e apresentado para ratificação de janeiro de 1984, para estabelecer a proteção das pessoas com respeito ao tratamento não autorizado dos dados de caráter pessoal. (SILVA, 2000)

Diante da análise dos principais marcos do movimento de institucionalização do direito à intimidade, pode-se dizer que resta garantido o

direito à livre expressão, desde que não se realize em prejuízo a direito individual de outro sujeito: no caso da intimidade, principalmente, ao custo da reputação das demais pessoas. (RUIZ MARCO, 2001, p. 27)

É nesse sentido que a Constituição Federal garante, nos Incisos IV, V, IX, XIV e XXIII do artigo 5º e nos artigos 220 a 224, a liberdade de informação, de manifestação de pensamento e de imprensa, impondo restrições necessárias ao seu abuso. A temática é desenvolvida no âmbito das relações privadas pela expressão dos direitos da personalidade e pela tutela dos atos atípicos, quando se reconhece que o abuso dos direitos individuais pode de fato importar em configuração de ilícito civil, com a resultante do dever de reparar, restituir ou compensar a vítima; aqui, tratadas as vítimas da exposição íntima não consentida.

O direito à intimidade é também limitado pelo interesse na persecução criminal, para a qual a informação a respeito de dados pessoais é essencial. O estabelecimento de limites e fronteiras à investigação criminal constitui tarefa principalmente da política criminal no estabelecimento das normas processuais do rito penal, embora outras áreas do Direito reclamem participação na solução da relação conflituosa travada entre os demais direitos da personalidade, como a liberdade e a intimidade.

Desse modo, a compreensão em profundidade das garantias e direitos fundamentais que informam a construção dos direitos sexuais é importante para a delimitação do relevo das áreas de interesse, de repercussão e de promoção para a defesa da dignidade sexual dos sujeitos de direito. O entendimento das fundações das estruturas condiciona o desenvolvimento das tecnologias de concretização do objetivo de desenvolvimento das humanidades. E saber que quão mais evidente é a garantia formal da qual decorre o programa social de defesa e promoção, maior é a chance de êxito do projeto social: pois importa reconhecer que à sombra dos direitos, existem os custos de realização efetiva dos mesmos: recursos financeiros e humanos.

1.5 DO RECONHECIMENTO DA ANTÍPODA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DEVERES FUNDAMENTAIS E OS CUSTOS SOCIAIS DA REALIZAÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS GARANTIDOS

Tomando-se por base as lições de José Casalta Nabais, tem-se o reconhecimento da importância de se considerar no estudo das liberdades, a face oculta dos direitos fundamentais: os deveres fundamentais e os custos dos direitos. São essas as vertentes necessárias para a compreensão correta do lugar do indivíduo, e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais e dos direitos do homem.

A linguagem politicamente correta dos dias atuais não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. (...) Podemos afirmar que os deveres fundamentais constituem um assunto que não tem despertado grande entusiasmo na doutrina. Bem pelo contrário. (NABAIS, 2007, pp. 163, ss.)

Nesse sentido, os direitos e deveres devem ser colocados no mesmo plano, no mesmo plano constitucional. Importando na observância de que o estatuto constitucional do indivíduo tem duas faces: ambas igualmente importante para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo e no livre mercado das ideias, dos bens e das emoções.

A falta de interesse da produção acadêmica sobre a temática dos deveres fundamentais é analisada por Nabais:

[s]e tivermos em conta a doutrina europeia do segundo pós-guerra, constatamos mesmo que tanto deveres em geral como os deveres fundamentais em particular foram objeto de um pacto de silêncio, de um verdadeiro desprezo. (2007, p. 165).

Tal problemática que cerca os deveres fundamentais pode ser expressa pela metáfora da cobertura por eclipse do discurso quantitativo dos direitos fundamentais, um discurso que convém dizê-lo, é mais amplo e perturba ou domina mesmo a nossa visão de estado, da sociedade e da vida.

O desprezo que é visível sobretudo quando confrontado com a atenção dos textos e dogmática constitucionais que, quer em termos extensivos quer em

termos intensivos, tem sido dispensada aos direitos fundamentais. Uma situação que arranca dos próprios textos constitucionais dessa época e que, no entendimento de alguns autores, outra coisa não exprime senão o momento culminante daquilo a que Norberto Bobbio chamou de “*a era dos direitos*”. (*apud*, NABAIS, 2007)

A conjuntura política, social e cultural da derrocada dos regimes totalitários é apresentada por como a causa próxima do regresso à uma estreita visão liberal dos direitos fundamentais. A pungente preocupação da época em instituir ou fundar regimes constitucionais fortes no respeitante à proteção dos direitos fundamentais e liberdades fundamentais. Isto representa dizer, de regimes que opusessem duma maneira plenamente eficaz a todas e quaisquer tentativas de regresso ao passado totalitário ou autoritário. “Era, pois, necessário exorcizar um passado dominante por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos”. (*ibid*, p. 167)

Foi isto que aconteceu no século XX, no final dos anos quarenta na Itália, e na então República Federal da Alemanha, depois em setenta na Grécia, Portugal e Espanha, e já nos oitenta no Brasil. Aponta como particularmente significativo o que sucedeu na Alemanha, onde de um lado a Lei Fundamental de Bonn não conhece em todo o seu texto a expressão dever ou deveres fundamentais. De outro lado, a doutrina alemã durante muito tempo, mais concretamente até o final dos anos setenta do século passado, fez do tema dos deveres fundamentais um verdadeiro tabu. (*Ibid*, p.166).

É evidente que a argumentação liberal contra os deveres apenas é válida face aos deveres correlativos dos direitos fundamentais, face aos deveres que podemos designar por “*deveres de direitos fundamentais*”. Na verdade, ela não atinge os verdadeiros deveres fundamentais, os deveres fundamentais aqui tidos em consideração que constituem uma categoria ou figura jurídica autónoma.

A base de sustentação argumentativa dos deveres fundamentais é garantida pela premissa de que “Indivíduo não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável” (NABAIS, 2007, 169).

Nesse sentido, historicamente, foram se formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos. Na era liberal, consubstanciaram-se os deveres de defesa da pátria, e de pagar impostos; temos, outrossim, os deveres que constituem o *apport* do estado social, os

deveres econômicos sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, etc.

Apesar de percebidos mais nitidamente quanto aos direitos sociais, não se deve afirmar que as normas constitucionais sobre deveres são simples proclamações, meras normas programáticas, puras normas de natureza orgânica ou organizatória. Pois elas integram a constituição dogmática, mais precisamente a constituição do indivíduo ou da pessoa humana.

Ainda em consideração as faces ocultas dos direitos fundamentais, Nabais assevera que para a correta parametrização das liberdades, os custos sociais devem ser analisados, posto que os direitos – como construções sociais – não são autorrealizáveis, tampouco é desejável um sistema falido que não possa os garantir:

Os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos por um estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos.” por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito. (NABAIS, 2007, p. 174)

Os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do Estado com a sua realização e proteção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito. Despesas essas que, não obstante aproveitarem aos cidadãos na razão direta das possibilidades de exercício desses direitos e liberdades, porque não se concretizam em custos individualizáveis junta a cada titular, mas em custos gerais ligados à sua realização e proteção, têm ficado na penumbra ou mesmo no esquecimento.

Ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em avultados custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos, porquanto os seus custos são proporcionais às reais e efetivas possibilidades de exercício dos referidos direitos e liberdades.

Parafraseando Dworkin: tomemos a sério os deveres fundamentais e, por conseguinte, tomemos a sério os custos de todos os direitos fundamentais desencadeiam. Pois somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos, podemos lograr um estado em que as ideias de liberdade e de solidariedade não se excluam, antes se completem. Ou seja, somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos, podemos desfrutar de um estado de liberdade e de um estado de liberdade a um preço moderado. “por isso, não podemos esquecer o que, com uma clarividência que ainda hoje impressiona, dizia Alexis de Tocqueville: ‘a reclamação de direitos e a sua realização não é suficiente; os cidadãos têm também deveres’”. (NABAIS, 2007, p. 182)

Seguindo esse prisma, a realização dos direitos sexuais, na realidade sócio-jurídica brasileira, depende do fortalecimento de discursos que reconheçam – além das garantias e direitos fundamentais dos sujeitos de direito –, os deveres correlatos e de comprometimento com o projeto social. Haja vista que a realização da justiça social importa em elevados custos, por demandar recursos de ordem econômica e valores humanos.

A dignidade sexual depende do reconhecimento de todos que existem obrigações de consideração mútua, em razão de que: 1) há no princípio da igualdade a força motriz para a superação das diferenças identitárias que perpetuam a discriminação, o abuso e as condutas violentas; 2) há na violência sexual o potencial ofensivo de desconsideração das liberdades humanas; 3) e que a intimidade é um valor posto em xeque pela nova ordem das dinâmicas virtuais de socialização.

Os custos de realização da justiça social são manejados pelas estratégias de endereçamento dos problemas a serem enfrentados. Nesse sentido, o reconhecimento público das questões de individualidade e/ou coletiva referentes ao sexo demandam maior atenção, posto que os traços de um sistema eficiente de controle social potencializam os resultados de eficiência, diminuindo – em larga escala – os dispêndios da realização.

CAPÍTULO 2. A TUTELA CIVIL DA EXPOSIÇÃO NÃO CONSENTIDA DA INTIMIDADE SEXUAL, ATRAVÉS DOS REMÉDIOS JURÍDICOS PARA A DEFESA DA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

A construção efetiva de um direito democrático da sexualidade no ordenamento jurídico brasileiro depende – além da solidez de um sistema axiológico-normativo da Carta de Direitos e Garantias (CRFB/88) – da operacionalização de um sistema complexo de ferramentas de tutelas específicas para a solução pragmática dos conflitos. Isso importa na afirmação de que, no panorama dos institutos jurídicos brasileiros, a defesa de uma tutela civil efetiva sobre a exposição não consentida da intimidade sexual é uma realidade incontornável, e, portanto, merece maior atenção.

Na construção de uma sistemática operante dos direitos da sexualidade, faz-se mister a consideração de que os valores de igualdade, de liberdade e de intimidade constituem a pedra angular da legalidade constitucional que lança luz sobre as possibilidades interpretativas dos textos dos sistemas jurídicos de referência à pessoa: o Código Civil, a defesa do consumidor e dos vulneráveis, entre outros.

É também dizer que o valor constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III), bem como das categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (referências no microssistema de tutela dos interesses dos vulneráveis), provocam profunda modificação nas relações entre o cidadão e o Estado, já que a incidência dos valores e princípios constitucionais na disciplina civil, confere maior prioridade à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Há de se desenvolver para tanto, uma “mentalidade constitucionalizada” (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p.81), no sentido de se buscar as direções hermenêuticas e construtivas fundamentais da cidadania, empreendendo leitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição. Desse modo, o direito civil constitucionalizado, ou dito de outro modo, transformado pela normativa

constitucional, tem como fundamento a superação da lógica patrimonial – proprietária, produtivista, empresarial – pelos valores da pessoa humana, visto que são alçados ao ponto mais alto da hierarquia da Constituição.

Gustavo Tepedino sustenta que a adjetivação do direito civil, dito – “constitucionalizado, socializado, despatrimonializado” – ressalta os esforços que incumbem ao intérprete de examinar os significados e significantes da legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores da individualidade não sujeitos à aferição de valor econômico, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento livre da personalidade, dos direitos sociais e da justiça baseada nos pilares do Estado democrático de direito (TEPEDINO, 1999, pp. 21, ss).

O desafio do Direito Civil Constitucional é justamente a superação dos paradigmas firmados pela ordem civilista firmada pelo Código Civil de 1916 – que por muito se matizou como “a Constituição das relações privadas” – tendo por inspiração o Código de Napoleão. Os valores basilares eram informados pela doutrina individualista e voluntarista, sustentados pela pedra angular do valor fundamental: o indivíduo.

O direito privado travava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do Século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916. [...] Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do Século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança”. Segurança – é de se sublinhar – não só no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas relações econômicas. (TEPEDINO, 2004, pp. 2-3)

Na legalidade civil anterior, o Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios axiológicos-normativos do código, o faziam de maneira excepcional, de modo a não negar e preterir o sentido de completude e de exclusividade pretendido pela ordem civil. Dessa forma, leis que estavam fora dos limites da codificação permitiam que situações não previstas pelo diploma

pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado, inaugurando a primeira fase da intervenção do Estado nas relações privadas: a fase da “legislação de emergência”.

Tepedino afirma que tal situação foi paulatinamente sendo alterada, pela inquestionável necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não alvitadas pelo Código Civil (2004, p. 5). Fato que implicou na perda de caráter excepcional da edição de leis extravagantes, e a relativização da completude monolítica do Código Civil: e esse panorama configura a segunda fase da evolução da teoria civil constitucional (*Idem, ibidem*).

O Código Civil passou a conviver com a vigência de novos institutos, surgidos da necessidade de regulação de situações mais específicas e detalhadas – exigindo precisão técnica, objeto definido, finalidade de especialização -, que importaram no reconhecimento de um direito especial, em paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil. Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções que exigem a maior preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito (NERY, 2006, p.06 et seq.).

Com o advento do movimento constitucionalista de construção do Estado Social, e as modernas preocupações com a parametrização do agir em sociedade de acordo com a ética da responsabilidade, os textos constitucionais passaram a definir princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: os institutos passaram a ser considerados de acordo com a função social. (*idem, ibidem*). A propriedade, os limites das atividades econômicas, da livre iniciativa, da organização da família, matérias d’antes típicas da disciplina civilística, passam a ser avaliadas e construídas também pela nova ordem pública constitucional. E não pode ser diferente com as temáticas relacionadas ao sexo.

A legislação espacial - avalizada pela Constituição - cumpriu papel de relevo para a mudança paradigmática da vocação do Código Civil, vez que alteraram sem cerimônia a estabilidade formal das normas civis, para garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado. Esse é o fundamento para

se reconhecer na evolução do direito privado a terceira fase: quando os estatutos ganham relevo.

Configura-se, assim, de um lado, o direito comum, disciplinado pelo Código que regula, sob a velha ótica subjetivista, as situações jurídicas em geral; e, de outro, o direito espacial, cada vez mais relevante e robusto, que retrata a intervenção do legislador em uma nova realidade econômica e política. A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limitam a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles como vocação universalizante. Em relação a esta terceira fase de aplicação do Código Civil, fala-se em uma “era dos estatutos”, para designar as novas características da legislação extravagante. (TEPEDINO, 2004, p. 08)

As características da especialização dos direitos são pautadas pela sistematização de uma técnica legislativa que vai além da finalidade estrita da regulação como medida de segurança de sustento em regras estáveis (GLUCK PAUL, 2006, p. 474 et seq.). Cuidam-se de leis que definem objetivos concretos, fixados nos valores de promoção das garantias e valores da ordem constitucional do Estado Social. Abre-se mão da técnica regulamentar, para a fixação de cláusulas gerais que permitam a interpretação das hipóteses de acordo com os valores axiológicos-normativos para a garantia das funções dos institutos tutelados. (*ibid*, p. 482)

Na esteira do texto constitucional, que impõe deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, define-se o escopo fundamental de promoção da realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. O legislador, nesse sentido, cada vez mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais, em observância aos verdadeiros valores humanos de dignidade.

Sob essa perspectiva de evolução da historicidade do direito privado que se afirma que o Direito Civil perde a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradora, no Código Civil de 1916.

A era da descodificação, e a conseqüente relativização do bloco monolítico do Código Civil, pela instituição de microssistemas – conjunto de normas com objeto específico, princípios, e tutelas individualizadas, que limitam

a abrangência do Código Civil - representaram uma grave ameaça de fragmentação do sistema dos direitos privados, por importar: “na convivência de universos jurídicos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão” (TEPEDINO, 2004, p. 12).

O cenário político criado era de indesejável instabilidade política, que contrariava o espírito na disciplina do novel texto constitucional. De modo que, reconhecendo a existência dos universos legislativos setoriais – a unidade do sistema passou a ser buscada no exercício de deslocamento dos valores axiológicos antes fixados na disciplina do Código Civil, para a referência inaugurada na Constituição da República. Além disso, o constituinte deliberadamente – através da definição de conteúdos principiológicos e normativos – interveio nas relações de direito privado. (*ibid*, p. 16 et seq.)

E é por todo o exposto, que se defendeu a mudança paradigmática sobre a atuação do intérprete do direito civil – sob uma perspectiva de realização da normativa constitucional. De primeiro, há de se considerar que a Constituição da República não é apenas uma Carta política de definição de programas sociais, afastada do contato com a realização do conteúdo descrito: destinada apenas a realização através da mediação do legislador. De segundo, não se pode considerar os princípios constitucionais como princípios gerais do direito, que se ocupam unicamente do papel unificador da disciplina do direito privado. Há de se admitir de forma afirmativa a hierarquia dos valores constitucionais no âmbito das relações privadas, inclusive. Com terceira prudência de retidão à realização dos direitos constitucionais, afirma-se que deve o intérprete desenvolver competência para a hermenêutica – para além da necessidade da regulação casuística – já que a técnica legislativa mais adequada ao cotejo com a disciplina constitucional é pautada pelo uso de cláusulas gerais. (NERY, 2006)

A metodologia de avaliação do fenômeno jurídico com base na perspectiva civil-constitucional faz presumir a necessidade de adequação e compatibilização da assimetria de sistemas normativos em vigência em determinado lugar e tempo. A doutrina teve fundamental desenvolvimento na Itália, quando a Constituição democrática, promulgada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, inaugurou o momento constitucional

de garantias individuais que colidia frontalmente com o Código Civil de 1942, promulgado durante no seio do regime ditatorial fascista (1922-1943) (CATALAN, 2011, p.81).

Na história civilista brasileira, a metodologia civil-constitucional ganha relevo quando partimos da consideração de que o atual Código Civil, instituído pela Lei 10.406 de janeiro de 2002, entrou em vigor em momento posterior ao marco constitucional de 1988. Há de se considerar que a novel codificação civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, iniciada em 1975, por impulso do então Presidente Ernesto Geisel – que submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão presidida por Miguel Reale, que na exposição de motivos da atual codificação privada elencou como premissas básicas: 1) a preservação do código Civil anterior; 2) a alteração principiológica do Direito Privado: buscando a nova codificação valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade; 3) firmar a orientação de somente inserir no Código Civil matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou que, por natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam a codificação privada; 4) valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais (essa tida como a principal diferença entre o Código Civil de 2002 e o seu antecessor) (TARTUCE, 2013, 46).

Sobre a sustentação principiológica da novel disciplina civilista: eticidade, socialidade e operabilidade, impõe-se maiores considerações.

A eticidade como um princípio visa ao rompimento com a primazia da técnica em prol do formalismo – herança da tradição romana -, procurando reconhecer a participação dos valores éticos advindos da hermenêutica constitucional, e sua irradiação para todo o direito privado: traçam-se com base no valor mais elevado de confiança na virtude do sujeito, padrões de interpretação, controle e integração da normatividade (*ibid*, p. 48 et seq.).

O princípio da eticidade obriga não apenas os sujeitos da relação jurídica a se comportarem com retidão, lealdade e em conformidade com valores éticos cristalizados no seio social (pelo que adquire aqui características de boa-fé e proporcionalidade, funcionando como um verdadeiro requisito dos negócios jurídicos), como também vincula o intérprete do direito a promover a concreção

jurídica com base nos mesmos valores éticos, suprindo lacunas, declinando da aplicação, ao caso concreto, de norma que não seja razoável e interpretando a lei com observância do conteúdo moral do direito.

Sobre o princípio da eticidade, sustenta Ana Carolina Lobo Gluck Paul:

O direito nasce de um dever ético para com o bem comum, com um compromisso não de se posicionar sempre a favor da moralidade, mas sim de negação e rejeição da imoralidade. É inexorável que a moral confere ao direito sua eticidade. A conjugação da inserção constitucional de princípios ético-jurídicos e a abertura do direito civil a estes novos paradigmas que rompem com a tecnocracia jurídica propiciaram o surgimento do princípio da eticidade no âmbito do direito privado, consagrado na novel codificação civil brasileira. Sua observância, pelo regime do Código Civil de 2002, é obrigatória em todas as relações jurídicas de direito privado, desde a formação até a execução, devendo também o juiz ponderá-lo diante de uma situação material. (GLUCK PAUL, 2006, p. 484)

A vocação de socialidade angulada no Código Civil de 2002, visa à superação do caráter individualista e egoísta que informavam a tutela do Código anterior. Através desse princípio ético se constrói a defesa da funcionalização dos institutos, que deixam o contato próprio com o voluntarismo do seu titular, para respeitar também os interesses coletivos.

Por derradeiro, a comissão elencou o princípio da operabilidade – que tem o sentido da simplicidade da construção normativa, para se facilitar a interpretação e aplicação dos institutos nele previstos. E de outro lado, tal princípio informa a exigência de que o Código Civil priorize a concretude, no sentido da efetividade – o que foi seguido pela adoção de cláusulas gerais (TARTUCE, 2013).

Sobre a adoção do sistema de cláusulas gerais como tecnologia legislativa do Código Civil, Flávio Tartuce sustenta que:

A adoção do sistema de cláusulas gerais pelo Código Civil em 2002 tem relação direta com a linha filosófica adotada por Miguel Reale na vastidão de sua obra. É notório que o jurista criou a sua própria *teoria do conhecimento e da essência jurídica*, a *ontognoseologia jurídica*, em que se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias: o *culturalismo jurídico* e a *teoria tridimensional do direito*. Vejamos de forma sintetizada: a) *Culturalismo jurídico (plano subjetivo)* – inspirado no trabalho de Carlos Cossio, Reale busca o enfoque jurídico no aspecto subjetivo, do aplicador do direito. Três palavras orientarão a aplicação e as decisões a serem tomadas: *Cultura, experiência e história*, que devem ser entendidas tanto do ponto de vista do julgador como no da sociedade, ou seja, do meio em que a decisão será adotada. b) *Teoria tridimensional do direito (plano objetivo)*: para Miguel Reale, direito é fato, valor e norma. Ensina o Mestre

que a sua teoria tridimensional do direito e do Estado vem sendo concebida desde 1940, distinguindo-se da demais teorias por ser “concreta e dinâmica”, eis que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo de fato e ao jurista a norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito). (TARTUCE, 2013, pp. 50-51)

Na perspectiva da ontognoseologia realeana, o jurista deve considerar o fenômeno sob uma abordagem multidisciplinar, envolvendo a técnica jurídica, a consideração sociológica dos fatos e a filosofia dos valores, já que o direito é operacionalizado por um sistema aberto e dinâmico, de livres interações.

Em se considerando todo o exposto, sobre o firmamento das bases éticas-normativas se um direito civil-constitucional, são polidas as palavras do Professor Paulo Luiz Netto Lôbo:

Se pudesse dizer em uma palavra qual o objetivo central do Direito Civil Constitucional, no momento em que vivemos hoje no Brasil, diria que é “humanismo”, ou seja, ter a possa humana como foco central da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil. Num plano mais próximo do nosso objeto: a afirmação das garantias de efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas. (LÔBO, 2015, p. 19)

Desse modo, fundada no reconhecimento dos padrões axiológico-normativos da ordem constitucional, a sistemática do Direito Privado observou uma viragem da técnica e dos fundamentos de finalidade: uma vez que a especialização das tutelas é referendada por um sistema aberto de preenchimento através dos filtros da eticidade, socialidade e operabilidade. Os direitos sexuais – nesse sentido – são conteúdos que integram as bases da tutela dos direitos da personalidade, quando da interpretação finalística de que o complexo conteúdo humano é digno de ampla tutela protetiva. A imagem, a honra, o nome, a garantia da vida privada e a defesa das expressões individuais são conteúdos da disciplina do Direito Civil, que inauguram a possibilidade de interpretação que veda as ações abusivas por parte de terceiros.

O Direito Civil se especializa para a tutela integral da pessoa humana em todas as suas potencialidades de expressão. Usa de uma tecnologia de abertura aos conflitos emergentes, tendo por filtro os limites da linguagem e dos usos sociais de adequação. As novas formas de interação social reclamam

constantes revisões e desafiam o intérprete na identificação das hipóteses de incidência, de abuso e de novos tipos de ilícitos.

Sexting, doxing e revenge porn são exemplos das hipóteses que preenchem o suporte fático dos direitos da personalidade de forma complexa, e desafiam os juízos de adequação do aplicador do direito, haja vista tratar de espécies novas da dinâmica social, de densificação normativa recente, e que operam nos limites das garantias individuais.

Nesse sentido, segue-se a revisão da estrutura do sistema de direitos e garantias operacionalizados pelo Direito Privado, pois esse é fundamental para a construção democrática dos direitos sexuais.

2.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A razão de lógica que sustenta a existência e operabilidade dos direitos sexuais no contexto do ordenamento jurídico brasileiro é a de que: há na eficácia horizontal dos direitos fundamentais o mecanismo que torna possível o Direito Civil Constitucional.

Considerando as lições de Jorge Reis Novais (2006), o jurista português parte da premissa maior de que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é inaceitável. A partir do seu amplo reconhecimento, pode-se afirmar que a distribuição da doutrina sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais observa quatro quadrantes de orientações: 1) a tese da recusa da eficácia (com necessárias reservas, inclui-se a doutrina americana da *state action*); 2) a tese da eficácia mediata ou indireta; 3) a tese dos deveres de proteção; 4) a tese da eficácia direta ou imediata. Neste último quadrante, Jorge Reis Novais faz referência ao trabalho de Daniel Sarmento – *Direitos fundamentais e relações privadas*. (apud, 2004) –, e de Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito*. (apud, 2005).

A eficácia mediata dos deveres de proteção, que considera que os direitos fundamentais se esgotam através da intervenção concretizadora do legislador ordinário, a interpretação das normas ordinárias em conformidade à Constituição e um preenchimento jusfundamental dos conceitos indeterminados

e cláusulas gerais típicos do direito civil (bons costumes, boa-fé, ordem pública), considerados como verdadeiros pontos de irrupção dos direitos fundamentais num mundo regido primariamente pelo Direito Privado (NOVAIS, 2006, p. 41 et seq.).

Já a tese dos deveres de proteção, parte do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerando assim que os direitos fundamentais têm conteúdos jurídico-objetivos e cujos efeitos se desenvolvem em várias direções. Por um lado, dessa dimensão objetiva resulta um efeito de irradiação dos direitos fundamentais a toda a ordem jurídica, efeito esse que, em grande medida, se realiza através das modalidades de eficácia propostas pela tese da eficácia mediata. Esta tese reafirma a responsabilidade primária que cabe ao legislador no cumprimento dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, mas complementa aqueles efeitos e estes deveres através de novas possibilidades de intervenção reconhecidas pelo poder judicial e que acresce, às que este já possuía no plano da interpretação das normas ordinárias em conformidade aos direitos fundamentais e no plano do preenchimento e densificação jusfundamentalmente orientados de conceitos indeterminados e cláusula gerais no Direito Privado. (*idem, ibidem*)

Considera-se que na ausência de uma lei ou de cláusula geral aplicável – ou, em situação extremas, até mesmo contra lei -, o juiz está igualmente obrigado pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais, pelo que, nas situações de claro déficit de proteção e de premente necessidade de o suprir, pode e deve intervir no sentido da proteção dos direitos fundamentais nas relações particulares. (NOVAIS, 2006, p.74).

Jorge Reis Novais sustenta que é precisamente nesta área – a da eventual eficácia dos direitos fundamentais quando não há lei ordinária que regule especificamente a situação controvertida ou quando o problema não é adequadamente resolúvel através da interpretação jusfundamentalmente conforme das cláusulas gerais – que se centra, hoje, o desacordo entre as várias teses em confronto. (*idem*, p. 82)

Ainda segundo o jurista português, as três teses dotadas de plausibilidade convergem na ideia de que o papel do legislador é fundamental: a ele cabe, em primeira instância, conformar a convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos, ponderando o interesse na realização dos

valores de liberdade com as exigências da autonomia privada no plano das relações formalmente paritárias e consideradas como relações entre iguais que livremente se autodeterminam.

Nesse sentido, as três teses convergiriam igualmente quanto à aceitação das modalidades menos contundentes de eficácia dos direitos fundamentais (realização através de lei ordinária, interpretação conforme à Constituição e densificação jusfundamentalmente orientada das cláusulas gerais). Convergiriam ainda, eventualmente, na ideia de que cabe ao juiz, designadamente ao constitucional, verificar, à luz dos parâmetros da constituição, se aquela posição feita pelo legislador é constitucionalmente aceitável. (NOVAIS, 2006)

No Brasil, parece prevalecer a tese da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, com arrimo no art. 5º, § 1º da CRFB. Para Daniel Sarmento, a referida aplicação é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas o Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, “presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa” (SARMENTO, 2004, p. 223).

De acordo com essa perspectiva, Flávio Tartuce reclama a adequação terminológica para a denominação da *lex Mater*, não mais se admitindo “Carta Política” para expressar sinonímia, posto que só se privilegiaria a eficácia vertical da Constituição. Diz ser mais adequado “Carta Fundamental”, pela prevalência da horizontalidade, pela subsunção direta às relações interprivadas, sem a necessidade de qualquer ponte infraconstitucional. (TARTUCE, 2013, p. 58)

Nesse contexto, os direitos sexuais são realidades jurídicas que operam sob a ótica dos direitos fundamentais, ao adentrar o manto das relações privadas; criando direitos, deveres e obrigações específicas para a realização da personalidade no sexo, para finalmente, preservar a funcionalidade dos arranjos sócio-jurídicos.

Fato é que há na aplicação direta dos direitos fundamentais densidade suficiente para a tutela dos direitos específicos da sexualidade, todavia: o caminho interpretativo de definição dos conjuntos das situações jurídicas é mais longo. A operacionalização das tutelas - na construção de instrumentos eficazes e eficientes para a defesa das vítimas, depende do diálogo das fontes de direito,

e da especialização do debate para o firmamento da finalidade de realização da justiça social, através do controle social pelo Direito.

2.2 O DIÁLOGO DAS FONTES E A UNICIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

A tese do Diálogo das Fontes foi desenvolvida por Erik Jayme, na Universidade de Heildberg, e apresentada em 1995 na cidade de Haia. Foi traduzida o português por Claudia Lima Marques, e ganhou repercussão na doutrina nacional nos estudos do Código do Consumidor, principalmente no ano de 2003.

De forma preliminar, tem-se que a teoria consiste na premissa de que as normas jurídicas não se excluem, mas, ao contrário, se complementam, é a ótica unitária do sistema jurídico. Nesse ponto, esclarece a Claudia Lima Marques que, o diálogo das fontes, no direito brasileiro, deve ser entendido como a aplicação, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, de origem internacional e nacional, que possuem campos de aplicação convergentes. (MARQUES, 2003, p. 71)

A primeira razão de adoção da teoria do diálogo das fontes cinge-se à sua funcionalidade, ante o contexto da complexidade inerente à modernidade. A grande existência de hipóteses normatizadas e diplomas especializados, faz presumir a ocorrência de circunstâncias em que mais de uma norma possa incidir no caso concreto. Assim, não se entendeu que os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas: hierárquico (*Lex superior derogat legi inferior*), cronológico (*Lex posteriori derogat legi priori*) e de especialização (*Lex specialis derogat legi generali*), em parte inseridos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, são mais suficientes, alertando o criador da tese em questão, que, diante desse novo cenário, não é mais possível esse modelo único de solução dos conflitos, devendo-se preservar a coerência do sistema. (MONTEIRO, 2014, p. 12)

A esse propósito, Claudia Lima Marques, demonstra três diálogos possíveis:

- a) Em havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o diálogo sistemático de coerência. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do

Código Civil mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC).

b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (diálogo de complementaridade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade). O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e ainda a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.

c) Os diálogos de influências recíprocas sistemáticas estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. Como afirma a própria Claudia Lima Marques, “é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)”. (TARTUCE, 2013, p. 61)

É através do diálogo das fontes e da integração promovida pela eficácia dos valores axiológicos-normativos da Constituição, que se reconhece a existência de um sistema unitário, em que há, na construção do Direito Civil Contemporâneo, o firmamento das bases interdisciplinares da avaliação das hipóteses. Tal tecnologia de pensamento jurídico é fundamental para a ampla compreensão de que os direitos sexuais são compostos por conteúdos de diversas áreas de especialização do Direito, por refletirem a preocupação de diferentes áreas do conhecimento.

O sexo pode ser tratado como uma questão de saúde pública, de realização dos planos da individualidade, de segurança pública, de comportamento virtual, da oferta de bens de consumo; importa ainda aos limites da expressão técnica, artística e visual; além de ter implicações na dinâmica do trabalho, e de diversos atos da vida civil que repercutem no mundo jurídico.

2.3 AS TUTELAS CIVIS DA INTIMIDADE SEXUAL

As premissas adotadas pelo chamado direito civil-constitucional, reafirmando – em síntese – o primado da Constituição diante da legislação ordinária, impõem o controle de validade de institutos jurídicos tradicionais do Direito Civil à luz do texto Constitucional, despatrimonializando o direito privado, com a consequente revalorização de situações existenciais diante das circunstâncias e situações patrimoniais, chegando-se mesmo a defender a prevalência daquelas sobre esta em casos de conflito, e a aplicabilidade direta

da normativa constitucional no âmbito das relações privadas (MORAES, 2010, pp. 13-18).

A partir dessa compreensão, busca-se analisar de forma sistematizada as formas de tutela reconhecidas pela ordem do Direito Civil brasileiro para os casos de violação, ofensa e vilipêndio da intimidade sexual dos sujeitos de direito.

2.3.1 Relação jurídica fundamental: O personalismo ético como fundamento ideológico do Código Civil

Imposição ontológica. A pessoa, com a sua dignidade, não é criatura do ordenamento jurídico. A dignidade humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem essa dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que, crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua própria personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem. Assim se funda a categoria dos direitos da personalidade. (ASCENSÃO, 1996, p. 71)

Com base nos apontamentos dos marcos do personalismo ético, na lição de Antonio Junqueira de Azevedo, afirma ter raízes nas ideias iluministas do século XVIII e especialmente na formulação de Kant, conforme é amplamente reconhecido na doutrina civilista alemã. O texto básico de Kant no tema é aquele que se encontra nos *“Fundamentos da Metafísica dos Costumes”*, em que o citado filósofo depois de dizer que os seres humanos são fins, e não meios, afirma que as pessoas têm dignidade, enquanto tudo o mais tem preço. (DE AZEVEDO, 2008, p. 115).

Faz-se a ressalva de que Hans Jonas aponta que as habituais considerações lógico-formais de Kant não são o pressuposto mais coerente para sua afirmação axiológicomaterial sobre o valor da pessoa humana. “Em todo caso, a orientação ética, centrada na pessoa humana, era já um fato próprio do Direito Civil desde as codificações do século XIX. Daí porque alguns autores como Miguel Reale escreveram que o Código Civil é a verdadeira Constituição do homem comum” (*idem, ibidem*).

Sobre o posicionamento do referencial ético na personalidade e a angulação de uma relação jurídica fundamental é a lição de Karl Larenz:

Se considera el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas en cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo límites de su actuación. (...) el personalismo ético atribuyese al hombre, precisamente pues es “persona” en sentido ético, un valor en sí mismo – no simplemente como medio para los fines de otros – y, en este sentido, una dignidad. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo de cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la “relación jurídica fundamental”, la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular. Los elementos esenciales de esta relación jurídica fundamental son el derecho (la pretensión justificada) y el deber, así como la reciprocidad de los derechos y deberes en las relaciones de las personas entre sí (LARENZ, 1978, pp. 44, ss)

Nos quadros da normatividade constitucional, examinou-se o dever de solidariedade como correlato ao princípio da igualdade e da equivalente dignidade social. Sob essa perspectiva, a relação jurídica fundamental seria fundamentada no dever de alteridade, de consideração mútua dos interesses dos envolvidos nas relações privadas, postulando assim um arrimo referencial que conceda a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de ser humano, e, além disso, a pretensão de ser posto em condições idôneas a cumprir as próprias inclinações pessoais assumindo a posição a estas correspondentes. (MELGARÉ, 2011, p. 12).

Esse conceito da relação jurídica fundamental é claramente aplicável em que todas as relações jurídicas, obrigacionais ou de qualquer ramo do direito. Os sujeitos devem manter conformidade ao *standard* trazido pela relação jurídica fundamental: *Juris Praecepta Sunt haec: Honestae Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*.¹⁷

¹⁷ “Tais são os preceitos do Direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”.

2.3.2 A Tutela da Confiança e a Responsabilidade por Atos Próprios.

No sistema das relações privadas, que é informado pelos preceitos das relações jurídicas fundamentais, a investigação dos deveres e obrigações de consideração mútua entre os agentes é ponto fundamental para a consolidação da disciplina dos direitos sexuais, haja vista que a confiança entre os parceiros é condição essencial para o respeito às diferenças e à dignidade dos envolvidos nas práticas do sexo. Nesse sentido, lança-se luz sobre a responsabilidade que se constrói através das edificações da confiança como valor normatizado para o Direito moderno.

A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica de justiça corretiva (meramente compensatória). O seu reconhecimento radica intimamente na indeclinável exigência do direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. “O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções afirmativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se prisma”. (FRADA, 2004, p. 901)

A jusfundamentalidade das situações jurídicas existenciais (expressão utilizada por Eduardo Rocha Dias [2015]), no contexto das relações privadas, pode ser entendida como a realização das garantias constitucionais no âmbito das relações mais íntimas. Assim, de fundamental relevo é a observância da solidariedade social para a definição dos padrões de condutas éticas, nas quais os sujeitos devem considerar reciprocamente a consequência de seus atos, em exercício de alteridade, visando à preservação das características e interesses da individualidade um em relação ao outro.

Numa reinterpretação global dos direitos, liberdades e garantias tradicionais à luz do novo princípio de socialidade, que se reflete numa dependência e vinculação social do seu exercício ou mesmo numa compreensão do seu conteúdo, determinadas pela necessidade de garantir as condições de liberdade de todos os homens. Esta vinculação social afetará particularmente aquela zona onde o “livre” e incondicionado desenvolvimento do homem abstrato pode redundar na dependência, dominação e desumanização dos homens concretos, ou seja, a zona das relações de produção e, especialmente, do direito de propriedade. À luz das novas exigências, este direito perde o caráter de medida suprema de todos os outros direitos, para

se integrar, subordinadamente, numa concepção de autonomia individual que decorre, não dos interesses econômicos particulares, mas da ideia de dignidade da pessoa humana tal como é entendida, em cada momento pela ‘consciência jurídica geral’ da comunidade. (NOVAIS, 2006, p.206)

Os direitos fundamentais são agora concebidos, não só como técnicas de defesa contra abusos e violações provenientes da autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas enquanto direitos oponível aos sujeitos das relações mais próximas (a ‘*drittwirkung*’). (NOVAIS, 2006, p. 206)

Nesse contexto, destaca-se a função da confiança como elemento fundamental que integra o conteúdo das relações civis patrimoniais, e, especificamente para o interesse do objeto dessa análise: do contexto dos arranjos não patrimoniais das relações humanas.

Historiando a proteção à confiança nas relações jurídicas civis, Guilherme Fernandes Neto destaca o mérito da contribuição da obra de Claus-Wilhelm Canaris – *A responsabilidade baseada na confiança no Direito Privado Alemão*, pelo fato de desenvolver o estudo da proteção à confiança, partindo da responsabilidade em razão da aparência jurídica.

Não se olvidou Canaris de analisar a tradicional concepção de *venire contra factum proprium*, ou da teoria dos atos próprios, culminando com uma teoria geral sobre a *haftung*, construída sobre diversos conceitos elaborados pelo citado autor [Canaris, ao construir a teoria geral da *Vertrauenshaftung*, parte de alguns conceitos básicos, v.g., *vertrauensgedanken* (concepção da confiança) e *vertrauensschutzes* (proteção à confiança) e analisa situações da aparência do direito, antes de adentrar nas hipóteses de *venire contra factum proprium*) e lançar os elementos para uma teoria geral da responsabilidade em função da confiança], devendo enfatizar as duas vertentes por ele analisadas no âmbito da concepção da proteção da confiança: *Rechtsscheinhaftung* (responsabilidade pela aparência) e a *Vertrauenshaftung* (responsabilidade em função da confiança). A concepção da confiança – diz Canaris em sua genialidade – tem condições de realizar de forma inédita os primados jurídicos-éticos. [...] A busca pela justiça por intermédio do direito deve partir da boa-fé objetiva, lastro das relações jurídicas obrigacionais e inspiradora da confiança. (FERNANDES NETO, 2004, p. 150)

As obrigações civis já não mais estão circunscritas ao velho brocardo latino *obligatio est iuris vinculum*, que deixou de responder aos anseios societário por uma relação jurídica ética, moralmente defensável e equilibrada: a obrigação começou a ser concebida como um processo, um “processo obrigacional”

(COUTO E SILVA, 2006, p. 97), que consiste em uma sucessão de atos negociais que devem ser praticados com base na confiança, e que não se extingue simplesmente com o adimplemento. Protege-se a confiança oriunda do comportamento durante todas as fases do processo obrigacional.

Diz-se que a atuação conforme a boa-fé objetiva cinge-se a ação conforme a confiança depositada pela contraparte, que cada vez mais se torna um elemento constitutivo importante para as relações jurídicas; a consideração recíproca dos melhores interesses das partes envolvidas no processo obrigacional (MARTINS-COSTA, 1992, p.149). Não é noutro sentido que assevera Cláudia Lima Marques que “a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação-ação organizada (*geordnetes Handeln*) do indivíduo”. (MARQUES, 2004, p. 31)

A atividade jurídica protege a confiança depositada na conduta esperada entre os indivíduos, no âmbito negocial ou não. Nesse quadrante, “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades”, nas palavras polidas de Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2004, p. 35).

Trata-se, em verdade, da efetivação da solidariedade social abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.

Cristiano Chaves de Farias afirma que a tutela da confiança na preservação do jusfundamentalidade das relações existenciais é o que diminui o valor dedicado à intenção (contemporânea do voluntarismo e individualismo que marcam os Códigos oitocentistas, inclusive influenciando o nosso Código Civil de 1916), ampliando-se o relevo do resultado – o que garante, em tese, maior justiça social e proteção da pessoa humana (DE FARIAS, 2011, pp. 11-12)

Compartilha do mesmo entendimento Anderson Schreiber, para quem a valorização da confiança põe em xeque as bases voluntaristas e individualistas do direito privado:

[A tutela da confiança] inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das

condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. (SCHREIBER, 2005, p. 89)

Assim sendo, as relações civis – e a ciência jurídica como um todo – encontram o seu fundamento de validade contemporâneo no proteger das expectativas justas e legítimas recíprocas existentes entre as pessoas.

Sobre a natureza da tutela da confiança como norma paradigmática de conteúdo ético-normativo, aduz Cristiano Chaves de Farias:

Especificamente nas relações entre particulares (tomadas em meio à natural complexidade do mundo contemporâneo), a tutela jurídica da confiança avulta, então, como única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Exatamente por isso, a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo deveres jurídicos (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s). (DE FARIAS, 2004, p. 16)

Ainda sobre a técnica aplicada ao conteúdo da confiança, tem-se que a proibição contida no brocardo *venire contra factum proprium* no âmbito das relações civis está umbilicalmente ligada à teoria do abuso do direito e à proteção da confiança, e assim ocorre quando em razão de um comportamento próprio, estimula-se a confiança, criando uma expectativa que poderá vir a ser ofendida mediante um ato abusivo. Esse é um importante limite ao fato da confiança, que gerou o desenvolvimento na doutrina alienígena da teoria do *estoppel*, retirando a responsabilidade da conduta daquele que age por força de indução.

Aproximando as teorias da proteção da confiança nas relações privadas aos casos de exposição da intimidade sexual do sujeito, tem-se a possibilidade de interpretação de um conteúdo obrigacional, além dos limites dos expressos pela lei, de acordo com as singularidades do caso, e do comportamento dos envolvidos. As balizas são dadas pelas expectativas legítimas geradas pelas ações dos sujeitos, e que tem em si, um limite de tolerância baseado na expressão do consentimento. Além dos limites da confiança e do exercício da liberdade, as ações passam a ser consideradas em seu nível de desproporção a classificar ou não a conduta como abusiva, e que suportam a aplicação das regras de reparação, restituição e compensação pelo dano causado.

2.3.3 Os Atos ilícitos Atípicos: o abuso de direito nas relações íntimas

Sobre a avaliação das condutas no âmbito do exercício da sexualidade, faz-se mister a revisão das disciplinas do abuso do direito e da responsabilidade advinda dos atos próprios, haja vista que as questões referentes ao sexo põem em via de colisão diferentes valores sociais e jurídicos, devendo o intérprete estar atento para a apuração da técnica, quando da análise dos fatos jurídicos.

A positivação do abuso no art. 187 do Código Civil abre caminho para que as mais distintas situações possam ser analisadas, de acordo com os seus parâmetros, criando assim um mecanismo eficiente de restrição a condutas que criariam limites e restrições à inerente função dos próprios institutos jurídicos.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não existe campo do estudo do Direito Civil que não seja impactado pelo abuso; por mais específicas que sejam as suas regras, o abuso serve para que cada exercício do direito seja prestigiado pelo ordenamento e receba assim o seu devido e correspondente efeito. (MOTA PINTO, 2005)

A análise realizada sobre o abuso na liberdade de expressão demonstra que mesmo um dos mais importantes direitos fundamentais pode ser exercido de forma abusiva. O desenvolvimento do abuso nessa seara constitui ferramenta essencial para se avaliar de forma mais segura (e, por consequência, cada vez menos subjetiva) eventuais danos causados às pessoas, por exposições íntimas sem consentimento, e dessa forma, preservar de modo mais amplo a liberdade de expressão; ao passo que sancionar o agente que, para além da sua função, exerce comportamento inadmissível e causa danos a outra pessoa. (SOUZA, 2013)

É preciso compreender como o abuso do direito possui uma vocação para antecipar as transformações do Direito Civil, funcionando como um instrumento de grande valia tanto para a doutrina, quanto para o magistrado, quando necessário se faz abordar uma situação na qual o exercício do direito precisa ser restringido e o ordenamento jurídico não oferece um dispositivo adequado para aquela solução. Dessa forma, o abuso sempre funcionou como

o elemento que oferecia meios para que o julgador “pudesse avançar sobre um comportamento que violasse interesses de ordem coletiva ou social, resultando em decisões geralmente inovadoras para a sua respectiva época” (DE SOUZA, 2013, p.148).

Ainda segundo Carlos Affonso Pereira de Souza, a própria aplicação dos princípios constitucionais aos casos concretos, sobretudo no que diz respeito às relações privadas, poderia fazer o papel de antecipar as transformações legislativas, oferecendo ao julgador ferramentas adequadas para solucionar um litígio novo que se apresentasse ao Poder Judiciário. A função antecipatória parece remeter a uma concepção de que a transformação definitiva do direito se dá através da mudança da legislação. Nesse ponto, como ferramenta posta à disposição do julgador para inovar com base nos critérios oferecidos pelo art. 187, o abuso se torna um instrumento útil para efetivamente restringir exercícios irregulares do direito. (*idem, ibidem*)

Cumpra aqui perceber que o efeito antecipatório do abuso precisa ser conjugado com a percepção de que a figura do abuso é uma ferramenta naturalmente adequada para a promoção da análise funcional do exercício dos direitos e, sendo assim, fazer valer os princípios constitucionais nas relações privadas. A doutrina do abuso constitui campo temático por excelência da aplicação dos princípios que regem o ordenamento jurídico, cuja observância se impõe em razão da necessidade de se garantir a unidade do sistema e, conseqüentemente, a realização da segurança jurídica.

Será, por conseguinte, à luz da tábua axiológica definida pela Constituição Federal que se determinarão os limites de atuação do titular do direito subjetivo, resolvendo-se os conflitos sob perspectiva do abuso de direito. (CARPENA, 2001, pp. 69-70).

Sobre a relação entre a doutrina do abuso de direito e a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, sustenta Carlos Affonso Pereira de Souza:

Ao afirmar que a metodologia civil-constitucional teria englobado o abuso e que a mesma disporia de uma metodologia mais efetiva para promover as transformações que o instituto sempre cuidou de antecipar, perde-se de vista como o abuso pode operar um efeito unificador, e até mesmo instrumental, de aplicação desses mesmos princípios. [...] Se os princípios constitucionais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, o abuso de direito

pode servir como condutor, ou o instrumento que facilita essa aplicação, remetendo ainda o exercício do direito aos parâmetros atendidos às finalidades econômicas ou sociais, aos costumes e à boa-fé, conforme previsto no art. 187 do Código Civil. Não se procura aqui restringir a aplicação de princípios constitucionais, submetendo a sua atuação, quando restringir o exercício de direitos por seus titulares, à infração de algum dos elementos constantes no art. 187. Isso seria subverter a própria essência da metodologia civil-constitucional. Porém a indicação de limites ao comportamento individual prevista no referido artigo pode sim ser utilizada para canalizar a aplicação de princípios constitucionais. Nesse ponto, o abuso do direito não está em crise, mas é reforçado quanto mais consistente e constante se torna a interpretação do Código Civil à luz da Constituição. (DE SOUZA, 2013, p. 148-149)

É importante assim perceber que o abuso de direito supera a suposta crise do direito sendo, para o Direito Civil contemporâneo, o instrumento por excelência de funcionalização dos direitos. Ao viabilizar a análise funcional, o abuso atua como forma de identificação e seleção dos valores que precisam ser preservados em determinado caso concreto.

Nesse sentido, o abuso de direito desempenha, seguindo a premissa do direito civil contemporâneo, pelo menos três funções de extrema relevância: a) a antecipação de transformações; b) a canalização da aplicação dos princípios constitucionais; e c) a observância dos padrões comportamentais típicos da boa-fé objetiva para todas as áreas de atuação do direito privado. (CARPENA, 2001)

Sobre os limites da hermenêutica do art. 187 do Código Civil e a tecnologia adotada, tem-se a constituição de um dispositivo fortemente influenciado por uma análise finalista dos direitos, uma vez que limita o seu exercício em nome de elementos de nítida carga teleológica e valorativa, como os fins econômicos e sociais, além de vincular o instituto do abuso ao desenvolvimento da boa-fé objetiva.

Carlos Affonso Pereira de Souza, historiando o contexto da alteração legislativa do anteprojeto do Código Civil de 2002, data o fato de que José Carlos Moreira Alves expressou o fato do ânimo de realizar mudanças fundamentais, que refletissem a concepção filosófica da nova codificação, “sem que fosse preciso acrescentar diversas normas novas”. Nesse sentido, o autor se revelou inspirado pela utilização das cláusulas gerais dadas a cabo pelo Código Civil português de 1966, podendo-se notar grande semelhança na redação do atual Código Civil com aquela apresentada pelo Código português para o tratamento do abuso do direito. (SOUZA, 2013, p. 79).

Nesse sentido, questiona-se: “A consagração legal do abuso de direito é necessária?”. Segundo Castanheira Neves, não precisa o abuso de direito, para valer, de qualquer prescrição positiva, uma vez ser um princípio normativo. E os princípios normativos, “como expressão que são da própria ideia do Direito”, como postulados axiológico-normativos do direito positivo, não tem de ser traduzidos em lei para vigorarem. (questão de facto, p 529; e lições, p 331 e ss.), mesmo sem esta construção, é um fato que as mais diversas jurisprudências e doutrinas perfilharam a doutrina do abuso independentemente da sua consagração legal – *maxime*, em fórmula geral.

Na visão de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, deve-se priorizar a conveniência de a lei prever o abuso de direito, ultrapassando-se assim as dúvidas quanto à sua aplicabilidade (ABREU, 1983, p. 49). O autor afirma a necessidade de regulamentação do conteúdo normativo-axiológico quando do cotejo das situações em que liberdades individuais e direitos subjetivos entram em conflito, sendo a decisão dos padrões da lei para a mediação, de fundamental importância para garantia democrática.

No mesmo sentido é a posição Fernando Augusto da Cunha Sá, na advocacia pela existência de um elemento axiológico-normativo na prerrogativa jurídica individual, relativamente ao qual o comportamento do sujeito deve referir-se, como critério delimitador da susceptibilidade do abuso do direito:

O que a investigação correlativa à delimitação da figura do abuso do direito veio essencialmente pôr em evidência, através do pensamento de diversos autores, é como nele se tem feito projetar, antes de mais, a qualificação formal que das prerrogativas privadas se adopte e como, em última análise, depende da substância que em cada uma delas se encontre a sua exclusão ou a inclusão na temática própria do ato abusivo. Dai que não possa abstrair-se do conteúdo que vai ligado a cada qualificação formal para ajuizar do mérito da afirmação ou negação correspondente. Mesmo quando se nos depara a indistinta aceitação da admissibilidade do abuso para o direito subjetivo, seja qual for a pedra de toque por que aquele vem entendido ou o antídoto que para ele se estabelece, não pode prescindir-se do entendimento que a esta qualificação é atribuído, nem do sentido que àquela aceitação é dado. Nomeadamente, convindo na fundamental proibição do ato abusivo em relação aos direitos subjetivos, o problema do seu alargamento às expectativas jurídicas não se porá sequer para quem entenda que se trata aí de verdadeiros e próprios direitos subjetivos, por elas serem afinal “situações jurídicas autônomas tuteladas”. Todavia, eu creio, como logo de início procurei mostrar, que a justeza da qualificação formal não é decisiva para efeitos da admissibilidade do abuso: trata-se de uma expectativa em sentido verdadeiro e próprio. Trate-se de uma expectativa em sentido verdadeiro e próprio, trate-se de um direito subjetivo, a prerrogativa privada que aí substancialmente se encontra em jogo será passível de um exercício ativo ou

negativo em contradição com o concreto valor que materialmente a funda.
(CUNHA SÁ, 1973, 587)

Ainda sobre a tecnologia da normativa do abuso do direito, o autor considera que a exclusão das liberdades do domínio de aplicabilidade do abuso de direito costuma ser fundamentada na oposição entre quantidade e qualidade: porque as liberdades seriam indefinidas, a questão que a respeito delas se coloca só poderia pertencer ao domínio da política legislativa; saber-se qual a quantidade do exercício permitido, em termos que dariam lugar à qualificação de ilicitude para a sua ultrapassagem, seria coisa bem diversa da valoração *qualitativa* que a figura do abuso implica. Todavia, mesmo prescindindo do que à concepção do abuso vem ligado, a asserção não pode sem mais ser aceita, pelo binômio liberdade – direito subjetivo. E não o será, nomeadamente, por quem entenda que a “liberdade é inerente a toda a espécie de direito subjetivo, como consequência da propriedade do domínio sobre o objeto do direito que a própria liberdade pode constituir o objeto de direitos subjetivos (direitos de liberdade: ir e vir, exprimir as suas opiniões, reunir-se, associar-se” (CUNHA SÁ, 1973, p.599); nem o será tão pouco por quem admita a existência de verdadeiros direitos subjetivos indefinidos, ao lado de direitos subjetivos definidos, sob pena de também ali enuclear apenas um problema de quantidade e não de qualidade.

Reconhecido que a todas as prerrogativas jurídicas individuais, quer sejam que não sejam de considerar como direitos subjetivos, acompanha inerente um valor que as funda e orienta a respectiva forma, tem de admitir-se logicamente a possibilidade de discrepância entre o concreto comportamento material do sujeito, que se arroga a titularidade do poder, da faculdade, da função ou da liberdade que diz exercer, não só com a respectiva estrutura qualificativa da norma jurídica que consagra e precisa prerrogativa em causa – e o problema será então a ilicitude ou de licitude (formal) – como também com aquele seu mesmo valor imanente – e agora o problema será já de abuso de direito.

Nem se consegue descobrir verdadeiramente que razão ponderosa levaria a exigir a contínua confrontação do comportamento do sujeito em termos de direito subjetivo com o valor que está nesse direito subjetivo, a explicar-lhe o ser e a fundamentá-lo permanentemente no domínio próprio da juridicidade e, ao mesmo tempo, a dispensaria automaticamente para todas as demais prerrogativas do sujeito, só porquê lhes não cabe aquela qualificação. Dito de

outro modo, a confrontação ao valor do comportamento material que se arroga determinada forma é sempre garantida pela mera existência dos dois termos de confronto (a atuação concreta e o fundamento axiológico-normativo da conduta), prescindindo completamente sob este aspecto de precisa determinação da firma em que o comportamento se estereotiparia.

Nas palavras de António Menezes Cordeiro sobre o exercício inadmissível de posições jurídicas:

Os direitos subjetivos são o sistema. Fazem parte dele, contribuindo estruturalmente para a sua composição. As exigências do sistema nos direitos subjetivos equivalem ao modo de ser dos próprios direitos em jogo. Temos, no fundo, uma síntese entre as orientações externas e internas, síntese essa que, ontologicamente, dá corpo aos próprios direitos. O sistema, por definição, tem no seu seio a ideia básica da permissividade dos direitos subjetivos e do nível significativo-ideológico que ela representa. Pois bem, no abuso haverá, sempre, uma consideração estrutural da liberdade básica do subjetivismo jurídico. Mas trata-se de uma liberdade conferida pelo sistema e, portanto, sempre impregnada dos valores básicos. (MENEZES CORDEIRO, 2011, 369)

No tratamento do abuso do direito, devemos manter claro e sempre presente que se trata de um instituto surgido em diversas manifestações periféricas para resolver problemas concretos. O abuso não deriva de considerações racionais de tipo central. E apenas após a consubstanciação de múltiplas hipóteses de exercício típico abusivo – da *exceptio doli* ao desequilíbrio no exercício – se colocou o tema de uma construção global consequente.

Ao contrário das modernas preocupações sobre o tema do abuso do direito, e do próprio estado da arte, observa-se que no Brasil, o Código Civil, ao positivar o abuso de direito no art. 187, parece não reconhecer a autonomia do instituto, vinculando o ato abusivo ao conceito de ilícito, previsto no dispositivo legal específico (art. 186). Essa opção vincula a aplicação da teoria do abuso do direito à prova do elemento de culpa na atuação do agente. (SOUZA, 2013, p. 80)

Institui-se uma exigência inerente à construção da ilicitude, e essa comprovação tem o potencial de se tornar um obstáculo para a verificação de práticas abusivas. A caracterização de um agir como abusivo deveria, de acordo com a teoria interna, ser independente de tergiversações sobre a culpa do agente, sendo apreciada de forma objetiva: dependendo, pois, unicamente da

verificação de desconformidade entre o modo de atuação do agente na situação jurídica e os valores perseguidos pelo ordenamento jurídico.

A aproximação das espécies de ato ilícito e abuso de direito põe em risco os limites estruturantes do ordenamento (limites lógico-formais), e consequentemente de elaborações de justaposição de institutos jurídicos, como é o caso dos direitos sexuais. Posto que no ato abusivo se tem a violação não à estrutura formal do direito, mas sim aos valores que o ordenamento jurídico busca alcançar com aquele determinado direito, poder ou liberdade.

Importa perceber, ademais, que há diferenças no enquadramento da responsabilidade civil derivada de atos ilícitos e de atos abusivos.

Quando se trata de atos ilícitos, o ordenamento jurídico pode prever hipóteses expressas em que da sua ocorrência não resulta o dever de indenizar. Existe dano sem dever de indenizar nos casos – por exemplo – de atos praticados em legítima defesa ou através do exercício regular de um direito. O dano somente é reparável quando decorre de um ato ilícito ou injusto e, nessas hipóteses, o ordenamento jurídico expressamente retira o componente de ilicitude, obstando a reparação.

Aplicando esta revisão da teoria do abuso de direito à espécie da exposição não consentida da intimidade sexual de outra pessoa, tem-se que diversas situações compõe o campo de análise das hipóteses de incidência de direitos da personalidade, de direitos subjetivos, garantias e liberdade; importando na retirada da precisão dos limites de aplicação da classificação de abusividade das condutas, em se considerando o alto grau de complexidade dos fatores que circunstanciam as ocorrências.

Há no desenvolvimento da arte, - no exame de aproximação desenvolvido no próximo capítulo -, a instituição de obrigações por força da lei, de informação dos princípios da boa-fé, no sentido de firmar o conteúdo axiológico-normativo, para a investigação da antijuridicidade, de mais aproximada do aplicador do direito, como proposta de facilitação e promoção da justiça social.

2.4 A TUTELA DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Como tutela de evidência para o exercício da liberdade sexual, os direitos da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro constituem os instrumentos de defesa e proteção das individualidades nos seios das relações privadas. A proteção específica do nome, da imagem, da honra, da liberdade de expressão, são arranjos normativos imprescindíveis para a realização dos direitos sexuais. Além das espécies, o gênero dos direitos da personalidade é por natureza a condição para o livre desenvolvimento das humanidades. Nesse sentido, lança-se a essa revisão da tutela geral da personalidade, seguindo-se adiante às espécies.

A categoria dos direitos da personalidade constitui-se em recente construção das elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX: compreendendo – sob essa denominação – os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. (TEPEDINO, 2004, p. 24) Há de se considerar que por muito se disputou – através do emprego de diversas correntes metodológicas - os conceitos pertinentes aos direitos da personalidade, sua natureza, as características, e a autonomia em relação aos direitos subjetivos. A própria existência autônoma dos direitos da personalidade foi desafiada pela representativa doutrina de Luis Cabral de Moncada na história da tradição luso-brasileira¹⁸.

A origem dessa discussão remonta o pensamento de que a proteção jurídica da personalidade não se revestia das características dos direitos subjetivos, limitando-se à reação do ordenamento contra a lesão, através dos mecanismos reconhecidos de reparação civil. A percepção do núcleo da personalidade se dava por meio do exame dos efeitos reflexos do direito objetivo, por meio dos quais se concediam proteção jurídica a determinadas (e fractais) expressões da personalidade. (*idem, ibidem*).

Todavia, não prevalecem na doutrina as teorias negativistas. É corrente o reconhecimento de que a personalidade deve ser considerada em dois aspectos: primeiramente, a condição que habilita o indivíduo a ser sujeito de

¹⁸ “Personalidade não é em si mesma um direito, é uma posição jurídica. É uma qualidade, uma posição fundamental do homem perante a ordem jurídica” (MONCADA, 1995, p. 250)

direito (elemento subjetivo das situações jurídicas); depois, a pessoa considerada objeto de proteção por meio da ordem jurídica (situação jurídica oponível *erga omnes*). (*idem*, p. 32)

Nesse sentido é a lição de Oliveira Ascensão, afirmando pretender-se uma noção de personalidade que ultrapassa a funcional suscetibilidade de direitos e obrigações (posição subjetiva numa relação jurídica). Se o direito subjetivo é a afetação de uma vantagem às finalidades de um sujeito, o direito de personalidade persegue essa finalidade. Quer sejam direitos naturais, como o direito à vida, quer sejam direitos positivamente condicionados, como o direito à imagem: é sempre uma posição de vantagem que é assegurada à pessoa. O titular não pode, salvo em aspectos periféricos, renunciar a essa vantagem. A existência do direito resulta da atribuição ao titular de meios de persecução do seu interesse. É diferente haver meras proibições genéricas de atos ofensivos da honra, da existência de direito subjetivo à honra. O titular pode agir na defesa dela; pode até recorrer a formas de autotutela. Por esse motivo: “a posição negativa dos direitos da personalidade está dominantemente abandonada” (ASCENSÃO, 1993, p. 145)

A celeuma parece mesmo superada pela estabilização da normativa constitucional do momento de 1988. A promulgação da Constituição Federal, art. 5º, X, “[s]ão invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, ao garantir a reparação dos danos morais, colmatou as lacunas sobre as teorias da personalidade, vez que constituiu a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção de violação dos direitos da personalidade.

Na história civilista brasileira, tem-se que o Código Civil brasileiro de 1916, em harmonia com as grandes codificações liberais e patrimonialistas, nada tratou dos direitos da personalidade, “sem embargo do conhecimento que os juristas deles tinham” (LÔBO, 2010, p. 141). Já Código Civil de 2002 dedicou um capítulo da parte geral aos direitos da personalidade, “selecionando aqueles que produzem efeitos mais agudos nas relações civis, a saber: direito à integridade física, (...), direito à identidade pessoal (...), direito à imagem; direito à honra; direito à vida privada”.

Nessa esteira, pode-se dizer dos direitos da personalidade e de sua natureza jurídica que são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. A constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para o delineamento das esferas de proteção do sujeito, haja vista que os direitos da personalidade são espécies do gênero direitos fundamentais.

Direitos da personalidade são um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa. O direito protege os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade. A violação pode ser por um ilícito criminal ou um fato ilícito civil. (MOTA PINTO, 2012, p. 207).

A determinação dos direitos da personalidade decorre da sua própria função, consiste na satisfação das necessidades próprias das pessoas, que estão a elas ligadas num nexó muito estreito, que poderia dizer orgânico, e identificam-se com os mais elevados entre todos os bens susceptíveis de senhorio jurídico. Assim, os bens da vida, da integridade física, da liberdade, apresentam-se de imediato como bens máximos, sem os quais os demais perdem todo o valor. (...) O objeto dos direitos da personalidade não é, portanto, exterior ao sujeito, diferentemente dos demais bens. Porém, esta não exterioridade não significa dizer que a pessoa e os bens da personalidade são idênticos, pois o modo de ser da pessoa não é a mesma coisa da pessoa em si, como sujeito de direito; do contrário, entenderíamos que a pessoa seria ao mesmo tempo sujeito e objeto de si própria, representando um *ius in se ipsum*. (BELTRÃO, 2014, p. 33)

A normativa dos direitos da personalidade inaugura uma nova forma de perceber o fenômeno jurídico, além das relações homem-objeto, que implicam necessariamente um uma lógica de expressão exterior da relação. A razão metodológica dos direitos da personalidade evidencia a categoria do 'ser', em detrimento da tradição dos direitos subjetivos vocacionados aos valores do 'ter'. É justamente essa viragem paradigmática que desafia a formulação das teorias civilistas modernas, posto que há necessariamente considerações de maior nível de abstração com o advento da complexidade das relações privadas modernas (*Idem. ibidem*).

Nesse sentido, os direitos da personalidade apenas traduzem, em termos descritivos, um núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecido: tendo em vista que a pessoa humana é bem mais rica, promovendo novos e variados meios dogmáticos para a defesa e requerendo círculos

alargados de influência para a sua realização. Todo o Direito privado passa a se ordenar nessa linha. (CORDEIRO, 1988).

Decerto o atual Código Civil concedeu aos direitos da personalidade uma parcial disciplina legislativa, tanto para os elementos que constituem sua estrutura, quanto em relação à enumeração dos direitos a que se refere. É certo que os direitos da personalidade são mais numerosos do que aqueles que o legislador do direito privado se preocupou em disciplinar, “sendo a indeterminação de sua extensão uma das causas que contribuíram o desacreditar a categoria por muitos estudiosos” (BELTRÃO, 2014, p. 38).

Poucos temas revelam maiores dificuldades conceituais quanto os direitos da personalidade. De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a essa pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina; de outro lado, a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nas quais se pretende enquadrá-las (TEPEDINO, 2004, p. 24)

Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de encontrar um mecanismo viável de ser tutelado pelo direito, quando da ocorrência de lesão, ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos. (LÔBO, 2010, p.141)

Forjado no entendimento da complexidade sobre os direitos da personalidade, Rabidranath Capelo de Sousa afirma que a identificação e a inventariação dos elementos da personalidade humana juscivilisticamente tutelada não pode prescindir da consideração do caráter unitário, complexo, integrado e dinâmico da personalidade humana. Ou seja, a personalidade é uma unidade físico-psíquica-ambiental que coordena e assume as suas funções e que é composta por uma grande multiplicidade e diversidade de elementos, internos e ambientais, que integradamente se fundem em um conjunto que os ultrapassa, os referencia e os projeta e que em si mesmo tem uma dinâmica própria. (SOUSA, 1995)

O que significa que, na maior parte das vezes, a identificação de um bem particular da personalidade reflete apenas o mais imediato de certo corte setorial da personalidade, exigindo a compreensão do caso concreto, normalmente, a

consideração de outros setores da personalidade interligados com aquele bem e, sobretudo, a referência à matriz unificante e englobante da personalidade humana em geral.

Afigura-se, de igual modo, que o inventário dos elementos componentes da personalidade humana juscivilisticamente tutelada não pode confinar-se à arquetipização de fórmulas jurídicas abstratas e apriorísticas, antes deve refletir o mais imediatamente possível, nos limites ditados pela unidade do sistema jurídico, a estrutura individualizada bipolar de cada personalidade humana, ou seja, o fato de esta co-envolver, para além de uma particular unidade somático-psíquica, uma singular unidade funcional “eu” – mundo (*idem, ibidem*).

Com efeito, há desde logo em cada personalidade humana uma organização somática-psíquica, cuja tutela encontra aliás tradução na ideia de “personalidade física”, organização essa que é composta não só por bens ou elementos constitutivos (vg. a vida, o corpo e o espírito), mas também por funções (função circulatória e a inteligência), por estados (a saúde, o prazer e a tranquilidade) e por forças, potencialidades e capacidades (os instintos, os sentimentos, a inteligência, o nível de educação, a vontade, a força de trabalho, a capacidade criadora, o poder de iniciativa). simplesmente e para além dessa unidade psico-somática, toda a personalidade humana é um ser com uma estrutura mais alargada, de teor relacional, sócio-ambientalmente inserida e que abarca dois polos interativos: o “eu” (enquanto conjunto de funções e potencialidades de cada indivíduo) e o mundo (tomado este, que de um ponto de vista psicológico interno, como objeto ou conteúdo sobre que incide a vida psíquica personalizada, quer ainda, no plano da atividade relacional, como o próprio conjunto das forças ambientais em que se situa cada indivíduo), tudo o que se encontra igualmente protegido na ideia de “personalidade moral”, de modo a abranger, nomeadamente, bens ou valores como a liberdade, a igualdade, a participação, a honra e a reserva. (SOUSA, 1995, p. 200)

Ademais, sustenta-se que a personalidade humana protegida constitui um objeto jurídico autônomo e diretamente tutelado. Com efeito, o homem tem uma autonomia ontológica que o distingue dos demais seres do universo, o que, desde logo, propicia, em boa medida, a distinção entre os direitos de personalidade e os direitos que a eles não umbilicalmente ligados.

Há de se reconhecer – todavia - zonas de fronteiras, cujos contornos são por vezes difíceis de definir. Não apenas porque a personalidade humana, enquanto unidade funcional “eu”-mundo, pressupõe um certo “espaço” ou “tempo” e um conjunto de condições ambientais para a sua sobrevivência e desenvolvimento, mas também porque há objetos fisicamente externos ao homem que constituem expressões pessoais de certas possibilidades humanas

que neles objetivaram valores muito individualizados, a ponto de tais objetos só serem plenamente compreensíveis enquanto ligados à personalidade que os criou. (SOUSA, 1995, p. 205)

Para Capelo de Sousa, o critério diferenciador da existência ou não, nestas faixas-limites, de mecanismos jurídicos articulados na ideia de direito geral de personalidade ou de direitos de personalidade estará em saber se, face à *ratio legis*, surge a própria personalidade humana na sua dimensão relacional. Ou seja, tais condições ambientais ou objetos externos não vem juridicamente pensados como escopos, em si mesmos, da tutela jurídica, mas apenas enquanto pressupostos, efeitos ou projeções da personalidade humana, entidade que permanece como centro e objeto imediato da proteção legal.

Oliveira Ascensão contraria a transposição para o direito português de um “direito geral de personalidade”, por influência do direito alemão, como feita por Capelo de Sousa (ASCENSÃO, 1993, pp.88 et seq.). Na sua opinião, a construção alemã ter-se-ia tornado necessária pelo caráter lacunoso do BGB em matéria de direitos da personalidade. Essa necessidade não existe no direito português (e por aproximação das razões ao direito brasileiro) e por isso, a transposição é desnecessária e sem justificação. Na construção de Oliveira Ascensão existe uma tipicidade de direitos de personalidade. Essa tipicidade não é fechada nem exaustiva, mas antes enunciativa, como um *numerus apertus*.

Na opinião de Pedro Manuel de Melo Pais de Vasconcelos, o direito subjetivo de personalidade tem unidade, e essa unidade decorre da unidade da pessoa e da sua dignidade. O titular do direito é uno e sua dignidade também o é. (VASCONCELOS, 2006, p. 22, et seq.). Não há lugar para uma separação, nem ontológica, nem pragmaticamente: e nesse paradigma se sustenta a tópica dos dogmas dos direitos da personalidade e a definição de suas características essenciais.

Desse modo, a natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inerentes e essenciais à realização da pessoa resultam em características essenciais: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade.

Logo, os arranjos conjunturais em que as práticas da vida civil – no seu âmbito privado ou público – irão colmatar os limites de proteção da personalidade: seja na definição de obrigações positivas, seja nas obrigações

negativas. E, evidentemente, que esse pressuposto é válido para a formatação dos direitos sexuais, em consideração à unidade dos sujeitos envolvidos. Sobre esses limites, traçamos maiores considerações.

2.4.1 As Características e os Limites dos Direitos da Personalidade

Cumpra pelo que já fora exposto anteriormente, sustentar que – como parte da disciplina dos direitos sexuais – os direitos da personalidade têm características próprias e limitações que merecem ser analisadas de uma forma mais detida.

O Código Civil, em seu art. 11, descreve como características dos direitos da personalidade: “[c]om exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sobre limitação voluntária”. As definições legais decorrem da razão normativa de se reconhecer a infungibilidade dos direitos ontológicos da pessoa humana.

Descreve-se ampliativamente as características dos direitos da personalidade de acordo com o magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo, listando as características: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade. (LÔBO, 2010, p. 144)

A intransmissibilidade refere-se à vedação da possibilidade de terceiro fazer uso dos direitos da personalidade em proveito próprio e sem autorização. A regra é excetuada pela Lei de Direitos Autorais – que permite o direito de arrendamento – como previsão expressa das possibilidades de cessão da projeção dos efeitos patrimoniais de aspectos individualizantes da personalidade. Não pode ainda a titularidade ser transferida para outra pessoa: por decorrência lógica de que não são objetos externos à pessoa, não podem ser disponíveis.

Veda-se também a renúncia a qualquer direito da personalidade, haja vista que tal conduta agrediria a sua inviolabilidade e “significaria renúncia a si mesmo”. Tampouco pode o Poder público desapropriar qualquer direito da personalidade, porque este não pode ser de domínio público ou coletivo. Por igual razão, são direitos que não podem ser objeto de execução ou penhora por ordem judicial, posto que isso importaria em subtração de parte essencial da pessoa, e implicaria no comprometimento de sua integridade existencial.

Relativamente à prescrição, dúvidas assomam em virtude da regra do art. 206 do Código Civil, que estabelece a prescrição em três anos da “pretensão de reparação civil”. O dano moral não se indeniza, mas a compensação pecuniária pode ser entendida como espécie do gênero reparação civil. Assim, prescreve em três anos a pretensão para reparação compensatória do dano moral que violou direitos da personalidade. Todavia, não se prescrevem as demais pretensões decorrentes da violação dos direitos da personalidade, que não têm natureza pecuniária. São imprescritíveis as pretensões relativas a fazer cessar violação ou para interdição preventiva, apesar de ultrapassados três anos, ou para obrigações de fazer. Os direitos da personalidade, por si mesmos, são inatingíveis pela prescrição. (LÔBO, 2010, p; 145).

Os direitos da personalidade são ditos direitos vitalícios, e, extinguem-se apenas com a morte do sujeito. Paulo Lôbo reconhece a possibilidade de transferência *post mortem*, de modo que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra ou à imagem do falecido – caso ocorra posteriormente ao falecimento (nos termos do art. 12, parágrafo único, do Código Civil)¹⁹. Todavia, não se pode alvitrar de sucessão de direitos da personalidade, como se fossem bens patrimoniais (LÔBO, 2010, p. 145). Desse modo, quem está legitimado à defesa não exerce direito próprio, mas direito em favor de terceiro. Os aspectos patrimoniais da pretensão podem sim repercutir na esfera de direitos dos legitimados por força da lei.

Adicione-se ao rol da classificação dos direitos da personalidade, por pertinência ao objeto de análise, a adjetivação distintiva das espécies entre inatos e adquiridos. Como inatos, podem ser elencados – a partir dos estudos da escola clássica do direito natural, o direito à vida, à integridade física, à saúde: direitos que emergem naturalmente quando a pessoa adquire personalidade jurídica, não sendo necessário para a sua existência qualquer outro pressuposto anterior.

Por outro lado, os direitos da personalidade também podem ser incorporados à esfera jurídica da pessoa a partir do surgimento do fato jurídico típico, tais como o direito ao nome, o direito às correspondências escritas, o direito à reprodução fotográfica da própria imagem, e quanto aos fatos relativos

¹⁹ Código Civil: Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

à privacidade, “que somente quando incorporados à pessoa passam a ser protegidos como direitos da personalidade”. Tais direitos são adquiridos, uma vez que, para o reconhecimento de sua existência, há a necessidade de que outros requisitos estejam presentes. Além da personalidade jurídica, considerada em si mesma, demais fatores que derivam das relações sociais. (BELTRÃO, 2014, p. 19).

Os direitos da personalidade são ainda chamados de direitos absolutos, em face do inerente caráter de oponibilidade universal (*erga omnes*), sem a necessidade de que se estabeleça uma relação jurídica direta – para fazer respeitar o direito da personalidade.

A tomar por referência os estudos sobre as classificações possíveis dos direitos da personalidade, o caráter absoluto reclama especial atenção por dialogicamente se relacionar com o caráter relativo do direito contratual: em razão da necessidade de conjugação com outras situações protegidas: há de se considerar, por conseguinte, os limites dos direitos da personalidade.

Dentro da estrutura normativa do nosso sistema jurídico, os direitos da personalidade integram-se com outras normas de conteúdo e estrutura diversa, os quais diante de uma complexidade de situações da vida real podem provocar colisões de direitos, que tornam o exercício dos direitos da personalidade incompatível e inconciliável com o exercício também possível de outro direito. (BELTRÃO, 2014, p. 20).

Dessarte, os direitos da personalidade podem ser limitados em razão das liberdades negociais, de seus limites intrínsecos e externos. Negócios jurídicos podem ser – em certos arranjos circunstanciais – fator legítimo de restrição dos direitos da personalidade, em razão dos acordos celebrados entre as partes, desde que não se incorra em ato contrário aos princípios de ordem pública, da lei e dos bons costumes. Tampouco pode se permitir que as limitações restrinjam a expressão, a ponto de desnaturalizar o conteúdo essencial do direito da personalidade. Em cada caso, deve ser tutelado o conteúdo axiológico-normativo da preservação da dignidade humana e do respeito ético da pessoa como atributo de uma cláusula geral.

Os limites advindos das atividades negociais não são interpretados como efeitos próprios de atos constitutivos, importando em renúncia ou abdicação de seu titular. Os atos negociais são típicos atos jurídicos unilaterais

que integram – apenas – a exclusão da ilicitude: importando em uma permissão ou tolerância para que determinado direito da personalidade seja violado ou exercido em nome de terceiro – desde que tudo seja feito, dentro dos parâmetros da lei. Dessa senda, ao titular do direito é permitida correspondente exploração remuneratória.

As permissões, conquanto bastantes para a constituição de tolerâncias, podem ser revogadas a qualquer momento, sob a condição de que a revogação observe o conjunto de obrigações de indenizar a confiança da parte *ex adversa*, e o que lhe restar de expectativas legítimas. Os limites negociais e a exigência de reparação dos atos revogatórios têm firme na interpretação do conjunto de valores éticos que compõe os riscos de exposição da pessoa, o encontro com o postulado da proporcionalidade para o julgamento das posições jurídicas dos envolvidos na relação jurídica. A primeira fronteira dos direitos da personalidade é importante, por conseguinte, para a definição do tratamento que faz jus o titular de um direito: se merece o tratamento da tutela de um direito da personalidade, ou se por ato unilateral ou negocial, o tratamento adequado passou a ser o da tutela de um direito pessoal.

A segunda fronteira é definida pelos limites impostos pela própria lei, que estabelece o conteúdo do direito da personalidade, como uma pré-delimitação do domínio de aplicação do respectivo direito (BELTRÃO, 2014, p. 24). Denota a limitação na lei a própria dinâmica do direito diante das relações sociais – e, portanto, a regra de ouro de que o exercício do direito deve observar e corresponder aos interesses e fins sociais agasalhados pela estrutura normativa em vigência.

Dessa forma, os limites do direito da personalidade passam a corresponder a finalidade de manutenção das instituições sociais, da ordem pública e da administração da justiça. As normas estruturantes limitam o alcance dos direitos de igual modo, como acontece quando o legislador decide por recortar a abrangência do direito em seção específica de sua definição e providências. Normas jurídicas com posições topográficas diversas também podem cumprir a função, sem que se possa fazer diferenciação material do contexto das limitações.

A terceira fronteira é traçada pela conjugação dos direitos da personalidade com outras situações existentes na vida real, que impõem limites

à expressão da liberdade autoritária do direito da personalidade, devendo o juiz determinar – em obediência ao postulado da proporcionalidade – qual direito há de sobressair, ou em que medida podem se justapor. São situações de colisão de direitos subjetivos lícitos – quando se anota a impossibilidade de exercício simultâneo e pacífico.

Diante da situação conflituosa, o intérprete deve considerar em amplitude os arranjos das circunstâncias de fato e de direito que situam as pretensões, considerando o conteúdo essencial e finalístico dos direitos em choque, emulando as consequências das limitações possíveis para a solução do dissídio.

Não se recomendando fórmulas preestabelecidas de solução de conflitos, por meio do emprego de regras artificiais de hierarquização de tipos. O caso concreto deve ser trazido ao quadro de bens e valores albergados pelo ornamento jurídico, em sua interpretação integrativa e sistemática.

2.4.2. Direito Geral da Personalidade e a Tipicidade em *Numerus Apertus*

Para a larga compreensão dos direitos da personalidade e a relação de pertinência aos direitos sexuais, além do reconhecimento de um direito geral da personalidade, a investigação dos adensamentos normativos da tópica das espécies reconhecidas é de fundamental importância para o rigor da técnica, e, como forma de melhoramento das hipóteses.

É saber que a disciplina da tutela geral da personalidade pode servir de como sustentação e garantia da autonomia da realização da justiça nos casos de exposição não consentida da intimidade sexual. Fornecendo pontos de partida e de chegada para aplicação das medidas protetivas, de reparação, restituição ou compensação dos danos suportados pelas vítimas.

Nesse sentido, tem-se que a teoria do direito geral da personalidade surge do reconhecimento da impossibilidade lógica e pragmática de se prever objetivamente todas as hipóteses de expressão, variáveis, lesões, ou limitação dos direitos da personalidade; e da necessidade de fato de que as situações atípicas não restassem desprotegidas.

Na maioria das vezes, afirma-se que os direitos da personalidade são típicos: fora das hipóteses expressamente previstas, ou pelo Código Civil, ou pelas leis especiais, ou pela Constituição, não existiriam outras. Limita-se, frequentemente, a mencionar o art. 6º Cód. Civ., sobre o direito ao nome e o art. 9º sobre a tutela do pseudônimo. Esta perspectiva exaure a relevância de tais direitos no aspecto patrimonial, no ressarcimento dos danos. (...) O art. 2º Const, é uma norma diretamente aplicável e exprime cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas. Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico, ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos da personalidade). (PERLINGIERI, 2002, pp. 154-155)

É de se reconhecer que a doutrina tradicional, no processo de reconhecimento dos direitos da personalidade, o faz de forma cautelosa, iniciando pela aceitação dos tipos legalmente previstos: “nada além deles” (LÔBO, 2010, p. 147). A orientação restritiva – da tipicidade fechada – decorre da concepção patrimonialista hegemônica das relações civis, e da analogia com o fenômeno jurídico da relação homem-objeto.

A doutrina majoritária, por outro lado, aceita a tipicidade aberta, em *numerus apertus*, afirmando tratar a Constituição e a legislação civil de enunciados que não esgotam as situações suscetíveis de reclamar a tutela jurídica à personalidade. Há também na constituição tipológica dos direitos da personalidade, além da redução de complexidade pela norma, a construção de tipos sociais, condensados por meio da compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, que reduzem os valores subjetivos da análise do intérprete.

Nas lições de Paulo Lôbo, implica afirmar que são tipos de direitos da personalidade: 1) os tipos exemplificativos previstos na Constituição e na legislação civil; 2) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com o princípio da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2010, p.150).

Aceitando por pressuposto válido a construção doutrinária da normativa dos direitos da personalidade em cláusula geral de *numerus apertus*, pode-se seguir a análise dos tipos gerais dos direitos da personalidade que guardam relação direta com o objeto dos direitos sexuais em exame, tem-se: o direito à identificação pessoal (nome e imagem), expressão (voz e escritos pessoais) e o direito geral à vida privada.

2.4.2.1 Da identificação do sujeito: direito ao nome e à imagem. Uma relação com o *doxing* e a defesa dos direitos sexuais.

Ao se analisar a teoria alemã das esferas, tem-se que a vida privada se constitui do limitado círculo da família, dos amigos, conhecidos, membros da vizinhança e colegas de trabalho ou outras atividades desenvolvidas, contrastando-se nesse sentido ao âmbito estritamente individual do segredo.

Nesse âmbito, a imagem e o nome servem de aspectos de identificação e individualização do sujeito, permitindo a sua função de agente social: o nome e a imagem não se contêm, portanto, no limitadíssimo círculo íntimo. A própria natureza das coisas os situa em domínio mais amplo, levando-os necessariamente ao campo da convivência diária.

A imagem e o nome são em verdade os mais seguros dados distintivos das pessoas: dão-lhes características próprias e inconfundíveis indispensáveis ao convívio social. Sobre a relação dos direitos da personalidade à vida privada, ao nome e à imagem é a lição de Milton Fernandes:

Mario Are realizou substancial estudo acerca da qualificação e da vida privada em que refere original colocação doutrinária: o direito à identidade pessoal se traduziria, substancialmente, em um princípio de ordem geral correspondente a um direito de extensão ampla a que a personalidade do sujeito não seja apresentada com seus elementos essenciais adulterados. Entendido em tão vasto significado, esse direito à intimidade pessoal se contraporá ao direito à intimidade, assegurando o primeiro a fidelidade da representação da pessoa e o segundo sua não representação. *Questo diritto all'identità personale, intenso in senso così ampio, si contrapporrebbe al diritto alla riservatezza personale, assicurando il primo la fedeltà della rappresentazione della persona ed il secondo la non rappresentazione di essa.* Logo a seguir o Autor discorda da teoria por constituir reflexo da tendência a distinguir e especificar posições subjetivas que podem melhor catalogar-se unitariamente no âmbito de um princípio mais vasto. Por outro motivo inexistente a contraposição indicada. O direito à intimidade não consiste apenas em não representar-se a pessoa. Seria esta uma solução simplista. Está, antes, em não revelar-se o sujeito sem a sua anuência e/ou em perspectiva falsa, a *false light* de William Prosser. Na segunda opção, confunde-se mesmo com o direito à qualificação. (FERNANDES, 1977, pp. 170-171)

Extraí-se: o direito à intimidade não consiste apenas em não se representar a pessoa. A espécie é mais abrangente. O direito à intimidade realiza-se com maior relevo em não se revelar o sujeito sem a sua anuência e,

ou, em perspectiva falsa, segundo a descrição da conduta ilícita pelo trabalho de vanguarda de William Dean Prosser²⁰. Em artigo publicado no ano de 1960, avaliando 50 casos que versavam sobre a invasão da privacidade, o professor americano defendeu em sete parágrafos a existência de uma espécie de conduta ilícita autônoma, que consistiria em expor o ofendido aos olhos do público em uma perspectiva falsa.²¹

Tal opinião permeou discussões na doutrina e impulsionou expressões dissidentes na história da jurisprudência norte-americana, pelo reconhecimento da espécie autônoma da *false light* como ofensa à vida privada, ou pela consideração da fórmula como suporte argumentativo para tipos mais abrangentes como o da difamação, da conduta intencional de se causar danos morais, apropriação indevida dos aspectos da personalidade, etc. (KELSO, 1992, p. 887)

A identificação do sujeito é tema de fundamental importância para o estudo das exposições íntimas não consentida e seus vieses de tutela. Assim, reconhecendo o duplo elemento comum dos referidos direitos à imagem e ao nome, força-se ao exame nessa seção da relação entre a identificação e o direito de estar só.

Pois é relevante a atenção lançada sobre o fato social de que as relações sexuais nas dinâmicas sociais modernas observam grande participação dos meios eletrônicos, e que muitas vezes a ofensa à intimidade sexual é acompanhada pelo fenômeno de *false light*, na medida em que o fato se torna público, ou supera níveis na escala da privacidade, quando da criação de

²⁰ "Citing some 50 cases in the space of three-and-one half pages, Dean Prosser created and gave lasting momentum to a new tort, which he dubbed "False Light in the Public Eye." Prior to Prosser's article, the words "false light" and "privacy" are not joined together in any reported American decisions. It is a testament to Prosser's influence (and to the influence of the American Law Institute) that the same search for decisions after Prosser's article was published uncovers some 378 state and 285 federal opinions containing both the phrase "false light" and the word "privacy." Judging by the numbers alone, false light privacy seems to be a juridically recognized cause of action". (KELSO, 1992, p. 778)

²¹ "By 1960, Prosser was widely recognized as one of the leading torts scholars in the country, and held the influential position of Reporter for the Restatement (Second) of Torts. Many believed that if Prosser said the cases stood for a particular proposition, then it must be true. Prosser's discussion of false light privacy is a perfect example of the influence which Prosser wielded by virtue of his own reputation. Citing some 50 cases in the course of a seven paragraph discussion, Prosser proclaimed that one type of tortious invasion of privacy "consists of publicity that places the plaintiff in a false light in the public eye." (KELSO, 1992, p780)

documentos que unem a imagem e a identidade dos sujeitos envolvidos: por muitas ocasiões com a intenção própria de se causar danos (*doxing*).

2.4.2.2 Do Direito ao Nome

Assim como a imagem, a denominação não se esgota no direito à vida privada. É certo, todavia, que o direito geral à intimidade tem o nome como uma de suas expressões: e a sua apropriação é uma das formas de atentado ao direito de estar só.

Teoria da propriedade, instituição de polícia, patrimônio moral da pessoa, direito da personalidade, todas essas são doutrinas que encontraram seguidores, e que, embora ainda se encontre divergências, confluem para a moderna tendência de se considerar o nome como um direito personalíssimo (FERNANDES, 1977, p.186).

Nessa trilha, o nome é aspecto estritamente inerente à pessoa que representa e individualiza em si mesma e nas suas ações (o que faz que a cada um sejam atribuídas as suas próprias ações). E mais, é por meio do sinal verbal em que consiste o nome, que se realiza o bem da intimidade. Através do nome, o ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal, e esta é um modo de ser moral da pessoa, “um bem pessoal que não contém em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica – o que chega a demonstrar que o nome é um direito da personalidade” (DE CUPIS, 1961, p.170)

Milton Fernandes vai além para defender o caráter personalíssimo do nome, buscando arrimo na doutrina dos Mazeaud e de Vilhena de Carvalho:

Henri, Léon e Jean Mazeaud declararam ser totalmente inútil, para a eficaz proteção do direito ao nome, assemelhá-lo falsamente à propriedade, como fez a jurisprudência francesa. Basta verificar que o direito ao nome é um dos direitos da personalidade. *Pour protéger très efficacement le droit au nom, il est parfaitement inutile de l'assimiler faussement au droit de propriété, comme le fait la jurisprudence. Il suffit de constater que le droit au nom est l'un des droits de la personnalité.* Não há ordenamento legal, diz Manuel Vilhena de Carvalho, que não reconheça, se não explícita, pelo menos implicitamente, como primeiro direito de toda pessoa humana, o de exigir a sua distinção dos demais, e facilmente se atinge o interesse e a importância a atribuir à distinção da personalidade, pois o direito, longe de ser mera construção fictícia, assenta no conceito de relação jurídica e pressupõe, como seus elementos integradores, pessoas determinadas. (FERNANDES, 1977, p. 186)

A disciplina do nome como matéria de interesse para a sistematização dos direitos civis só se desenvolveu durante a Idade Moderna, pois, outrora foi tratada de forma consuetudinária (*idem, ibidem*). No ordenamento jurídico brasileiro, seu desenvolvimento inicial se deu com sensível atraso e desatualização. Crítico do estado da arte sobre a matéria, Milton Fernandes evidencia tal fato expondo o pensamento de Clóvis Beviláqua para quem o nome não constituiria um bem jurídico, porque não seria coisa suscetível de apropriação.

[L]ogo após acrescenta que, no Direito Civil, o princípio da reparação do dano é suficiente para proteger todos os interesses que se prendam ao nome, não porque o uso dele seja um direito exclusivo, porém porque todas as ofensas causadas às pessoas devem ser reparadas, ou se reflitam na esfera econômica ou se reflitam à dignidade, à honra e aos interesses morais. (*ibid*, p.187)

Na disciplina atual do Código Civil, o nome ganhou proteção no rol dos direitos da personalidade:

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

E nesse sentido, se fala em função teleológica do nome. Não o visa em si, nem as vogais e consoantes que o compõem, mas o significado que assume com seu poder de identificação. José Oliveira Ascensão afirma nessa direção que o direito ao nome é imposto por um direito da personalidade, qual seja, direito à identidade pessoal, mas que seu desenvolvimento transcende já a própria tutela da personalidade. (ASCENSÃO, 1997, p. 102).

O poder de identificação é que individualiza a invasão da intimidade através do nome. Individualizando a pessoa física, este permite a quebra do recato. A concepção exposta exclui a possibilidade de se considerar a intromissão na vida íntima de uma pessoa pelo uso de nome fictício que, por simples acaso, designe pessoa viva ou morta. É nesse sentido que são

pertinentes os avisos de que “qualquer semelhança terá sido mera coincidência”, presente nas produções artísticas, obras de reprodução gráfica e vocação comercial.

A utilização abusiva do nome pode configurar várias espécies de ilicitudes, penais e civis. A honra, a integridade moral e até interesses patrimoniais são atingidos desta forma, ainda mais quando associado à própria imagem da pessoa, em situações que a expõe intimamente.

O uso indevido do nome da pessoa pode determinar a obrigação de reparação por danos morais, principalmente quando o seu uso é feito de forma difamatória, com a imputação de fato que incide na reprovação social. O direito ao nome é tutelado como direito da personalidade e deve ser objeto de defesa em caso de lesão. A indenização é prevista no art. 12 do Código Civil, quando se faculta o direito da pessoa ofendida em reclamar perdas e danos contra aquele que causar lesões ao direito de personalidade (BELTRÃO, 2014, p.180).

No fenômeno conhecido como *Doxing* associados à exposição íntima não consentida, a vítima da ação ofensiva tem seu nome e suas informações pessoais divulgadas, conjuntamente com a sua imagem, em recortes que a retratam em situações que deveriam restar protegidas por sua zona de recato: por ser a exposição ao público, em si, considerada indigna (*false light*).

Ante as possibilidades cada vez mais gravosas de ofensa ao bem jurídico da tutela ao nome e a intimidade, passa-se a considerar a possibilidade de tutela do direito à intimidade, através do fortalecimento das vias de proteção do direito personalíssimo ao próprio nome.

Aproxima-se a hipótese às evidências de que nos Estados Unidos as vítimas da pornografia de revanche buscam na tutela do nome o fortalecimento de aspectos de sua personalidade feridos pela ofensa ao seu complexo de direitos individuais. Segundo Mary Anne Franks, em pesquisa realizado pela *Cyber Civil Initiative*, com 1606 entrevistados, dos quais 361 eram vítimas da pornografia de revanche, evidenciou-se que: o material ofensivo contendo imagens sexualmente explícitas das vítimas continha em 59% (cinquenta e nove por cento) dos casos o nome completo das pessoas ofendidas; 3% (três por cento) das vítimas de pornografia de revanche mudaram seus nomes; enquanto 42% (quarenta e dois por cento) consideraram a possibilidade.

No Brasil, o nome como expressão da personalidade pode ser alterado livremente pelo titular, desde que o faça no primeiro ano de sua maioridade e não prejudique os apelidos de família.

LEI 6.015/1973

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

A alteração em períodos diversos dos previstos anteriormente é possível desde que atenda aos requisitos de excepcionalidade e motivação bastante para a chancela do Ministério Público e do poder judiciário.

LEI 6.015/1973

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Silvio Romero Beltrão destaca a excepcionalidade da medida como forma de proteção dos direitos de personalidade do titular do nome, colacionando julgado (STJ – RESP 220059 – SP – 2ª S. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU 12.2.2001 – p 92), em que se referendou a excepcionalidade para concessão do direito de alterar o próprio nome, como forma de reconhecimento da relação de família travada entre o solicitante e seu padrasto (BELTRÃO, 2014, p.179).

Desse modo, além da tutela reparatória da responsabilidade civil ou criminal advinda do uso abusivo do nome de outra pessoa, reconhece-se a possibilidade de sustentação ampliativa da tutela ao nome como forma de fortalecimento dos aspectos da personalidade enfraquecidos pela ofensa à intimidade.

Faz-se mister considerar ainda a proteção do nome na garantia do direito de ação das vítimas das exposições íntimas não consentida, garantido a defesa da intimidade também nos redutos das facilidades dos Órgãos de proteção e tutela dos direitos do ofendido. Considerar a tecnologia de preservação da identidade do demandante nos casos em que se reclama a defesa de aspectos

de sua própria personalidade é medida de ordem para a instrumentalidade da própria garantia do direito de reclamar uma tutela efetiva.

A Constituição garante, nesses termos, a restrição da publicidade para os casos de preservação da intimidade e do interesse social – arts. 5º, LX, e 93, IX. A exigência de que sejam públicos os atos e os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário consiste em um dos pilares do processo justo e democrático, sendo desaconselhável a sua restrição exceto em casos muito particulares nos quais se possa ter em jogo direito qualquer de maior envergadura, dentre aqueles previstos, a atrair a proteção do sistema jurídico. A exemplo das demais garantias do processo, a publicidade se contém em enunciado fundamental que expressa solene reconhecimento do direito à revelação popular dos atos realizados no processo (ALMADA, 2005, p. 92).

Sobre a possibilidade de restrição da garantia da publicidade, Roberto José Ferreira de Almada sustenta:

Na versão analítica concebida por Alexy para os direitos fundamentais, se por um lado os princípios que o contemplam expressam um enunciado normativo e qualifica pessoas e ações, por outro lado fazem surgir para os titulares do direito o poder (posição) de exercê-lo diante do Estado. A publicidade, então, é algo que se coloca à disposição dos jurisdicionados com o intuito de protegê-los da insegurança que possa advir de um processo secreto, conduzido a portas fechadas, sem a possibilidade de revelação e de controle; é também proteção difusa conferida ao público, que passa a perceber na jurisdição a feição democrática que lhe é inerente e sem a qual ela redundaria opaca e hermética, fora portanto dos padrões do Estado de Direito. Na condição de direito fundamental, é lição de Alexy tratar-se a publicidade, tal como acontece com outra garantia qualquer do processo, de uma “posição fundamental”, que a todos em geral afeta, e a ninguém em particular. Nessa medida, a garantia da publicidade expressa em um dever-ser que se contém no princípio fundamental correlato, sendo emanado de um mandado deôntico que, por ser assim, encerra proibição e permissão: a proibição de que se afaste o processo judicial da transparência prevista para os seus julgamentos e, ao mesmo tempo, a permissão de que seja restringida essa revelação pública nas hipóteses em que o interesse social e a intimidade possam justificá-lo. (ALMADA, 2005, pp. 93-94)

Exemplos de situações plausíveis e concretas de restrição à publicidade são aqueles em que a publicidade possa comprometer a instrução probatória, pondo em risco a busca da verdade real, ou a efetividade da tutela demandada, além do perigo de execração ou de escárnio público de uma ou ambas as partes, e até mesmo, em casos que representam atentado aos bons costumes e à moral.

A garantia recebe o tratamento infraconstitucional, considerando a lei e o tempo do regramento do Código de Processo Civil brasileiro de 1973²² e o Novo Código de Processo Civil²³:

Assim, o segredo de justiça que a Constituição Federal admite quando acolhe a publicidade restrita, e que o Código de Processo Civil prevê no art. 155 (correspondente no art.189 do novel CPC), diz respeito às pessoas do processo e aos fatos do processo que não podem ser revelados ao público em geral, ou seja, apenas as partes e os respectivos procuradores têm acesso aos fatos e fundamentos jurídicos que no processo se contêm.

O Código de Processo Civil não explicita a extensão do segredo, porém é de rigor distinguir entre o sigilo que se impõe sobre o conteúdo do processo e o segredo quanto à sua existência, que não tem qualquer razão de ser. Evidenciando-se que em si mesmo o sigilo garantido sobre os aspectos do processo em sua totalidade não é absoluto. O que o segredo de justiça protege, portanto, é o conteúdo dos processos abrangidos pelas hipóteses do art. 155,

²² LEI N° 5.869/1973:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

²³ LEI N°13.105/2015 (NCPC)

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

Art. 195. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

incisos I e II, do Código de Processo Civil, o qual também é relativamente excepcionado em seu parágrafo único, quanto ao direito que assiste a qualquer pessoa, que demonstrar interesse jurídico, de requerer certidões de certas peças dos processos que correm em segredo, disposição prevista também no art. 5º, inciso XXXIV, alínea 'b', da Constituição Federal.

A limitação do direito ao sigilo tem implicações de ordem prática: pois certos atos do processo, mesmo que sigiloso, devem necessariamente ser divulgados, na sede do juízo e pela imprensa, oficial e comum, no caso das citações por edital (art. 232, II e III), ou somente oficial, no caso das intimações aos advogados (arts. 236 e 237). Para praticar tais atos é inevitável revelar a existência do processo, embora com o cuidado de resguardar seu conteúdo.

A essa conclusão chegaram os magistrados brasileiros, reunidos em Congresso (1974), no qual foram aprovadas duas teses: uma quanto à publicação das intimações aos advogados, que o segredo não impede mas devem ser feitas com omissão de "quaisquer referências a questões de fato ou de direito discutidas na causa"; outra quanto à citação por edital, de que "não constarão as especificações da petição inicial a que se refere o art. 225, II". Como se observa, preservado o sigilo quanto ao conteúdo, a existência mesma do processo não é (nem pode ser objeto de segredo)". (BORCSIK, 2007)

Ademais, o Min. Cesar Peluso esclareceu que, no que diz respeito à preservação do direito à intimidade, os Códigos de Processo Civil (CPC) e Penal (CPP) preveem a possibilidade de decretação de segredo de justiça e, nesses casos, o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores.

De acordo com a Lei nº 12.527/2011, as restrições de acesso à informação são sempre temporárias e têm por limite o prazo máximo de 25 anos, quando envolve a segurança da sociedade ou do Estado; e de 100 anos, no caso de informações pessoais cuja divulgação atente contra a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Sobre a tecnologia adotada para a garantia de tais direitos, o padrão do estado da *legis artis* no Brasil é definido pelo procedimento adotado no Supremo Tribunal Federal. No STF, os processos judiciais, independentemente do meio de tramitação (físico ou eletrônico), dados cadastrais e movimentação processual são, em regra, disponíveis por meio do site do Tribunal (acompanhamento processual).

As restrições de acesso são determinadas a partir da classificação do processo em sistema informatizado como: público (não sujeito a qualquer restrição e acessível, portanto, a partes, advogados e ao público em geral), processo em que foi decretado segredo de justiça (acessível a partes e advogados na causa) e processo sigiloso/oculto, cujo acesso é restrito a usuários internos com perfil específico.

Via de regra, os processos que versam sobre a preservação do direito à intimidade são considerados como processos com segredo de justiça. Processos marcados como “segredo de justiça” contêm limitações para consulta pelo público externo. Os nomes das partes e de seus advogados são abreviados na autuação e assim permanecem nas publicações de despachos e decisões (no cabeçalho); peças e documentos processuais são restritos às partes e advogados. A movimentação processual, todavia, permanece visível, permitindo que o processo seja pesquisado por qualquer pessoa, a partir do número. Mas somente partes e advogados acessam a íntegra do processo digital e de peças eletrônicas de processos físicos, com base em certificado digital.

Sobre a atualidade e eficácia das ferramentas de anonimização dos autos por redução do nome das partes às suas iniciais, tem-se que a prática impõe risco de identificação das partes por meio do uso de estratégias de combinação das informações disponibilizadas (mesmo que fractais, apenas as iniciais dos envolvidos), por aqueles que detém o mínimo conhecimento circunstancial de ocasiões dos fatos do processo, ou ocasião da relação profissional do advogado em defesa de uma das partes.

Por exame de aproximação da experiência americana das recentes alterações legislativas sobre a questão específica das exposições íntimas não consentida, mais precisamente da atividade da legislatura do Estado da Califórnia (tema tratado em seção própria), passa-se a considerar o uso de pseudônimo para o exercício do direito de ação, como forma de proteger a intimidade do ofendido, forçando o reconhecimento de uma nova fronteira para o estado da arte na temática da garantia do segredo de justiça.

Além do contexto da defesa da publicidade dos atos do processo para o público em geral em casos de violação da intimidade, o uso do pseudônimo para a provocação da tutela protetiva do Estado tem por fundamento a percepção da medida em respeito ao direito terapêutico, na preocupação de transformar o

Direito em uma ferramenta de proteção da integridade da pessoa, inclusive perante as autoridades judiciais, os servidores da justiça e em todas as facilidades do aparelhamento da Justiça. O controle da exposição íntima no ambiente em que a vulnerabilidade do sujeito é investigada, os danos são revisitados e medidos, é possibilidade que desafia a construção de práticas jurídicas mais afins com a tutela integral da dignidade do ser humano.

Sob o ponto de vista técnico, a adoção de tal tecnologia se mostra possível quando consideramos que a mesma proteção ao nome é garantida ao pseudônimo, e o mesmo designa a pessoa, sem ser o seu nome civil. Serve para a caracterização do sujeito de forma artificial, ainda quando se componha de elementos do próprio nome. (BELTRÃO, 2014, p. 102).

2.4.2.3 Do Direito à Imagem

Historiando o desenvolvimento da sistematização do direito à imagem no Direito moderno, Milton Fernandes buscou na doutrina francesa a referência do caso *affaire Rachel*, de 1858, como marco fundamental para a teorização da espécie:

A pintura apenas esboçou o problema do direito à imagem. Por sua elaboração lenta e cheia de retoques, exige que o pintor obtenha consentimento do modelo, dificilmente podendo realizar-se sem ele. Já verificamos, ao narrar a formação histórica do direito à intimidade, que a sua proteção ocorreu pela primeira vez com o famoso *affaire Rachel*, em 1858. Desenhista solicitados a fazer a efígie da famosa atriz moribunda cederam cópia a terceiro que a colocou à venda. A fotografia, no entanto, é que deu importância prática ao direito à própria imagem. Não será outra razão por que este século [XX] está sendo denominado a civilização da imagem. Observa Mario Ricca-Barberis que o retrato instantâneo sobretudo foi decisivo. *Il problema del diritto all'immagine si presentò prepotentemente appunto col diffondersi della fotografia, e soprattutto con l'istantanea*. (FERNANDES, 1977, p.172)

A grande relevância do direito à imagem, de fato, foi alcançada pelo desenvolvimento tecnológico das câmeras fotográficas e das tecnologias de revelação de imagens de forma independente do serviço de terceiros, como a tecnologia desenvolvida na década de 70, pela Polaroid conhecida como “the swinger” (KREPS, 2010, 208). O acesso ao grande público a essas ferramentas, e as possibilidades econômicas da produção de fotografias, resultou em uma

maior quantidade de fotografias, e logo, de mais situações íntimas sendo retratadas.

O estado da arte moderno permite que o sujeito produza conteúdos de imagem a qualquer tempo, e por meio de dispositivos eletrônicos que estão em sua posse a maior parte do tempo. A tecnologia dos dispositivos de bolso garante ampla possibilidade de retratação da imagem, sendo anotados como comportamentos do homem inserido nos processos da aldeia digital: o compartilhamento de imagens de si mesmo (*selfies*), como forma de interação social nas redes de relacionamentos.

A exposição no ambiente social através do compartilhamento de imagens, vídeos e outras formas de expressão gráfica da pessoa é tema que importa ao direito à imagem, pois nem sempre a exposição observa o consentimento da pessoa retratada, ou vai além dos limites de sua tolerância de acesso aos conteúdos relativos à sua vida privada. A maior possibilidade de retratação das situações cotidianas é diretamente proporcional ao potencial lesivo da exposição, das formas como a ofensa é praticada, e à gravidade dos danos. Nesse sentido, faz-se mister o exame da definição do direito de imagem, das hipóteses de incidência e de não aplicação da norma.

O direito à imagem é previsto pelo art. 20 do Código Civil²⁴, que tem por objeto a tutela da figura, da representação, do retrato e da própria imagem da pessoa:

LEI Nº 10.406/2002

²⁴ ADIN 4815: Decisão Final: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo amicus curiae Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro - IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo amicus curiae INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. - Plenário, 10.06.2015. - Acórdão, DJ 01.02.2016.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

É digno de nota que os limites do que há de considerar como objeto do direito à imagem, que não se restringe ao retrato. “Em relacionamento de espécie e gênero, este é apenas um dos aspectos daquela, que inclui outras categorias” (MORAES, 1972, p. 64). Walter Moraes escreveu que a ideia de imagem não se limita à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreenderia também a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão constituiriam, nesse sentido, formas de representação integral da figura humana.

Segue a análise afirmando que existem doutrinadores que incluem no rol das modalidades figurativas para o direito os “retratos falados” e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade.

Na descrição de Walter Moraes, a imagem não seria apenas o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante. Os limites do direito à imagem abarcariam também partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, destacando-se o fato de que: “certas pessoas ficaram famosas por seus gestos, ou por partes de seu corpo” (1972, p. 65).

É afim a definição de Milton Fernandes, para quem a imagem abrange qualquer componente físico ou intelectual bastante para identificar a pessoa (1977, p. 173). Afirma ainda o autor ser a imagem um problema jurídico complexo. Não se exaurindo no direito à intimidade, irradiando-se, antes a providências como a defesa do direito autoral, como o realizador e a propriedade do *corpus mechanicum*. Com o apoio de Pugliese, observa ainda que a tese da intimidade decorre de uma insuficiente análise do bem tutelado; expondo ou publicando a imagem de pessoa alheia, não se viola tanto a sua intimidade, mas incide-se imediatamente sobre a sua personalidade; “quem, para um fim qualquer, lança mão da imagem, que da personalidade é a misteriosa e quase

divina emanção, utiliza, no fundo, a própria imagem, multiplicando, contra a sua vontade, a sua presença moral.” (*ibid*).

Segundo a disciplina mais atual do Código Civil, o direito à imagem é descrito por Silvio Romero Beltrão:

A imagem que se protege como direito da personalidade é aquela que pode ser reproduzida através de representações plásticas, compreendendo o direito que a pessoa tem de proibir a divulgação de seu retrato. A imagem é a figura, representação, semelhança ou aparência de uma pessoa ou coisa. Para o direito da personalidade, a imagem é entendida como a representação gráfica da figura humana, mediante procedimento de reprodução mecânica ou técnica. Juridicamente, é facultada exclusivamente à pessoa do interessado a difusão ou publicação de sua própria imagem e, com isso, também o seu direito de evitar sua reprodução, por se tratar de direito da personalidade. (BELTRÃO, 2014, p. 184)

Beltrão faz a distinção do significado de imagem para a construção do direito à imagem da pessoa, daquilo que se entende comumente por “bom nome”, conceito que se ostenta na sociedade. Afirma ser o objeto da tutela da imagem apenas a reprodução plástica da pessoa. Tendo a comum e compreensível confusão das figuras origem na fase de desenvolvimento do instituto quando se relacionava o direito de imagem à intimidade e à honra da pessoa. A individualização do direito de imagem e a configuração de sua autonomia própria implica no reconhecimento de suas fronteiras com o direito à honra e o conteúdo da integridade física. O bem imagem, nesses termos, “consiste na reserva ou preservação da reprodução física da pessoa, em face da defesa de sua intimidade ou honra ali envolvidos”. (BELTRÃO, 2014, pp. 184-185)

A finalidade do direito à imagem é a proteção da honra, da boa fama ou respeitabilidade do sujeito. Já se tratou da honra em seção específica. Por “boa fama” tem-se que a tutela é direcionada à fama como objeto de direito da personalidade, e não à fama como atributo da personalidade. Assim, quando esse aspecto da fama – como critério de identificação da pessoa – perde esse caráter (fazer alguém ser conhecido ou reconhecido por suas qualidades individuais, próprias) e se torna elemento a respeito de que se possam abrir questionamentos de ordem patrimonial (moral e material), pode-se identificar a fama como um dos aspectos da potência sensitiva da natureza humana

(autoestima) e, então, ter de inseri-la no contexto dos objetos chamados direitos de personalidade (NERY, 2014, p. 160).

Nesse sentido, é útil a diferenciação: quando o reconhecimento sociofamiliar dos méritos e deméritos de alguém, em todos os campos de atuação social da pessoa, emprestam critérios e dão eficácia a muitos institutos jurídicos civis (como o da responsabilidade civil por danos morais), que se servem desse atributo para medir, qualificar e dosar a existência dos danos à integridade moral de alguém, o intérprete se põe diante da análise da fama como objeto de direito de personalidade. Na terceira hipótese de tutela, a respeitabilidade compõe a previsão legislativa conferindo a abertura de adequação pelo intérprete aos mais diversos casos de ofensa, vez que o legislador fez uso de um termo corrente para definir o elemento. (FERNANDES, 1977)

Além de defesa do direito da personalidade, a norma se aplica em defesa dos interesses patrimoniais da pessoa retratada, vez que a imagem da pessoa não pode ser utilizada para fins comerciais sem sua prévia autorização. A norma, além da proteção direta, busca desincentivar o enriquecimento à custa da obtenção não autorizada de imagens.

Para a aplicação da norma, o STJ entende que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (STJ, Súmula nº 403).

Sobre os limites de aplicação da norma, tem-se que não se aplica a tutela da imagem quando: a) houver autorização – por força da lei, do consentimento da parte, ou por ausência da expectativa legítima de privacidade; b) quando for necessária a exposição para a administração da justiça, ou, c) à manutenção da ordem pública.

Nesses termos, para a utilização da imagem de outrem é necessária a autorização, sob pena dos princípios da prevenção e da reparação integral dos danos. Essa autorização, todavia, só é dispensada se a pessoa interessar à ordem pública ou à administração da justiça, pelos exatos termos da lei. Evidentemente, que por força das implicações da regra posta, o enquadramento da pessoa nessas categorias depende da apreciação pelo magistrado, caso a caso.

Há na constituição do art. 20 do Código Civil, a presença de cláusulas gerais em relação a aplicação os conceitos de “necessárias à administração da justiça” e “manutenção da ordem pública”, devendo o magistrado aplicar a norma, tendo como base os fatos e valores (sociais e próprios), segundo a doutrina da teoria tridimensional do direito.

Destaque-se ainda como fato sensível à construção na normatividade do art. 20 que não se incluiu no rol de limitantes à aplicação da norma, o fato do conflito com os direitos à informação e à liberdade de expressão, cujos conteúdos são protegidos expressamente pelo art 5º, IV, IX, e XIV, da Constituição Federal.

Não é noutro sentido que Flávio Tartuce diz haver na disciplina do direito à imagem uma restrição muito rígida às possibilidades de expressão, importando em privilégio excessivo à vontade do retratado. (TARTUCE, 2014, p. 107). O autor evidencia a relevância de sua posição rememorando o entendimento enunciado na IV Jornada de Direito Civil:

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL:

Enunciado nº 279 CJF/STJ:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Colacione-se em corroboração o mesmo sentido do Enunciado do CEJ/STJ de nº 139: “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

Nessa esteira, seguindo a lição dos enunciados doutrinários, reconhece-se a preocupação em se desenvolver a prudência geral na análise das questões envolvendo a divulgação da imagem de determinadas pessoas, sendo imperiosa a ponderação dos direitos protegidos no caso concreto. O interesse público na divulgação, é assim considerado como critério de peso para a ponderação dos limites do direito de imagem, reconhecendo-se, assim, uma “função social da imagem” (TARTUCE, 2014, p. 108).

A disciplina encontrou referenda também pelo STJ (Informativo n. 396), onde se determinou que “Para a solução do conflito, cabe ao Legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora”. (STJ, REsp 984.803-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009).

Ainda sobre os limites da aplicabilidade do direito à imagem, aduz Silvio Romero Beltrão que sobre as limitações voluntárias do direito à imagem, surge uma questão que gera bastante polêmica que diz respeito à utilização autorizada da imagem com a finalidade de exploração da pornografia. O autor traça um paralelo com a doutrina portuguesa que limita a voluntariedade da exposição da personalidade aos princípios de ordem pública. No Brasil, afirma haver a necessidade de uma lei específica que autorize esse tipo de exposição voluntária, por estar a regra geral alinhada a não violação do bom costume:

Como a legislação brasileira não tem considerado ilegais as revistas e filmes pornográficos, não havendo capitulação como crime, e em face da sua existência está limitada a algumas regras que impedem o acesso as pessoas menores, bem como a exposição pública involuntária de seu conteúdo, ou seja, somente aquelas pessoas que têm interesse e que possuam capacidade têm acesso ao conteúdo pornográfico, não há sua tipificação como ofensiva ao bom costume. Enfim, as circunstâncias em que são exibidas as imagens são relevantes para determinar a licitude ou não da conduta. (BELTRÃO, 2014, p. 188).

Pode-se afirmar que o direito à imagem, via de regra, sofre as mesmas limitações do direito à vida privada, de acordo com a definição das situações do sujeito entre as esferas do público e do privado. E o exercício dessa ponderação é direcionado pela doutrina de Anderson Schreiber, segundo a qual para a verificação do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser levados em consideração: a) o grau de consciência do retratado em relação a possibilidade de captação de sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída; b) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; c) a amplitude da exposição do retratado; e d) a natureza do grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação. (SCHREIBER, 2011, p. 103).

Por todo o exposto, em se havendo prejuízo a dignidade humana, serão aplicados os princípios da prevenção e da reparação integral dos direitos da personalidade, segundo a previsão do art. 12 do Código Civil, aplicado em combinação.

I JORNADA DE DIREITO CIVIL STJ

Enunciado nº 05 CJF/STJ: 1. As disposições do CC 12 têm caráter geral e aplicando-se inclusive às situações previstas no CC 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas. 2. As disposições do CC 20 têm a finalidade específica de regradar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no CC 12.

Ademais, há de analisar a tutela específica do art. 20 concedida à proteção dos escritos pessoais, e à transmissão da palavra (incluindo-se a voz) para os casos de exposição íntima não consentida. A regra geral é fixada na presunção de que os conteúdos compartilhados dessa forma devem ser guardados pelo segredo – mesmo que não contenham elementos confidenciais, caso os termos utilizados pelo autor não deixem transparecer interesse em sua divulgação (BELTRÃO, 2014, p.192).

2.4.2.4 Da Expressão Íntima por Meio de Escritos Pessoais e da Voz

Há de se destacar que conjuntamente com a imagem, as expressões verbais (voz), ou da exposição de mensagens escritas de conteúdo íntimo têm elevado grau de potência para gerar ofensas à intimidade sexual dos sujeitos. O relacionamento íntimo da modernidade tem um fator de grande relevo, que consiste na virtualização das comunicações, e a consequente relativização do tempo, e logo do contexto em que são produzidas.

A disciplina analisada deve, portanto, ser pautada pela prudência da prevenção e reparação de danos advindos dos novos riscos do desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação.

Apresentam-se como práticas normalizadas nas relações íntimas, o uso de aplicativos móveis para a troca instantânea de mensagens de texto. Quando tem conteúdo da expressão da sexualidade dos agentes da comunicação, a prática é denominada de *sexting*, e, por expor informações do mais alto grau de intimidade do remetente, tais mensagens não devem ser compartilhadas pelo destinatário sem a anuência do remetente.

Deve-se ficar atento ao contexto social em que os conteúdos íntimos são produzidos e divulgados, pois há presunção de que a imagem, a voz e os escritos

peçoais devam ficar contidos na esfera privada do sujeito se justifica pela potencialidade dos danos à honra, à reputação ou a respeitabilidade da pessoa envolvida.

A tutela protetiva é interpretada, assim de forma extensiva.

Ademais, é normal – no contexto das dinâmicas sociais comunicativas - o envio de mensagens de áudio, em substituição a exigência do imediatismo das ligações telefônicas, configurando nova forma de interação, e importando na possibilidade de criação de arquivos extensos de conteúdos dessa natureza. Assim, a voz da pessoa também é emanção de sua personalidade, não podendo ser utilizada de forma que venha a prejudicar a sua honra, ou até mesmo para fins comerciais, sem autorização do próprio titular.

A presunção de que, na ausência de autorização expressa pela pessoa retratada ou remetente de comunicação íntima, o conteúdo deva permanecer na esfera privada, e na imposição da interpretação extensiva do art. 20 do Código Civil e seu viés de promoção da prevenção de danos à pessoa, exige a consideração das figuras fundamentais da tutela da confiança e do abuso do direito para a investigação do fenômeno jurídico, em casos de exposição da intimidade sexual sem o consentimento da pessoa retratada.

2.4.2.5 Da Vida Privada

De forma mais ampla, a liberdade sexual pode ser posicionada justamente no contexto dos atos e fatos da vida privada, já que importa falar em truísmo que a sexualidade humana é desenvolvida no âmbito da intimidade dos locais privados; representando excentricidade as realizações em público.

Desse modo, a tutela da vida privada é um elemento essencial para o desenvolvimento das teorias e práticas dos direitos sexuais: razão pela qual se propõe a seguinte revisão.

Na década de 1970, Milton Fernandes historiou a construção do conceitual do que hoje entendemos largamente como direito à vida privada, identificando além das origens etimológicas do termo “privacidade”, as bases de referência do desenvolvimento da disciplina:

O direito à intimidade tem sido também denominado, por escritores brasileiros e portugueses, direito ao resguardo, ao recato, ao segredo, à vida ou esfera privada ou íntima. Jornais, revistas e mesmo estudos técnicos estão também empregando o neologismo privacidade, que nos parece aceitável e ainda não registrado pelos dicionários. Sua origem é *privacy*. Por nos parecer correta sua formação usá-lo-emos a partir de agora. Estados Unidos e Inglaterra utilizam com maior frequência *right of privacy*, *right to privacy*, *the right to be let alone*, *private life* e, às vezes, *intimacy*. [...] Notadamente a partir da década de 60, o tema se inseriu na preocupação dos civilistas de todas essas línguas. A França, mestra de cerimônias do mundo, modificou, no início da atual [1970], o art. 9.º do Código Napoleão, para determinar que *chacun a droit au respect de sa vie privée*. Outros países, como verificaremos no estudo da legislação comparada, seguem-lhe o exemplo. O mundo contemporâneo está preocupado com o problema da intimidade (FERNANDES, 1977, p. 55)

Ainda, o estudo da construção de conceitos é de alta importância para o entendimento fundamental das locuções “vida privada” e “vida pública”:

Explica Francesco Carnelutti que *público* deriva provavelmente de *povo*, mencionando autores que se reportam à forma arcaica *poplicus*, que aparece em Plauto e em Cícero; o vocábulo alude ainda a reunião de pessoas. *Privado*, contrário de público, exprime ao invés a ideia de separação; *privus* significa, por isto, ainda *singulus* ou *singularis*; privado é o homem enquanto se separa dos outros; privar quer dizer exatamente separar alguma coisa de alguém. (CARNELUTTI, *Apud. Ibid.*, 56).

Nesse sentido, pode-se dizer que vida pública é a vida social do homem, aquela que o põe normalmente em contato com outras pessoas, a vida exterior. Do contrário, a vida privada seria aquela vida interior, na qual o sujeito desenvolve seus laços de família, sua espiritualidade, aquela que leva quando “vê atrás de si a porta fechada” (MARTIN, 2003, p. 230).

Há de se considerar que a expressão conceitual analisada, embora ajude na diferenciação, não a estabelece com nitidez. A própria imprecisão da linguagem, a porosidade dos termos utilizados, implicam em possibilidades de equívoco. Nos tempos mais atuais, a vida profissional, por exemplo, desenvolve-se em uma zona de limite entre as duas esferas representadas pelo conceito, dividindo a opinião de doutrinadores sobre a sua topografia. Fernandes aponta como fato da imprecisão do termo a classificação da vida profissional como pertencente à esfera da vida pública na construção da doutrina francesa, enquanto que, Heinrich Hubmann, tendo por arrimo a jurisprudência do Supremo Tribunal de seu país, afirmou ter a mesma natureza de vida privada, não

recebendo, todavia, a mesma proteção típica dos assuntos domésticos e familiares. (FERNANDES, 1977, p. 57).

Os conceitos da vida pública e privada são sensíveis ao tempo e ao espaço, conforme demonstra a evidência o magistério de Milton Fernandes:

[Em 1972] A UNESCO encomendou a juristas de 10 países – México, Venezuela, Argentina, Brasil, Alemanha Ocidental, Suécia, França, Suíça, Estados Unidos e Inglaterra – um estudo a respeito da proteção da vida privada nas respectivas nações. Ao divulga-lo, concluiu que o conteúdo desta vida privada, o domínio da intimidade, variam de uma para outra pessoa, de um para outro grupo, de uma para outra sociedade, modificando-se também em função das idades, tradições e culturas diferentes. Mas seu âmbito é variável, a aspiração da vida privada é universal. *Mais si le domaine de la vie privée peut varier, le désir d'avoir une vie privée est universel.* (FERNANDES, 1977, p. 59).

A vida privada é notadamente uma noção difícil de se definir, vez que ela é concernente a qualquer coisa essencialmente subjetiva.²⁵ Há um risco claro na definição jurídica de seu conteúdo, enunciado por Milton Fernandes - na seção “Monte de feno no ciclone” (trad. *Haystack in a hurricane*), de sua obra “Tutela civil da intimidade” (1977) - de que raros institutos jurídicos terão evidenciado tão cabalmente quanto a intimidade o acerto do velho adágio *omnis definitio in jure civile periculosa est*. O acerto da afirmativa parece evidente.

2.4.2.5.1 A Teoria das Esferas da Privacidade e dos Círculos Concêntricos

Diante as imprecisões técnicas de limitação dos espaços entre a vida pública e a privada, e as discussões sobre a possibilidade de limitação da abrangência do conteúdo da vida privada de acordo com as condições dos atributos da personalidade (fama, pessoas notórias), desenvolveu-se na Alemanha a teoria das esferas da privacidade.

Paulo José da Costa Jr., na defesa de sua tese – O direito de estar só: a tutela penal da intimidade – no concurso para a cátedra de Direito Penal da Universidade de São Paulo, descreveu a teoria, sob a perspectiva da doutrina de Henkel e Hubmann. Em correspondência com a sua natural divisão em ser

²⁵ *La vie privée est forcément une notion difficile à définir, car elle concerne quelque chose d'essentiellement subjectif*; (UNESCO, 1972) (tradução livre)

individual e ser social, o homem vive como personalidade em esferas diferentes: numa esfera individual e numa esfera privada. O homem em sua complexidade existencial procura satisfazer a dois interesses fundamentais: como indivíduo, ao interesse a uma livre existência; como partícipe do consórcio humano, ao interesse a um livre desenvolvimento na vida de relação. (DA COSTA Jr., 2007, 29).

Acrescenta o Professor Costa Jr. que enquanto os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem para a preservação da personalidade dentro da vida pública, na proteção da vida privada cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário a seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior. Estabelece-se, destarte, a diferença entre a esfera individual (proteção à honra) e a esfera privada (proteção contra a indiscrição).

Na sistematização do estudo sobre o desenvolvimento das teorias alemãs da intimidade, Milton Fernandes destaca a contribuição de Hans-Heinrich Maass, que adicionou a complexidade da esfera do segredo à teoria alemã das esferas. Maass estabeleceu - por apropriação dos conhecimentos sociológicos sobre a privacidade – a seguinte escala: esfera íntima – esfera própria – esfera de confiança – esfera privada – esfera social – esfera pública. (*apud*, FERNANDES, 1977, p. 66).

O próprio autor reconhece que a excessiva pormenorização das categorias dificulta o desenvolvimento do escalonamento legal das hipóteses, motivo pelo qual a abstração para a concentração das mesmas nos grupos da esfera íntima e esfera privada é motivo de ordem prática para a instrumentalidade jurídica.

A simplificação das categorias, fez-se do reconhecimento amplo da doutrina especializada da existência de três esferas distintas: a individual ou íntima, a esfera da confiança e a esfera privada. A sistematização deste conhecimento é amplamente chamado de teoria dos círculos concêntricos da vida privada; teoria em que se sustenta a relação de que a partir da esfera do individual, o aumento dos raios é inversamente proporcional à intimidade.

Desenvolvida na Alemanha, a teoria recebeu ampla acolhida e contribuições na Itália. Adriano de Cupis, afirmou que o direito ao segredo constitui um aspecto particular do direito à privacidade. Certas manifestações da

pessoa se destinariam a permanecer completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, dito de outro modo, secretas; não seria apenas ilícito divulgar tais informações, mas também o simples fato de tomar conhecimento delas, revelá-las, a qualquer número de pessoas. (DE CUPIS, 1961, p. 147)

No bojo da esfera privada, está contida a esfera da intimidade, ou da confiança. Dela participam apenas as pessoas nas quais o indivíduo deposita confiança e com as quais mantém certa familiaridade. Fazem parte desse campo as conversações ou acontecimentos íntimos.

Sobre o círculo externo, Paulo José da Costa Jr. afirma tratar da esfera privada em sentido estrito, compreendendo todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não emergjam ao conhecimento do público. É o limite, enfim, que divide o contexto público e privado, pois todos os processos, episódios e condutas que ocorram além desse limite, são ditas públicas (DA COSTA Jr., 2007, p. 32).

2.4.2.5.2 A Tutela Específica da Vida Privada

Encerrando o tratamento específico dos direitos da personalidade, o Código Civil, em seu artigo 21, regulamentou a garantia constitucional de que a vida privada do sujeito é inviolável (art.5.º, X da CF/88). A disposição constitucional é no sentido da proteção natural da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do sujeito de direito. O comando tem duas vertentes: a primeira é garantir a forma como o cidadão fará cessar ofensa à sua vida privada, postulando em juízo contra o Estado ou qualquer dos particulares; a segunda, abrange a vida privada como as possibilidades do indivíduo de gozar dos elementos fundamentais de sua reputação, vida familiar, domicílio, correspondência, dados pessoais, crenças religiosas, relações com outros sujeitos. Diz-se dos aspectos: o direito de gozo e o direito de reivindicar a proteção.

Dispõe do art. 21 do Código Civil:

CÓDIGO CIVIL

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Como se pode inferir, a extensão da vida privada protegida não é definida pelo dispositivo. O Código Civil brasileiro não impõe expressamente limites à reserva da vida privada, o que não significa dizer que esses limites não existam, pelo contrário, a interpretação da norma jurídica, seu conteúdo e extensão devem possibilitar a correta compreensão de bem jurídico tutelado e o seu alcance. (BELTRÃO, 2014, p 201)

Através da interpretação extensiva de acordo com o ordenamento jurídico, pode-se afirmar que a extensão da vida privada compreende realidades próprias do indivíduo que vão além da simples noção de intimidade e alcançam aspectos como: a situação patrimonial, a imagem, os escritos pessoais, os arranjos de amizade, as suas referências estéticas, as práticas religiosas; guardando relação com tudo que não seja público, ou social.

Auxilia na interpretação extensiva do dispositivo o Enunciado n. 404, aprovado na V Jornada de Direito Civil:

V Jornada de Direito Civil CFJ/STJ:

Enunciado 404: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Além dos limites de interpretação do próprio conteúdo de vida privada e o confronto com a esfera pública, há de se reconhecer que apesar do alto gradiente de significação permitido pelo legislador, não se trata a espécie de um direito absoluto. O direito à vida privada sofre as limitações de outros valores, direitos e garantias constitucionais: mantenedores da ordem pública e das liberdades individuais.

Não pode o princípio *la vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela. (DA COSTA Jr., 2007, p. 51)

Dessa forma, hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando-se, portanto, o sacrifício da

intimidade. Exige-se para tanto a justificação do relevo da invasão: fins judiciais, policiais, científicos, didáticos ou culturais.

Tais causas excludentes da ilicitude da invasão são consideradas justas causas. Além delas, o próprio consentimento do titular do direito à intimidade opera como fator lógico da aplicação da tutela específica da intimidade: não há falar em invasão quando a penetração na esfera íntima ocorre por solicitação ou a convite de seu titular, “seria tudo, menos crime de indiscrição” (DA COSTA Jr., 2007, p.53).

Ainda há de se considerar que o comportamento humano, em determinadas condições, poderá permitir acesso à zona de intimidade, de modo que: se alguém tem o direito de permanecer recolhido em sua esfera privada, íntima ou secreta, pode tanto sair de seu isolamento quanto permitir que terceiros tenham acesso à sua soledade. Tal permissão integra como elemento essencial negativo a indiscrição, ou seja, nega em termos próprios a invasão.

O consentimento haverá sempre de ser fornecido para finalidades específicas, bem delimitadas e determinadas; e não poderá vir a ser interpretado extensivamente para ações afins que estejam além da zona das limitações exatas em que fora expresso. Não há impedimento legal para a obtenção do consentimento mediante paga ou oferta de vantagem de qualquer natureza: existe apenas uma repugnância moral quando o consentimento envolver a dignidade da pessoa humana, e for mercadejado. Como regra também para o consentimento, diz-se que o mesmo pode ser obtido de maneira tácita, quando for redutível do comportamento do titular do direito: o que exige demasiada prudência do intérprete.

Sobre a limitação do direito à intimidade por consideração das particularidades dos atributos da personalidade, dentre os quais a fama, considera-se que em casos emblemáticos sobre a personalidade de pessoas famosas, desenvolveu-se a superação da tese de que esta pessoa pública não tem qualquer reserva de privacidade, pois, mesmo sendo uma pessoa pública, ela deve ter um espaço reservado à sua privacidade. Contudo, a dificuldade registra-se na fronteira com a necessidade de conhecimento público dos aspectos particulares de determinada pessoa que possam influenciar socialmente outras pessoas. (BELTRÃO, 2014, p. 200)

A esfera da intimidade é também relativizada por força da garantia constitucional do direito à informação e à liberdade de expressão, desde que nos limites de sua razoabilidade. Não interessa se o invasor esteja no exercício de sua liberdade de informar; uma vez que demonstrada a atitude invasora com lesões à privacidade, o invasor responderá na ordem civil e até criminal. Assim:

[...] fatos ligados ao: estado [...] de relações conjugais ou extraconjugais, a natureza da união conjugal, história amorosa e sentimental, relações familiares e afetivas, preferências e gostos sexuais, devem ter justificativa particularmente séria, objetiva e relevante ao interesse público para serem investigados ou revelados. (BELTRÃO, 2014, p. 199)

Traçados as linhas gerais sobre o conteúdo e os limites legais do direito à vida privada no Brasil, tem-se por se concordar com as críticas feitas por Anderson Schreiber sobre a disciplina:

A norma diz pouco para o seu tempo. Como já se enfatizou em relação aos direitos da personalidade em geral, o desafio atual da privacidade da privacidade não está na sua afirmação, mas na sua efetividade. A mera observação da vida cotidiana revela que, ao contrário da assertiva retumbante do art. 21, a vida privada da pessoa humana é violada sistematicamente. (SCHREIBER, 2011, pp. 136 e ss.)

Nos termos do art. 21 do Código Civil, deve o juiz, a requerimento da parte interessada, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar atos que violem a vida privada da pessoa natural. O Código Civil atribui ao juiz autonomia para, diante do poder geral de cautela, determinar a medida mais adequada no sentido de impedir a violação ao direito da personalidade. (BELTRÃO, 2014, p. 203)

Adotou-se um sistema aberto de tutela geral da personalidade para os casos de invasão da privacidade, instruindo os poderes do juiz de forma ampla, com os remédios e garantias já previstos expressamente no ordenamento jurídico, ou por meio de tutelas atípicas. Contudo, por envolver as tutelas necessárias - para a efetiva prevenção e proteção dos direitos da personalidade - a determinação de obrigações dar, fazer ou não fazer de diversas espécies a outros sujeitos de direito, há uma sensível relação a ser reconhecida com o princípio da legalidade estrita: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não em virtude da lei”.

2.5 A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Há no art. 12 do Código Civil, o reconhecimento do que se convencionou chamar de cláusula geral da tutela da personalidade – uma das principais formas de tutela dos direitos sexuais -, na qual o sujeito lesado pode exigir que cesse a ameaça de lesão ao direito da personalidade, bem como tem o mesmo direito de reclamar perdas de danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Considerando a natureza de direito subjetivo dos direitos da personalidade, tem-se na titularidade dos mesmos, a adequação de exercício conforme os fins e interesses da pessoa. Nesse sentido, para a garantia dos direitos da personalidade, devem existir meios eficientes de tutela como condição material da existência do próprio direito. Afirma Silvio Romero Beltrão: “nenhum valor tem a norma jurídica ou o direito se não existirem remédios que possam fazê-lo eficaz e eficiente” (BELTRÃO, 2014, p. 65). Sem meios de defesa dos direitos, a própria essência do conteúdo axiológico-normativo é violada.

Nesse sentido, reconhece-se no ordenamento jurídico as modalidades de garantias dos direitos da personalidade, como: a tutela privada, a tutela indenizatória, a tutela preventiva e aquela que busca a atenuação da lesão. A tecnologia de cláusula geral da proteção da personalidade permite a adequação das tutelas previstas nos diversos diplomas e legislações específicas para a finalidade da defesa integral da pessoa e sua dignidade: o que de fato é relevante para disciplinas como a dos direitos sexuais, que lidam com a justaposição de sistemas de direitos e valores sociais normatizados.

2.5.1 A tutela privada

O diálogo das fontes é fundamental na busca de soluções pragmáticas para a complexidade da casuística das possibilidades lesivas ao conjunto dos direitos da personalidade. Através dos juízos de equidade, proporcionalidade e da justiça material, há o reconhecimento de que o sujeito tem o direito de buscar no monopólio estatal a defesa de seus interesses, bem como quando se vê impossibilitado de recorrer ao poder público, nas condições de urgência e

necessidade, afastar a ofensa (agressão injusta, atual ou iminente) e exercer a tutela privada, na defesa de interesse jurídico particular.

A legítima defesa e o estado de necessidade são aventados, por conseguinte, como meios de tutela dos direitos da personalidade.

O Código Civil brasileiro refere-se à legítima defesa, ao estado de necessidade e ao exercício regular de um direito reconhecido, como hipóteses de exclusão da ilicitude. Tem-se por excluída a ilicitude e consequente responsabilidade civil, quando ficar comprovada a culpa exclusiva da vítima, ou quando houver culpa concorrente da vítima, na proporção respectiva, ou, se não puder ser identificada, no equivalente à metade do valor do dano – exclusão parcial (LÔBO, 2010, p. 337).

Definiram-se como requisitos para a configuração do estado de necessidade a existência de um perigo real – atual ou iminente- que ameace bem jurídico, a gravidade do perigo, a probabilidade de dano e a razoabilidade da proporção entre o dano causado e o dano evitado.²⁶

A legítima defesa, por seu turno, é a repulsa imediata à injusta e iminente agressão a si ou a seu patrimônio, quando outro meio legal de defesa não se apresente. A legítima defesa própria – da pessoa ou do patrimônio – não gera direito à reparação, por ter o artigo 188 do Código Civil determinado que o comportamento defensivo não constitui ato ilícito. Os limites da legitimidade da tutela privada no caso de legítima defesa são igualmente a iminência e atualidade da agressão e a proporcionalidade da defesa.

2.5.2 Tutela indenizatória

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”. (CAVALIERI FILHO, 2010, P. 13). Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Tanto quanto possível, busca-se no campo da

²⁶ “O Código Civil tratou de modo objetivo o estado de necessidade, na parte geral, mas no capítulo dedicado à responsabilidade civil desfez, parcialmente, o que antes previu, ao permitir ação contra o mesmo indivíduo a quem aproveita a pré-exclusão da contrariedade a direito” (LÔBO, 2010, p. 338).

responsabilidade civil repor a vítima à situação anterior à lesão: o mecanismo utilizado é através da reconstituição natural, e, ou, da fixação de uma indenização em dinheiro na proporção do dano causado.

O Código Civil, no título que figura em cima do seu art. 927 (Parte Especial, Livro I, Título IX), categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Vale dizer, entre as modalidades de obrigações existentes (dar, fazer, não fazer), o Código incluiu mais uma – a obrigação de indenizar.

E é nesse sentido que se afirma que a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado: significa dizer, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso. (*idem, ibidem*)

No campo específico dos direitos da personalidade, o Código Civil, no seu art.12 – [p]ode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei -, prevê a obrigação de reparar os danos causados à personalidade.

É um dever que surge – via de regra – em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica negocial. O tipo de responsabilidade nesses casos é denominado de extracontratual, por vezes chamado de ilícito aquiliano ou absoluto, por decorrer de uma violação a um dever jurídico imposto pela lei. (LÔBO, 2010)

O art.12 deve ser interpretado da mesma forma restritiva como os tipos definidos pelos art. 186 e seguintes que correspondem à responsabilidade extracontratual. Sendo o ato ilícito, o conjunto de pressupostos da responsabilidade envolve, primeiramente, um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; e um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos são apresentados pela doutrina moderna da tradição francesa como os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.

Há de se observar que na normativa do art. 12 do Código Civil, da cláusula da tutela geral da personalidade, o elemento dano é relativizado, pois não se exige a própria existência de um dano, bastando para a tutela protetiva a ameaça a direito. O tipo constitui a instrumentalidade das tutelas inibitórias às

lesões dos direitos da personalidade, visando a coibir o próprio dano ao direito subjetivo; ou de outro modo, reconhecendo que a própria ameaça a direitos é bastante para o suporte da obrigação de indenizar, pela situação de risco em que se põe a pessoa.

Assim, o fato lesivo decorrente de atividade de risco gera responsabilidade civil pelos danos causados aos direitos da personalidade, sendo o elemento violador não a culpa do agente lesivo, mas a circunstância que enquadra o fato em uma “fonte de risco juscivilisticamente responsabilizante” (BELTRÃO, 2014, p.74)

É certo também que a cláusula geral da tutela dos direitos da personalidade trata de bens que não compõe o patrimônio da pessoa, são bens extrapatrimoniais, versando em primazia sobre a espécie de danos morais.

Sobre os direitos extrapatrimoniais e a interpretação constitucional é a lição de CAVALIERI FILHO:

Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim porque a atual carta, na trilha das demais constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, art. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82)

A imaterialidade do conjunto moral do ser humano desafia a investigação de suas proporções para fins de delimitação das obrigações de indenizar. Os critérios diferem, por conseguinte, daqueles aplicados à medição dos danos materiais, afastando-se das regras objetivas de avaliação do *quantum debateur*. A disciplina dos danos extrapatrimoniais exige do intérprete o desenvolvimento das regras de boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida.

A aplicação dos juízos de equidade e da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica fixadas pela atual normativa das relações privadas,

são indispensáveis para o desenvolvimento da racionalidade em defesa da personalidade humana: haja vista que está se tratando – na doutrina kantiana das razões práticas - daquilo que não tem preço, a dignidade, que não pode ser passível de substituição por um equivalente. (SCHREIBER, 2011)

A reparação natural como esforço da recolocação ao *statu quo ante* representa na doutrina dos direitos da personalidade a adoção de medidas necessárias à reconstituição da situação anterior ao evento danoso, ou da ameaça a direitos: de modo exemplificativo: aquele que sofre com a divulgação não consentida da imagem íntima em ocasião de prática de ato sexual tem o direito a exigir que o autor da conduta proceda a sua destruição do material, e cesse a distribuição.

Por sofrer claras limitações de ordem prática e das possibilidades instrumentais dos remédios em fazer cessar a lesão ou a ameaça, há no recurso à indenização pecuniária as formas de compensação total ou parcial.

Devendo ser observada para o arbitramento do equivalente em pecúnia a gravidade e a extensão do dano suportado, além dos atributos das personalidades dos envolvidos na relação jurídica, máxime das pesos e contrapesos dos juízos de equidade, fundados no princípio da razoabilidade: de modo que não seja tão desequilibrado que provoque o enriquecimento sem causa, nem tão ao outro extremo que não cumpra a função compensatória.

Por fim, considere-se que as lesões aos direitos da personalidade podem também provocar, mesmo de forma indireta, danos patrimoniais, quando os prejuízos afetarem interesses de natureza econômica e financeira da pessoa, refletindo no patrimônio, podendo ser objeto de avaliação objetiva das perdas de valores pecuniários.

A título de exemplo, a lesão aos direitos da personalidade da vítima da exposição da intimidade sexual - de forma não consentida - pode refletir na perda de salários, lucros, despesas com tratamentos médicos por ofensa à integridade física ou moral, incapacidade para o trabalho, diminuição do produtividade profissional por injúria, calúnia ou difamação. Os danos emergentes e o lucro cessante também são elementos de avaliação das lesões aos direitos da personalidade.

2.5.3 Tutela preventiva e atenuante

A tutela geral da personalidade prevista no art. 12 do Código Civil na definição da fórmula “exigir que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade” confere ao sujeito o direito de provocar o juízo a adotar medidas bastantes para atenuar ou prevenir lesão aos direitos da personalidade, independentemente das perdas e danos, sendo justificadas toda vez que existir uma antijuridicidade percebida objetivamente. Observa-se como fundamento o caráter absoluto e de exclusão dos direitos da personalidade, oponíveis *erga omnes*.

Antecipa-se a possibilidade da hipótese de lesão, por se reconhecer que os danos à personalidade são de difícil ou improvável reparação, de modo que - por regras da prudência - a vocação da tutela é voltada à casuística e a finalidade de se evitar a consumação da ameaça. Caso já iniciada a lesão, cabe a adoção de providências atenuantes, buscando-se agir diretamente sobre o iter dos fenômenos da ação ofensiva e seus efeitos, para remediar as consequências da violação e procurar a diminuição dos impactos danosos.

Por se tratar de uma tutela geral pautada na amplitude instrumental das medidas a serem adotadas pelo juízo, afirma-se que não há uma providência única e certa, devendo ser adotada aquela que melhor resguarde os direitos da personalidade em cada caso. Apesar de não termos um instrumento próprio para a defesa dos direitos da personalidade (em aproximação ao Mandado de Segurança para a violação dos direitos constitucionais), o sistema da processualística civil contém meios suficientes para prevenir e atenuar os efeitos das lesões aos direitos da personalidade.

A Lei N° 13.105 (Novo Código de Processo Civil), através dos títulos do Livro V – Da Tutela Provisória, garante ao sujeito o direito à tutela de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar) – arts. 300-310²⁷ - e a tutela de evidência

²⁷ LEI 13.105 (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

LIVRO V – DA TUTELA PROVISÓRIA

TÍTULO 1: DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

TÍTULO 2: DA TUTELA DE URGÊNCIA

CAPÍTULO 1: DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

CAPÍTULO II: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

(art. 311)²⁸. Tais remédios, fundados na urgência ou evidência, são de importância essencial para a efetivação dos direitos sexuais, na reprimenda dos

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

CAPÍTULO III: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

²⁸ TÍTULO III:

DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

abusos e violações cometidos por terceiros. A prudência e a cautela do juízo na definição das medidas cabíveis devem acompanhar a necessidade e especificidade de cada caso em concreto, tendo em vista a finalidade de se evitar prejuízos à pessoa, ou da remediação dos efeitos das violações.

2.5.4 Punitive Damages

A doutrina do *punitive damages* tem raízes nas teorizações americanas sobre *tortius liability*, no âmbito das relações de produção e consumo, como forma de tutela coletiva de compensação ou reparação, e de prevenção geral. Cuida-se de uma sanção patrimonial que supera o valor discutido em uma demanda individual, e onera o causador do dano em indenização proporcional aos danos causados às outras pessoas (determináveis ou indetermináveis) pelo mesmo conjunto dos fatos. (RUSSO, 2009)

Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre *punitive damages*, e ser a regra geral para a fixação dos valores de indenização a extensão dos danos, alguns tribunais brasileiros aplicam a espécie

Os nossos Tribunais não aplicam o modelo americano, tal qual o mesmo foi concebido, entendendo que os *punitive damages* se trata de uma punição contra o lesante, como forma de educar, com caráter pedagógico – a Teoria do Desestímulo – estipulando um valor superior ao dano provocado, para que o fato não mais se repita, e o atribuindo ao próprio lesado, o que acarretaria a figura do enriquecimento indevido (BELTRÃO, 2014, p. 85)

Da forma como é aplicado no cotidiano da prática jurídica nos Tribunais nacionais, há a aceitação de uma figura precário do enriquecimento indevido, posto que se transfere diretamente ao ofendido os valores de sanção para o desestímulo da conduta, cuja titularidade em princípio, pela natureza da construção, é da coletividade.

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Um dos óbices à aplicação dos *punitive damages* no Direito brasileiro é a falta de regulamentação quanto ao procedimento, bem como da destinação e emprego dos valores arbitrados à título de sanção.

A normalização da aplicação não regulamentada de sanções punitivas ao agente que causou danos a personalidade soma a complexidade da avaliação dos limites da obrigação de indenizar. Por vezes, os Tribunais fixam o valor da indenização de acordo com a extensão dos danos, e por outras vezes pela situação econômica da vítima e do autor da lesão, pelo critério da equidade, pelo grau de culpa do ofensor, pelas circunstâncias de fato, e ainda, pelo critério punitivo que também alcança a guarida dos da espécie imaterial dos danos morais.

Desse modo, a avaliação da situação jurídica das partes envolvidas na relação de direitos e do processo é de difícil e complexa determinação, o que inabilita – ou dificulta substancialmente – a fixação do ônus da prova, bem como a possibilidade de estabilização da demanda para fins de transação. Haja vista que na maior parte dos casos, não se conhece as regras e parâmetros da indenização que se aplicam ao caso, importando em elevado grau de risco na atuação das partes em defesa de suas pretensões. (SCHREIBER, 2013, p. 97)

Nos Estados Unidos, como se revisará na terceira parte dessa exposição, há a previsão legal em alguns Estados de punições exemplares nos casos de violação da intimidade sexual. Os valores de arbitramento variam de acordo com a proporção da ofensa, da recorrência das condutas danosas pelo agente agressor e pelas condições da vítima.

Os danos punitivos são uma espécie de tutela que interessa aos direitos sexuais por importar em uma repercussão primária pedagógica na indução dos comportamentos, e secundária de desestímulos para a recorrência da prática ilícita.

Com esse tipo, encerra-se a revisão das tutelas possíveis no direito brasileiro, e, aplicáveis aos casos de exposição íntimas não consentidas, o que importa dizer, que a partir da revisão dos instrumentos normativos de tutela, pode-se inferir que os direitos sexuais são garantidos por um sistema amplo de reconhecimento dos valores e complexidade da personalidade humana, e que o juízo de adequação ao caso concreto, demanda do intérprete um longo exercício hermenêutico, de checagem de pesos e hipóteses.

2.6 LEGISLAÇÃO ESPECIAL: LEI Nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)

No dia 23 de junho de 2014, passou a vigorar no Brasil a Lei Nº 12.965, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, cujo Projeto tramitou sob o epíteto de “Constituição da Internet”. A Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A partir do reconhecimento da essencialidade do serviço, optou o legislador, atento às peculiaridades tecnológicas, culturais e históricas do acesso à rede mundial de computadores, por manter, como fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil, primeiramente no respeito à liberdade de expressão (art. 2º, caput); no estímulo da globalização; da defesa dos direitos humanos, do desenvolvimento da personalidade e dos processos de cidadania no meio virtual; da defesa da diversidade e multiculturalidade; da colaboração e cooperação entre os agentes; da livre iniciativa, livre concorrência e da defesa do consumidor; e, finalmente, no reconhecimento da função e da finalidade social da Internet.²⁹

Afirmados os fundamentos de base do uso da Internet no Brasil, o legislador apresentou ainda a tábua de princípios que devem ser observados na interpretação da casuística dos processos de relacionamento virtual, definindo a vocação privada da Internet, e a garantia expressa da liberdade de expressão, comunicação, liberdade de manifestação; além dos direitos fundamentais à privacidade e de dados pessoais. Os valores axiológicos-normativos formam firmados também no sentido de se referendar a teoria dos atos próprios e do limite da responsabilidade de acordo com a ação do sujeito³⁰.

²⁹ LEI Nº 12.965/2014:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

³⁰ LEI Nº 12.965/2014

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

Em adição aos princípios expressos, o legislador determinou, no art. 6º, que há no diploma especial a abertura de harmonização dos valores fundamentais expressos com as disciplinas dos usos e costumes particulares de reconhecida importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

A tecnologia legislativa adotada optou pela descrição dos direitos e garantias do usuário tomando por arrimo a essencialidade da internet ao exercício da cidadania (Art. 7º, caput), apresentando o seguinte rol de *numerus apertus*:

LEI Nº 12.965/2014:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Ademais, condicionou-se o pleno exercício do direito (referência ao conteúdo da liberdade individual) de acesso à internet à garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações (art.8º da Lei n.º 12.965/2014).

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

A segunda seção do Marco Civil da Internet é inaugurada com a garantia da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, afirmando a finalidade de preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas nas relações virtuais. Definiu-se a responsabilidade do provedor de guarda do conteúdo criado e compartilhado pelo usuário, apenas excetuada pela disponibilização e identificação de origem, por meio de ordem judicial, em contribuição com a administração da justiça.

O descumprimento do dever de guarda e de sigilo por parte dos prestadores de serviço, ou a falha em se comunicar riscos ou condições do serviço que exponham a personalidade do usuário a ameaças de lesão importam na responsabilização de acordo com os parâmetros da Lei, em seu art. 12 (sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas): I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Reconhecendo-se a realidade de que muitos dos serviços de internet são prestados por empresas localizadas no exterior, a regra de responsabilização é especializada para a imputação de responsabilidade solidária das filiais, sucursais, escritórios, ou estabelecimentos situados no Brasil (art. 12, parágrafo único, L. 12.965/2014).

Na Seção III, definiu-se os critérios para a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. A regra geral foi fixada pelo art. 18: “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. A norma é temperada pelo princípio da cooperação dos agentes com o poder público, na administração da justiça:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para,

no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Exige-se do poder judicial a expedição de ordens claras para a retirada do conteúdo, identificando de forma específica e bem delimitada o material apontado com infringente, sob pena de nulidade, por não restar inequívoca a localização do conteúdo. Ademais, a regra geral da responsabilidade do provedor é relativizada nos casos de infrações aos direitos autorais e conexos, dependendo da regulamentação por lei específica, ainda não editada.

O legislador não criou reserva de jurisdição para os casos que versam sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na Internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos da personalidade, como também para o processamento das demandas referentes a obrigação negativa dos provedores de aplicações da internet quanto a disponibilização desses conteúdos. Dessa forma, as demandas referentes a essa seção podem ser apresentadas perante os juizados especiais.

O legislador conferiu ao juízo, inclusive no procedimento em curso nos Juizados Especiais, o poder de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A retirada do conteúdo da internet é definida como responsabilidade dos provedores de aplicações da internet, que sempre que dispuserem de meios de identificação do usuário diretamente responsável pelo conteúdo infringente, devem comunicar-lhe os motivos e circunstâncias relativos à indisponibilização do conteúdo – conferindo a oportunidade formal e material de ampla defesa e do exercício do contraditório em juízo. O art. 20, parágrafo único, garante a opção ao usuário cujo conteúdo foi tornado indisponível de requer ao provedor que substitua o conteúdo pela motivação ou pela ordem judicial restritiva.

Há também a previsão expressa de que deve ser considerado responsável subsidiariamente o provedor de aplicações da internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros – por violação da intimidade decorrente da divulgação não consentida de imagens, vídeos ou outros materiais

que contenham cenas de nudez ou atos sexuais de caráter íntimo, quando após recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de remover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

O legislador impôs a responsabilização subsidiária dos provedores por fato de terceiro, circunstanciando a natureza do conteúdo compartilhado (violação de intimidade por exposição não consentida da nudez ou atos sexuais), criando uma hipótese legal de exigência de cooperação com a vítima, haja vista ter de respeitar, e cumprir de forma diligente, solicitações feitas pela pessoa natural, ou de seu constituído. Nos casos de exposição íntima não consentida, a obrigação não encontra somente no núcleo duro da administração da justiça pelo poder público o seu centro de gravidade.

Para se considerar válida a notificação da pessoa, ou de seu advogado, como base de responsabilidade para o provedor, exige-se que a notificação deverá conter elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

A tecnologia legislativa adotada para tutelas específicas aos casos de violação dos direitos do usuário observou a complexidade da casuística das relações virtuais. De modo que se optou pela ampla instrumentalidade das medidas, sob a fórmula: “cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da identidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário”. Há na previsão específica a possibilidade de o juízo determinar o trâmite em segredo de justiça (art. 23).

CAPÍTULO 3. A TUTELA PENAL DA INTIMIDADE

Forte em suas quatro vertentes, o conceito de intimidade, alçado à categoria de direito fundamental pela Constituição da República, é objeto de investigação e provoca a funcionalidade do Direito Penal em sua defesa. Somente quando fixada a função do Direito Penal na sociedade moderna e os limites de suas obrigações, é que o mesmo pode servir para a instrumentalização de qualquer meio de proteção dos direitos sexuais.

O dinamismo das relações interpessoais é patente com o advento das novas tecnologias, e o contexto social atual deve trazer consigo o novo foco dos riscos ao ambiente natural e social. É nesse sentido que o conceito de risco e suas derivações constituem tópicos onipresentes na discussão da filosofia política contemporânea, em especial se tratando da política criminal.

A retórica do risco pode-se resumir na ideia de que, para os bens jurídicos tutelados, as atividades mais comuns da vida social têm em si um risco sempre presente, que deve ser levado em consideração em qualquer elaboração político-criminal. Essa elaboração tem de se basear em uma concepção de risco que traga em si ao menos três aspectos distintos: primeiro, a existência de um risco significativo, socialmente relevante, a necessidade de controlá-lo, o que legitima a intervenção penal; segundo, o fato de que a onipresença do risco obriga necessariamente a refletir a respeito de níveis de risco permitido, e em terceiro lugar, que o conceito de imputação de responsabilidade, hoje, constrói-se em grande medida sobre a noção de risco. (RODRÍGUEZ, 2008. p.98)

A noção de sociedade de risco se aperfeiçoa quando se percebe que os riscos não existem apenas objetivamente, mas guardam seu caráter basicamente construído, ou que significa afirmar, a sua dependência não somente da atividade humana, mas igualmente do conhecimento e da valoração que se faz dele.

A evolução tecnológica cria e revela novos riscos, e a aceitabilidade social a condiciona, pois, a depender da manifestação da sociedade, é que os temores vão determinar até que medida os riscos serão administrados (BECK, 2009). Dessa relação surge a percepção do risco como um elemento híbrido: de

base objetiva, e apreciação subjetiva, o que define o risco como um fenômeno social.

O tema da avaliação subjetiva do risco se acentua quando da construção argumentativa do princípio da precaução, que se ocupa da antecipação a todo perigo para evitar sequer seu surgimento, assim como a rejeição a tudo que se impute como dano ou lesão, que contenha as notas de gravidade, caráter difuso e, ao menos, relativa irreversibilidade (BUERGO, 2003).

Tratando de forma específica:

As lesões que tem a informática o condão de causar à intimidade ainda não são todas delineadas, a não ser em conhecidas obras de ficção, e talvez daí se poderia – embora não seja esse o nosso posicionamento – entender a necessidade de prevenção contra os novos riscos, que, ainda que não comprovados, não podem de modo algum transformar-se em dano, dada sua, agora sim inequívoca, irreversibilidade.(...) Para o Direito Penal, entretanto, parece insuficiente a causa de intervenção quando ainda não se tem certeza do caráter ofensivo de um comportamento. No caso das novas tecnologias relacionadas e sua possível ofensa à intimidade, é possível afirmar que a eventual tendência de antecipação da proteção do bem jurídico por meio da tipificação penal de delitos de perigo não está diretamente relacionada à incerteza científica do dano, porém mais propriamente à prevenção de resultados irreversíveis – o que já não é incerteza, mas probabilidade de risco. Nesse sentido, há de se concordar com Bottini, que alerta para a probabilidade de se ofender a presunção de inocência quando, atendendo-se ao princípio da precaução, se transfere ao agente a prova de inocuidade de sua ação a qualquer bem jurídico (RODRÍGUEZ, 2008. p. 102)

Nesse sentido, a percepção da sociedade de risco e os avanços das tecnologias fazem criar sob o Direito Penal a demanda de garantia da segurança, um direito de segurança, forçando a sua expansão e especificação, para que se antecipe ao conflito, e que forneça tutelas mais eficazes. O Direito Penal passa a sofrer revisões quanto as suas funções e, parece se afastar de sua definição tradicional de *ultima ratio*.

Em se tratando de direito à intimidade, em sua concepção mais abrangente, muitas iniciativas de anulação de riscos – reais ou aparentes – tendem a supervalorizar o papel do direito penal. Rodríguez (2008) é crítico em relação a esta tendência, e se propôs a estudar a expansão do Direito Penal no Século XXI, em face da insuficiência – real ou virtual – de seus ditames para o controle das novas formas de ofensa aos bens jurídicos, em observância ao clamor social por segurança e da urgência por precaução.

O autor aponta como razões da expansão a ideia de demanda por mais segurança, na visão de que, na sociedade atual, as leis penais devem garantir o mesmo conforto e previsibilidade de futuro que garante a tecnologia em geral. A compreensão própria da sociedade de risco é a maior proximidade de uma perspectiva de plausibilidade de uma vida afastada de qualquer perigo, do que da existência de riscos novos (2008. p. 104). Com apoio em Silva Sánchez, Rodríguez afirma que a tendência da sociedade é diminuir cada vez mais o espaço de risco permitido e, também, sempre atribuir responsáveis por todos os fenômenos danosos, o que sobreleva a função do Direito Penal. (2008.104-105)

Questiona-se ainda se os clamores por segurança diminuíram a frequência dos discursos jurídicos sobre o Direito Penal mínimo voltado exclusivamente à proteção dos bens jurídicos, e assim persiste a questão se a proteção da intimidade, pode ser consagrada nos moldes garantistas ou se, ao contrário, trata-se de um elemento a mais no fluxo dessa ampliação de horizontes penais.

A questão que se descortina, em relação à intimidade, é o jogo de equilíbrio que existe entre uma sociedade não defendida (por meio da eficácia de um sistema penal) – em relação aos graves e difusos riscos que traz a tecnologia, ou uma sociedade não prevenida – em especial na realidade brasileira – para os problemas causados pela expansão penal irrestrita (RODRÍGUEZ, 2008. p. 111).

O conflito resume o binômio reduzir e expandir a abrangência do Direito. O que é de importância salutar, pois a sociedade tem lugar dentro desses limites normativos. E, nesse contexto, a função do Direito Penal seria a de garantir a própria eficácia das normas em geral, na medida em que as normas são esquemas de orientação para os contatos sociais.

A partir dessa visão do Direito socializado e difuso, “não fica difícil reconhecer que a legitimação do Direito Penal afasta-se do liberalismo da proteção de bens jurídicos pessoais ou dos coletivos que sirvam diretamente ao desenvolvimento pessoal do indivíduo, quando lesionados ou gravemente ameaçados” (RODRÍGUEZ, 2008. p. 114). Nesse sentido, a legitimação do Direito Penal, através da proteção de bens jurídicos absolutamente pessoais é criticada, de um lado, pelos critérios materiais de definição sobre o que seria o sujeito e, de outro, porque a complexidade das conexões da sociedade moderna

não permitiria a estreita configuração jurídica do indivíduo como sujeito pessoal de direitos.

A razão da dificuldade de diferenciação das espécies e constituição de elementos subjetivos para a configuração bem delimitada de uma tecnologia de tipo é apresentada por Víctor Gabriel Rodríguez, em ato contínuo:

[Os critérios materiais de definição sobre o que seria o sujeito e a estreita configuração jurídica do indivíduo como sujeito pessoal de direito] ... parecem fundir-se na ideia de que a sociedade complexa dificulta a identificação das aspirações e dos direitos pessoais, o que implica não ser suficiente “determinar as esferas do sujeito através de bens ‘clássicos’, como vida, saúde, integridade física, ou dissolvê-los em ‘concretas relações de confiança’. Para a constituição do sujeito em uma sociedade moderna importa também delimitar as esferas do indivíduo precisamente frente a sistemas complexos e seu poder de definir ou garantir penalmente possibilidades de participação. (RODRÍGUEZ, 2008. P. 114)

É dessa forma que o risco atual da ingerência do Direito Penal no livre desenvolvimento da personalidade é descrito como o de perda da liberdade no excesso normativo e na própria indefinição das proibições, que por vezes são calcadas em meras expectativas de comportamento - que são mais indefinidas que os direitos individuais.

O problema da expansão do Direito Penal não se pode cingir exclusivamente, entretanto, à questão da dicotomia privação de liberdade/restrição de direitos, mas deve abarcar o de esse instrumento sancionador ser ou não legitimado a interferir em condutas de maior ou menor potencial lesivo à sociedade.

No Direito brasileiro, o fato de as penas restritivas de direito serem substitutivas às privativas de liberdade (art. 44 do CP), em alargado e detalhado rol, já é bastante para que se possa inferir que a legitimidade da intervenção penal e o alargamento ou constrição do sistema de garantias são decisões a serem tomadas anteriormente à escolha da qualidade da pena a ser aplicada, que depende de diversos fatores – alguns deles subjetivos – os quais não podem anteceder à política da intervenção penal.

Enfim, o argumento exposto por Rodríguez em defesa da prudência e da modernidade, é que não se pode tolerar um Direito Penal com finalidade meramente preventiva: o que deve ser esperado é – ainda de modo matizado -,

é a função de garantir algumas expectativas de comportamento social e de valorização do ordenamento jurídico. (2008. p. 117).

3.1 A RELAÇÃO MUTÁVEL DOS BENS JURÍDICOS RELACIONADOS À INTIMIDADE

É de praxe que, para o bom funcionamento do sistema penal, os conceitos de bem jurídicos tutelados devam oferecer condições para uma formulação com a qual, - mediante operações lógicas -, se possa distinguir a conduta punível da não punível, com facilidade.

Todavia, há de se reconhecer que em relação à intimidade: os bens jurídicos são demasiadamente mutáveis (MOCCIA, 2003. p.186). Fato que implica na constituição de situações valorativas e relações causais complexas, cujas abrangências impõem a construção de um sistema aberto que seja capaz de adaptar-se às contingências da provocação da tutela penal.

Moccia sustenta que, mesmo que se advogue pela minimalização do Direito Penal, alguns ataques a bens jurídicos podem surgir como figuras de direito efetivamente novas. A solução pragmática pode ser, assim, a criação e adoção de novos tipos penais – na interpretação sistemática de um Código, já que a dispersão pelo esmiuçar em legislações especiais tem o efeito negativo de retirada da eficiência da coesão do sistema, sendo preferível como política criminal a prática de revisões simplificadoras das figuras de delito já existentes (2003. p. 186)

Teme-se o alargamento da noção de bem jurídico de tal maneira que ele venha a converter-se em um bem jurídico quase único, os “bens jurídicos universais”. A desconsideração das circunstâncias específicas das espécies põe em risco a efetividade da tutela penal, quando da fuga do princípio da lesividade, sem o qual da punição é retirado o sentido.

A garantia da existência livre de qualquer risco não pode ser tarefa do Direito Penal, mesmo porque o risco é inerente à própria condição humana. Entretanto, a investigação do fenômeno pode ser direcionada ao objetivo de se medir um risco real que implique a necessidade de o Direito Penal, como instrumento de orientação ao controle social, ser acionado para impedir uma lesão que, ocorrendo, implique prejuízo de grande relevo ao indivíduo. Em

relação à intimidade, tal questionamento importa em investigar se é necessário se antecipar a uma lesão que seja irreversível. O objetivo deve ser o de conhecer efetivamente quais as previsões de ofensa grave à intimidade como direito de terceira geração e a probabilidade de que se possa usar, em face dela, o princípio da precaução e suas consequências penais.

Rodríguez aponta que diante dos novos riscos, a política criminal segue vertentes distintas: “ou afasta o Direito Penal da missão de exclusiva tutela de bens jurídicos, em especial os individuais, ou busca a minimalização desse poder repressivo, em favor da liberdade, mas com o risco de deixar de cumprir sua missão diante das novas tecnologias”. (2008. p. 124).

3.2 AS POSSÍVEIS TUTELAS DO DIREITO PENAL PARA OS CASOS DE EXPOSIÇÃO ÍNTIMAS NÃO CONSENTIDAS.

“Enquanto a intervenção do legislador do direito privado não foi tão sóbria” (BELTRÃO, 2014, p. 38), numerosas são as normas penais que atingem crimes dirigidos contra bens aptos a serem representados como objeto de direito da personalidade. Todavia, a possível tutela de interesses privados não confere à pessoa a existência de direitos subjetivos privados correspondentes ao direito penal, uma vez que a pessoa não tem o poder de promover por si mesma, sem intermediação do corpo social politicamente organizado, a aplicação da sanção penal, que é detida pelo Estado.

O interesse privado relativo à vida, à integridade física, à honra, entre outros, pode considerar-se tutelado pelo reflexo pelas normas penais, como importa analisar o objeto do presente estudo.

3.2.1 Dos Crimes contra a Honra

O Código Penal, na Parte Especial, Título – Dos Crimes contra a Pessoa, no Capítulo V – “Dos crimes contra a honra”, em seus art.138, 139 e 140, descreve as condutas antijurídicas:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

A tutela da honra, como bem jurídico autônomo, não se limita ao interesse exclusivo do indivíduo, na medida em que a preservação daquele valor repercute na convivência harmônica da coletividade em seu meio social.

No caso da exposição íntima não consentida, a antijuricidade da conduta guarda pertinência às disciplinas da difamação e da injúria, pelo que faz mister a análise mais detida da técnica aplicada para a definição das espécies de ofensa à honra.

A primeira distinção que pode ser feita é que no caso da difamação, o bem jurídico tutelado é a honra objetiva, o que importa dizer, a boa fama, o conceito que a sociedade lhe atribui, a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social. Ao passo que na espécie da injúria, o bem jurídico tutelado é o da honra em sua perspectiva subjetiva.

Os conceitos fáticos de honra se baseiam em elementos descritivos, de conteúdo psicológico ou sociológico, fenomenologicamente observáveis. Assim, na concepção fática, a honra se apresenta como honra interior (subjativa) – que constitui a opinião ou o sentimento que uma pessoa tem de si mesma, sobre o seu próprio valor – e como honra exterior (objetiva) – que constitui a representação que as outras pessoas possuem sobre o valor de uma pessoa propriamente dita, a denominada reputação que uma pessoa detém perante os outros. Assim, a honra em seu plano fático, consubstancia-se na dignidade pessoal refletida na consideração das demais pessoas e no sentimento da própria pessoa sobre si mesma, ou seja, há uma distinção do aspecto objetivo ou consideração externa ou social frente ao aspecto subjativo ou consideração interna ou individual. O conceito objetivo se identifica com a boa reputação ou honra externa, enquanto que o conceito subjativo é compreendido pela concepção individual de autoestima ou sentimento de honra. (CONTI, 2013, p. 11)

Apesar de um inescapável conteúdo de subjetividade da percepção da honra como um fato essencial, a operacionalização dos conceitos e da aplicabilidade no discurso faz emergir uma concepção normativa de honra, em razão dos limites da concepção fática que enseja (MACHADO, 2002, p. 784). Dessa forma, no viés normativo, a ideia de honra não se basta pelo mero fato da reputação, erigindo-se como critério determinante, por sua vez, o “real valor da pessoa”, a “merecida” ou “fundada pretensão de respeito”. (*ibid*, p. 785)

Todavia, a despeito da simplificação pela redução da complexidade da honra segundo uma perspectiva objetivada, também a concepção normativa apresenta uma dimensão subjativa e uma dimensão objetiva. Para a primeira, a honra compreende o valor interior da pessoa baseado na dignidade humana, isto é, um status de reconhecimento de valor da pessoa, o valor que a pessoa apresenta em face das referências para si determinantes.

A orientação objetiva da concepção normativa da honra apresenta uma dimensão social, representando a merecida pretensão de respeito da pessoa no contexto das relações de interação social em que vive. Nessa visão, a concepção normativa de honra vincula o bem jurídico com a dignidade da pessoa e, assim, pode-se dizer que a honra representa a pretensão de respeito para com a dignidade pessoal. (MACHADO, 2002, p. 787). A honra não seria algo que se tem ou que se sente, mas algo que compõe e integra a dignidade humana.

Adentrando-se na análise da honra na ordem jurídica brasileira, percebe-se que a doutrina tradicional a reconhece sob o prisma da concepção fática, seja no viés subjativo, seja no viés objetivo. Dessa maneira, em conexão com o artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira, a honra será compreendida

como um fator de proteção à dignidade humana, consubstanciando-se seu primeiro grau de proteção. Secundariamente, deve incidir uma proteção da honra enquanto direito de personalidade. Conquanto não consagrado expressamente pelo direito brasileiro, a Constituição alude em inúmeros dispositivos à personalidade, seja por meio de um direito geral de liberdade e de igualdade (CONTI, 2013, p. 14).

É nesse sentido que o Direito Penal se ocupar da tutela do bom nome e da reputação, o mesmo deve ser interpretado em conformidade com a Constituição e com a efetivação das liberdades associadas à comunicação e à liberdade de expressão, ficando sua utilização reservada apenas aos casos mais graves: em obediência ao princípio do Direito Penal como *ultima ratio*.

Pelas suas próprias características, a responsabilidade criminal necessita da incidência de alguma espécie de dano, patrimonial ou moral, sendo adequada para a proteção do interesse objetivo da coletividade referente às dimensões pessoais da honra.

Considerando-se, especificamente, a busca de uma solução para o conflito estabelecido entre o exercício da liberdade de expressão e a tutela da honra, pode-se aduzir, preliminarmente, que:

[q]uando a liberdade de expressão é exercida na defesa de interesses coletivos legítimos ou com a finalidade de informação e crítica do agir político, deve-se resolver a colisão de direitos pelo plano objetivo e institucional dos princípios gerais e constitucionais, não cabendo no caso o viés subjetivo, pautado nas ações pessoais concretas. (CONTI, 2013, p. 15)

De acordo com Jónatas Machado, a exceção de verdade é válida para casos de difamação e injúria a qualquer indivíduo, respeitando-se os limites de intimidade e privacidade. Além disso, há a limitação da aplicação protetiva da honra quando o fato noticiado importar em defesa de interesse público legítimo, ou na administração da justiça. (MACHADO, 2002, p. 783).

Nesse sentido, para que a liberdade de expressão possa apresentar uma posição especial no conjunto dos direitos reconhecidos na Constituição, e como causa de justificação, deve ter por objeto a participação na formação de opinião pública em assuntos de interesse da coletividade em geral, de forma que cumpra sua função de garantia da instituição política, fundamental em um Estado democrático.

O direito à liberdade de expressão, em seu sentido amplo, pode e deve operar como causa de justificação no âmbito dos crimes contra a honra, ainda

na hipótese de não existência de dispositivo legal expresso, pois como direito fundamental, a liberdade de expressão goza também de efeitos justificantes. O reconhecimento constitucional da liberdade de expressão exige que seu conteúdo essencial seja respeitado pelas leis e, inclusive, pelo Código Penal. Isso significa que, em casos de colisão de direitos, a liberdade de expressão pode ser invocada diretamente como causa de justificação, devendo atuar o princípio da ponderação de interesses como instrumento para resolver o conflito posto e fundamentar a justificação (CONTI, 2013, p. 18).

3.2.2 Do Crime de Ameaça

O Código Penal, na Parte Especial, Título – Dos Crimes contra a Pessoa, no Capítulo VI – “Dos crimes contra a liberdade individual”, Seção I – “Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal”, em seu art.147, descreve o crime de ameaça como “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar – lhe mal injusto e grave. Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa”.

A consumação do crime de ameaça, segundo Rogério Greco acontece mesmo que, analisada concretamente, a vítima não tenha se intimidado ou mesmo ficado receosa do cumprimento da promessa do mal injusto e grave. Basta para fins de sua concretização, que a ameaça tenha a possibilidade de infundir temor em um homem comum e que tenha chegado ao conhecimento deste, não havendo necessidade, inclusive, da presença da vítima no momento em que as ameaças foram proferidas (2013, p. 93). Exige-se que ameaça tem que ser verossímil, por obra humana, capaz de instituir receio, independente de causar ou não dano real a vítima.

Trata-se de crime subsidiário, constituindo meio de execução do constrangimento ilegal, extorsão, e outro meio de obtenção de vantagens ilícitas. Ademais, é um crime formal, não sendo necessário que a vítima sinta-se ameaçada. Consuma-se a ameaça no instante em que o sujeito passivo toma conhecimento do mal prenunciado, independentemente de sentir-se ameaçado ou não (crime formal). Contudo, é possível a tentativa, quando a ameaça é realiza por escrito (GRECO, 2013, p. 94).

Só é punível a título de dolo. Sendo posição majoritária em nossos Tribunais a de que o delito exige ânimo calmo e refletido, excluindo-se o dolo no caso de estado de ira e embriaguez. Além disso, a ameaça, consoante manifestação dos nossos Pretórios, é justificada quando empregada para evitar lesão de um interesse jurídico ameaçado:

TACRSP: A ameaça é justificada não só nas hipóteses de legítima defesa e estado de necessidade, mas também em todos os casos em que seja empregada para evitar lesão ou repetição de lesão de um interesse jurídico ameaçado ou para constranger outrem à iniquidade. Simples desafetos, com injúrias, não configuram o delito de ameaça (JTACRIM 34/296)

A ameaça das exposições íntimas não consentidas constituem um instrumento de coação para o constrangimento da vítima às práticas de atos contrários à vontade natural do ofendido, além de servir como meio de extorsão, e obtenção de vantagens ilícitas.

3.2.3 A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha): da violência moral e psicológica contra a mulher.

No âmbito dos Tratados e Convenções internacionais, em dezembro de 1993, por meio da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas) definiu-se que “[a] violência contra a mulher é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres que conduziram à dominação e à discriminação contra as mulheres pelos homens e impedem o pleno avanço das mulheres...”.

A Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como uma violação aos direitos humanos. Desde então, os governos dos países-membros da ONU e as organizações da sociedade civil têm trabalhado para a eliminação desse tipo de violência, que já é reconhecido também como um grave problema de saúde pública.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, adotada pela OEA em 1994 (também conhecida como a Convenção de Belém do Pará) estabeleceu que a violência contra a mulher é “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

No ano de 2006, passou a vigorar a Lei nº 11.340/2006, amplamente conhecida como Lei Maria da Penha. O texto legal foi resultado de um longo processo de discussão a partir de proposta elaborada por um conjunto de ONGs (Advocacy, Agende, Cepia, Cfemea, Claden/IPÊ e Themis). Esta proposta foi discutida e reformulada por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), e enviada pelo Governo Federal ao Congresso Nacional. (CNJ, 2015) Foram realizadas audiências públicas em assembleias legislativas das cinco regiões do país, ao longo de 2005, que contaram com participação de entidades da sociedade civil, parlamentares e SPM. A partir desses debates, novas sugestões foram incluídas em um substitutivo. O resultado dessa discussão democrática foi a aprovação por unanimidade no Congresso Nacional.

Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos

de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O Conselho Nacional de Justiça (2015) apresenta como definições das violências sofridas pela mulher, que podem auxiliar na compreensão da exposição de imagens íntimas de forma não consentida. A violência moral como sendo a “ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher”; e a violência psicológica como “ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique em prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal”.

Em casos de violência contra a mulher no âmbito domiciliar, a tecnologia de proteção da pessoa agredida, além de específicas sanções, prevê que a autoridade policial deve adotar o procedimento de remeter o expediente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à autoridade judicial para a tomada das principais medidas cautelares em defesa da vítima. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz no prazo também de 48 (quarenta e oito) horas apreciar o pedido e conferir as providências segundo a urgência. As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados. (Lei nº 11.340/2006: art. 12, III, c/c art. 18).

3.2.4 A Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann): os crimes cibernéticos propriamente ditos.

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, “apelidada” de Lei Carolina Dieckmann, entrou em vigor no dia 03 de abril de 2013, alterando o Código Penal para tipificar os crimes cibernéticos propriamente ditos (invasão de dispositivo telemático e ataque de denegação de serviço telemático ou de informação), ou

seja, aqueles voltados contra dispositivos ou sistemas de informação. A lei é fruto de projeto apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP), cujo trâmite foi acelerado depois da invasão, subtração e exposição na internet de fotografias íntimas da referida atriz.

A lei emendou o Código Penal para fazer constar a disciplina do Art. 154-A:

Invasão de dispositivo informático

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

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

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

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal

O objeto jurídico tutelado pela norma é a liberdade individual do usuário do dispositivo informático. Assim, a nova lei incrimina as condutas de invasão de dispositivo informático, definindo como elemento do tipo as ações de: a) invadir dispositivo informático alheio de qualquer espécie, conectados ou não em rede, desde que violado mecanismo de segurança (senha, firewall etc.), desde que a finalidade do criminoso seja obter, adulterar ou destruir dados ou informações; b) instalar no dispositivo informático qualquer vulnerabilidade com o fim de obter uma vantagem ilícita (patrimonial ou não); c) produzir, oferecer, distribuir, vender

ou difundir dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a invasão de dispositivo informático ou a instalação de vulnerabilidades.

Com base na revisão técnica do Centro de Apoio Técnico do Ministério Público do Estado de São Paulo (20013), pode-se afirmar que, a Lei nº 12.737/2012, embora represente certo avanço ao tipificar crimes cibernéticos propriamente ditos, contém inúmeras deficiências e confrontos com o sistema penal e processual penal vigente, o que deve merecer a atenção dos aplicadores.

Os crimes cibernéticos propriamente ditos são a porta de entrada para outras condutas criminosas, facilitando a utilização do computador como instrumento para cometer delitos. O legislador não contemplou a invasão de sistemas, como os de *clouding computing*, optando por restringir o objeto material àquilo que denominou dispositivo informático, sem, contudo, defini-lo.

Atividades de comercialização de *cracking codes* e de engenharia reversa de *software* também não foram objeto da norma. Além das imperfeições na redação dos tipos, as penas cominadas na nova lei são ínfimas se considerada a potencial gravidade das condutas incriminadas, bastando dizer que um ataque de denegação de serviço pode colocar em risco vidas de uma população inteira.

Implicam, por outro lado, a competência do Juizado Especial Criminal, cujo procedimento sumaríssimo é incompatível com a complexidade da investigação e da produção da prova de crimes de alta tecnologia (perícia no dispositivo informático afetado, por exemplo). Numa síntese, os tipos e penas da Lei nº 12.737/2012 não conseguem dar as respostas esperadas pela Sociedade para desestimular aqueles que abusam das facilidades tecnológicas.

Quadro sistemático das tutelas previstas para os casos da exposição da intimidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro

(Período considerado: até dezembro de 2015)

	Dignidade	Art. 5º da CRFB
Direito	Liberdade	Art. 5º da CRFB
Constitucional	Igualdade	Art. 5º da CRFB
	Privacidade	Art. 5º, X, da CRFB

	Ética normativa	Eticidade, socialidade, operabilidade
	Tutela da confiança	Boa-fé; Teoria dos atos próprios
	Atos ilícitos atípicos (Abuso de direito)	Art. 187 do Código Civil
	Nome	Arts. 16, 17, 18 e 19 do Código Civil
Direito Civil	Direito da personalidade	Imagem Art. 12 c/c 20 do Código Civil
		Voz Art. 12 c/c 20 do Código Civil
		Escritas pessoais Art. 12 c/c 20 do Código Civil
		Vida privada Art. 21 do Código Civil
	Lei n.º 12.975/2014 (Marco Civil da Internet)	Art. 2º, 3º, 7º, 8º e 10 da Lei n.º 12.975/2014

	Direito à honra	Art. 139 e 140 do Código Penal
	Ameaça	Art. 147 do Código Penal
		Art. 7º, II, VII da
Direito Penal	Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)	Lei nº 11.340/2006: Violência psicológica Violência moral
	Lei n.º 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann)	Art. 154-A: Invasão de dispositivo eletrônico

PARTE III:

A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL NOS ESTADOS UNIDOS A PARTIR DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL NÃO ESCRITO À PRIVACIDADE: UM EXAME APROXIMATIVO DAS ALTERAÇÕES DAS LEIS ESTADUAIS NO PERÍODO DE 2010-2015.

CAPÍTULO I: O DIREITO À PRIVACIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

Diferentemente do que ocorre no Brasil e em muitos países da União Europeia, que garantem a proteção da privacidade por motivação essencial da defesa da dignidade da pessoa humana, nos Estados Unidos o fundamento axial das tutelas é a liberdade individual. Hector McQueen aponta as diferenças e efeitos da fixação dos dois valores axiológicos como referencial:

Dignity protection is conceptually distinct from liberty protection. "Liberty" is a political value. "Dignity" is a social concept. To protect dignity is to protect a certain social status, a certain image of one that society holds. The protection of dignity consequently is the enforcement of certain relevant social norms. Dignity is protected first and foremost in society, so one's dignity does not necessarily suffer from government actions as much as it potentially suffers from the thoughts and perceptions of other members of society. If the goal of privacy protection is ultimately the protection of dignity, then it is clear that privacy must be protected first and foremost in society, and that government intrusions are less worrisome. To some degree of course, an erosion of liberties will result ultimately in the erosion of dignity, and to that extent government intrusions will be worrisome even for those concerned primarily with the protection of dignity. Certainly for Europeans, having suffered abuse at the hands of totalitarian governments through World War II and the ensuing Cold War, such concerns are never far from their mind. But for societies concerned with dignity the activities within society are potentially more problematic than the activities of the governing regime. Concerns about social activities are not limited of course to Warren and Brandeis's pesky press harassing British royalty. Plebeians too can worry about their dignity, as it is reflected in the way they are treated by their employer, their neighbours, or by businesses with whom they interact. The extent to which the attitude of European citizens towards privacy is based on their desire to preserve their dignity is an open question of fact, and there are of course distinctions between the member states themselves, and even within member states (McQUEEN, 2004, p.111)

"The concept of liberty is ingrained into American society in much the same way as dignity is entrenched in European societies" (GREENE, 2005, p. 394). É nesse sentido que se afirma que na realidade constitucional norte-americana não há outro modo de se conceber a tutela da privacidade, que não através da ampla interpretação do conteúdo da liberdade do povo. "A theory of privacy as liberty envisions the protection of privacy as the protection of liberty. Privacy is important inasmuch as it protects the liberty that is its foundation, and there is no reason and no need to protect privacy if liberty is not in danger" (ibid).

Ademais da divergência do paradigma axiológico-normativo no valor da liberdade, a privacidade nos Estados Unidos da América é protegida através de um ordenamento de direitos que funciona como uma “colcha de retalhos”, feita de construções do Direito pelo sistema jurídico do *common law*, do reconhecimento na Constituição de aspectos da personalidade de forma expressa e implicitamente pela formulação de uma cláusula geral baseada na liberdade, Leis Federais, Leis Estaduais e a Constituição de alguns Estados.

O panorama legal do direito à privacidade nos EUA descrito como esparso e desconexo (GRENE, 2005, p. 368). As previsões sobre a privacidade existem na interpretação integrativa e criativa do sistema do *common law*, na Constituição Federal e dos Estados, e numa variedade de estatutos que versam sobre questões específicas referentes a setores e jurisdições específicas.

Em comparação com outros sistemas legais, a construção norte-americana para a proteção da privacidade numa perspectiva individual e intersubjetiva é algo de imprevisível. Como consequência é difícil a articulação de teorias legais sobre o respeito à vida privada do sujeito de direitos. De uma forma geral, o conteúdo da privacidade recebe maior proteção quanto ao aspecto físico da propriedade, recebendo forte defesa das ações ilícitas de invasão da zona de recato. Do contrário, é problemática a aplicação da tutela protetiva quando a ofensa não se perpetra por meios diretos de ação, ou quando trata da privacidade sob uma perspectiva de extensiva das expressões da intimidade do sujeito.

Enquanto a Constituição protege explicitamente a intimidade do cidadão contra a intromissão do Governo, o mesmo nível de tutela constitucional não alcança a mesma amplitude dos riscos de lesão por parte dos demais agentes sociais. Nesse sentido, são editados diversos estatutos em complementariedade à disciplina constitucional, versando sobre os mais diversos assuntos. Todavia, ainda que se editem regulações específicas à nível federal ou estadual, a privacidade ainda é tutelada de forma estreita e circunstancial, ao invés de ser a privacidade um conceito amplo de um direito subjetivo.

Disso resulta que, ainda que se editem leis estaduais específicas para a necessidade social de tutela direta da privacidade, os efeitos dessa proteção são limitados ao próprio âmbito jurisdicional e as fracas capacidades e competências dos Estados em promover a defesa de direitos (GREENE, 2005, p. 372).

1.1A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO NÃO ESCRITO NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A Constituição dos Estados Unidos não contém previsão expressa do direito à privacidade. A Carta de Direitos e Liberdades, todavia, albergou as preocupações dos constituintes – principalmente James Madison – quanto a proteção de alguns e específicos aspectos da privacidade, como o direito à liberdade de crença (Primeira Emenda)³¹; a privacidade da residência contra a passagem não autorizada de soldados durante os tempos de paz (Terceira Emenda)³²; o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias (Quarta Emenda)³³; além da proteção contra a própria incriminação (Quinta Emenda)³⁴, o que protege em essência as informações íntimas do sujeito.

Há ainda na Nona Emenda, o reconhecimento da necessidade integrativa do rol dos direitos previstos na hierarquia constitucional com outros direitos inerentes aos cidadãos que têm a mesma ordem de preferência³⁵.

³¹ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA-1787: EMENDA I “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”.

³² CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA-1787: EMENDA III “Nenhum soldado poderá, em tempo de paz, instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, nem em tempo de guerra, senão na forma a ser prescrita em lei.”

³³ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA-1787: EMENDA IV: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias”

³⁴ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA-1787: EMENDA V “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.”

³⁵ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA-1787: EMENDA IX: A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.

Promulgou-se que a “enumeração de certos direitos” não pode ser usada para negar ou desconsiderar a existência de outros direitos inerentes ao povo (*“enumeration of certain rights [in the Bill of Rights] shall not be construed to deny or disparage other rights retained by the people”*). Já na Décima Quarta Emenda³⁶, há a garantia geral da liberdade do povo ante ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário dos Estados no sentido de que não se admite restrições a direitos sem o devido processo legal, ou tratamento discriminatório.

Através da interpretação extensiva e integrativa da Nona Emenda e do direito geral de liberdade da Décima Quarta Emenda, afirmou-se que no Comando de proteção à direitos do povo haveria motivos de aplicação direta da privacidade em situações e modos não previstos especificamente pela Constituição no seio das oito primeiras emendas. Através do magistério de Goldberg, foi defendida na doutrina constitucional Americana a existência de um direito geral à privacidade. (LINDER, 2016, p. 54).

A questão da hipótese do reconhecimento constitucional do direito à privacidade de forma não expressa, e, da criação de um direito geral à privacidade na hierarquia constitucional gerou dissídio na história americana. *“Many originalists, including mostly famously Judge Robert Bork in his ill-fated Supreme Court confirmation hearings, have argued that no such general right of privacy exists”* (LINDER, 2016, p. 82).

A Suprema Corte, por seu turno, desenvolveu no processo de *entrenchment* do *Common Law* americano, tão cedo quanto 1923 e nos anos seguintes e decisões seguintes, a interpretação extensiva das garantias à liberdade previstas na Quarta Emenda, para justificar e motivar a tutela das mais diversas situações jurídicas, como: 1) a educação dos menores; 2) direitos reprodutivos e liberdade no casamento; 3) pornografia; 4) aborto; 5) família; 6) tratamentos médicos; 7) união homoafetiva.

Construção do direito à livre educação dos menores: em 1923, no caso *Meyer v Nebraska*, a Suprema Corte afastou a aplicação de Lei Estatal de

³⁶ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA-1787: EMENDA XIV: Seção 1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Nebraska que proibia o ensino do idioma germânico ou qualquer outro estrangeiro para crianças até o nono ano. A *ratio legis* considerava que os idiomas estrangeiros poderiam inculcar nos estudantes ideias e sentimentos estranhos ao melhor interesse da sua própria pátria (*“ideas and sentiments foreign to the best of this country”*). A Corte entendeu que a Legislatura do Estado de Nebraska não demonstrou razões contundentes para a limitação do direito das crianças, responsáveis e das próprias instituições de ensino, em respeito à décima-quarta Emenda. O juiz McReynolds motivou:

While this court has not attempted to define with exactness the liberty thus guaranteed, the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men. The established doctrine is that this liberty may not be interfered with, under the guise of protecting the public interest, by legislative action which is arbitrary or without reasonable relation to some purpose within the competency of the state to effect. Determination by the Legislature of what constitutes proper exercise of police power is not final or conclusive but is subject to supervision by the courts....

No mesmo sentido é: *Pierce v Society of Sisters* (1925).

Também constitui um marco na história constitucional do direito à privacidade o pronunciamento do Juiz Brandeis no caso *Olmstead v. U.S.* (1928), afirmando pela primeira vez o direito a estar só (*the right to be let alone*):

The makers of our Constitution understood the need to secure conditions favorable to the pursuit of happiness, and the protections guaranteed by this are much broader in scope, and include the right to life and an inviolate personality -- the right to be left alone -- the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. The principle underlying the Fourth and Fifth Amendments is protection against invasions of the sanctities of a man's home and privacies of life. This is a recognition of the significance of man's spiritual nature, his feelings, and his intellect.

Sobre a construção do direito à liberdade no casamento e o uso de métodos contraceptivos: *Griswold v Connecticut* (1965). Nesse caso, a Suprema Corte afastou a aplicação de Lei Estadual de Connecticut que proibia a posse, a venda, e a distribuição de métodos contraceptivos para casais casados. Das diversas causas de motivação o Juiz Douglas afirmou a existência de zonas de

penumbra e emanções dos vários direitos Constitucionais na criação de uma Zona de Privacidade.

The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment in its prohibition against the quartering of soldiers "in any house" in time of peace without the consent of the owner is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the "right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures." The Fifth Amendment in its Self-Incrimination Clause enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people." The Fourth and Fifth Amendments were described... as protection against all governmental invasions "of the sanctity of a man's home and the privacies of life." We have had many controversies over these penumbral rights of "privacy and repose." These cases bear witness that the right of privacy which presses for recognition here is a legitimate one. The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, in forbidding the use of contraceptives rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship. Such a law cannot stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a "governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation may not be achieved by means which sweep unnecessarily broadly and thereby invade the area of protected freedoms." . Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship. We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights - older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions.

Sobre a Liberdade para possuir material pornográfico: *Stanley v Georgia* (1969). a Suprema Corte reconheceu, por unanimidade, o direito de possuir, no domínio do próprio lar material de natureza pornográfica. O Juiz Marshall motivou dentre outras razões:

Whatever may be the justifications for other statutes regulating obscenity, we do not think they reach into the privacy of one's own home. If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds.

O direito à privacidade e seu reconhecimento Constitucional emanou também suporte para a garantia do direito das mulheres ao aborto: *Roe v Wade* (1972). O caso versava sobre o direito da demandante (*Jane Roe*) em interromper gravidez fruto de estupro. O fiscal de distrito do Condado de Dallas (Texas), Henry Wade, representava o Estado do Texas, que se opunha ao direito a aborto. O Tribunal do Distrito decidiu a favor de Jane Roe, porém se recusou a estabelecer uma restrição contra a legislação sobre o aborto. O caso foi apelado, até que chegou à Suprema Corte de Justiça. Esta, finalmente, em 1973, decidiu que a mulher, amparada no direito à privacidade - sob a cláusula do devido processo legal da "décima quarta emenda" - podia decidir por si mesma a continuidade ou não da gravidez.

O direito à privacidade mais uma vez foi considerado na jurisprudência americana como um direito fundamental sob a proteção da Constituição dos Estados Unidos, e, portanto nenhum desses Estados podia legislar contra ele. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) finalmente foi decidido pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, dando lugar a uma decisão histórica em matéria de aborto.

Sobre a liberdade e integridade da família: *Moore v. East Cleveland* (1977). Versando sobre a inconstitucionalidade de Leis de zoneamento habitacional das ocupações na limitação da moradia a uma única família, excluindo da referência o conjunto de uma avó e seu neto. O juiz Lewis F. Powell Jr motivou a decisão da inconstitucionalidade da Lei Estadual de Ohio por violação substantiva ao devido processo legal previsto na décima quarta emenda, afirmando que a Lei adentrava longe demais na "sacralidade" da família: "*the Constitution protects the sanctity of the family precisely because the institution of the family is deeply rooted in the Nation's history and tradition.*". Além disso, foi ventilado no processo pelo Juiz John Paul Stevens que o império da Lei infringia diretamente na liberdade de uso e gozo da propriedade da demandante em dar destino ao bem da melhor forma como lhe aprouvesse (FRANKEL, 2007, p. 311).

Sobre a liberdade individual para os tratamentos médicos: *Cruzan v. Missouri Department of Health* (1990). Nesse caso, a Suprema Corte de Justiça decidiu que os sujeitos têm o direito à liberdade de decidir sobre tratamentos médicos a que compete o livre processo de tomada de decisões nos casos terminais e de prolongamento da vida, ainda que a Corte tenha reservado aos

Estados a competência para estabelecer certos limites para o exercício do Direito.

O caso versou sobre a situação de direitos de Nancy Cruzan, que após acidente automobilístico apresentou após socorro médico quadro persistente de estado vegetativo (PVS), dependendo integralmente do funcionamento de aparelhos de suporte à respiração e à alimentação. A pretensão apresentada pela filha de Nancy Cruzan foi de fazer valer a vontade da mãe ao desligamento dos aparelhos, e, de respeito ao processo natural de morte. A Suprema Corte, por decisão majoritária, decidiu por fazer valer a decisão do Departamento de Saúde do Estado do Missouri, por não haver comprovação cabal da vontade de Nancy Cruzan, todavia, reconhecendo standard de que a pessoa capaz pode decidir a recusa de tratamento médico (desde que observado o devido processo), o que implicaria em observância ao direito à privacidade.

Sobre união homoafetiva: *Lawrence v. Texas* (2003). A Suprema Corte de Justiça, em exercício de superação de precedente (*overruling*), decidiu por reconhecer a inconstitucionalidade da atuação do Poder Judiciário do Texas quando fez incidir sobre dois homens homossexuais as regras Estaduais de proibição à sodomia. A Corte afirmou que a atuação estatal violou os direitos da cláusula geral de liberdade dos sujeitos apelantes. Na motivação, o Juiz Kennedy reforçou os termos largos da proteção constitucional da Privacidade:

These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life....The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. 'It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter. Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom.

Do exame do desenvolvimento dos sete paradigmas no processo de *entrenchment* da jurisprudência constitucional americana, pode-se afirmar que a

questão trazida à Suprema Corte reflete na recorrente necessidade de se recorrer ao alvitre do interprete os limites da legitimidade dos interesses do Estado no recorte do direito à privacidade. Num primeiro momento, o standard fora fixado no alto grau de exposição de razões contundentes para a restrição (*Griswold*, por exemplo), passando a reconhecer também em casos emblemáticos que o dever do Estado em se evitar excessos na ingerência é relativizado por questões de ordem prática (cita-se o caso *Cruzan*).

Na história Constitucional norte-americana, o conteúdo essencial do direito à privacidade é desafiado constantemente pela justaposição dos sistemas sociais, e não encontra estabilização sequer no reconhecimento de sua inerência – como essencialidade dos direitos do indivíduo – por alguns dos componentes da Suprema Corte:

The future of privacy protection remains an open question. Justices Scalia and Thomas, for example, are not inclined to protect privacy beyond those cases raising claims based on specific Bill of Rights guarantees. The public, however, wants a Constitution that fills privacy gaps and prevents an overreaching Congress from telling the American people who they must marry, how many children they can have, or when they must go to bed. The best bet is that the Court will continue to recognize protection for a general right of privacy. (LINDEN, 2016)

1.2 O DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA LEGALIDADE FEDERAL NORTE-AMERICANA.

O direito à privacidade nas Leis Federais pode ser classificado de acordo com o destinatário da obrigação negativa de respeitar a liberdade do indivíduo. Pode-se dividir o conjunto de leis como: a) a legislação que protege a privacidade frente ao Estado; b) a legislação que protege a privacidade no setor das relações privadas.

No primeiro conjunto podemos agrupar:

- *The Privacy Act of 1974*: cujo conteúdo versa sobre a proteção do conteúdo informacional íntimo do cidadão frente à prerrogativa do Governo Federal de obter o maior número e extensão de informações sobre os sujeitos, e diretamente através deles, para a formação de banco de dados competente e adequado para as

finalidades da Nação. Ao Governo compete apenas a guarda dos dados necessários e relevantes, vedando-se o excesso. Ao cidadão é conferido o direito de acesso, revisão e correção dos dados, além da garantia da segurança dos dados pela guarda do Governo e proteção frente a terceiros;

- *The Privacy Protection Act of 1980*: o ato proíbe a busca e apreensão pelo Governo de materiais produzidos por sujeito que pretende a distribuição para o público, como forma de comunicação ampla, sem prévia autorização expressa e motivada por juiz federal. Greene diz que tal ato versa em essência sobre a proteção à liberdade de expressão e a liberdade da Primeira Emenda, antes de ser uma tutela da privacidade. (GREENE, 2005, p. 370)
- *The Eletronic Communicatons Privacy Act of 1986* (ECPA): o ECPA determina que para a interceptação ou obtenção de comunicação por meios eletrônicos, os agentes governamentais devem requerer autorização expressa e motivada concedida por um juiz federal (*Title III order*);
- *The Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA) de 1974: o ato visa à proteção dos históricos escolares e dados da vida acadêmica dos alunos das Instituições Federais de ensino, como também daquelas que recebem incentivos do Governo, entre as quais Universidades e Faculdades. Garante-se o direito dos estudantes e familiares de proteção informacional, de revisão, correção e recurso para a retificação de informações incorretas;
- *The Right to Financial Privacy act of 1978*: o ato regulamento a Liberdade da Quarta Emenda (*“law enforcement agencies cannot access or seize records without some form of authorization such as a warrant”*) para defesa da confidencialidade dos registros financeiros da pessoa frente à autoridade do Governo.
- *The Driver’s Privacy Protection Act of 1994*: vedou-se o compartilhamento com terceiros de informações constantes nos

bancos de dados do cadastro nacional de motoristas, para as finalidades de marketing comercial;

- *The Patriot Act of 2001*: A Lei foi editada em resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro. Para a defesa do Estado americano, permitiu-se a relativização da proteção da privacidade, em curso da interceptação e obstrução das ações terroristas. O ato permitiu o acesso das Agências Nacionais de segurança aos conteúdos de comunicação e ao histórico de navegação por domínios da internet. A proteção dos registros acadêmicos e da vida escolar também foi relativizada para o curso das investigações de terroristas suspeitos.

Já no grupamento das leis federais sobre o direito à privacidade direcionadas ao setor das relações privadas podemos elencar:

- *The Fair Credit Reporting Act (FCRA) of 1970*: versando sobre a garantia de sigilo dos registros financeiros da pessoa. Consta de uma autorização à agência Reguladora (*The Federal Trade Commission – FTC*) para o controle do setor privado de concessão e operação de créditos, para garantir que nos registros dos consumidores conste apenas as informações necessárias, de forma correta e sem excessos, além do direito do consumidor em ter tais registros atualizados e corrigidos nas hipóteses de erro.
- *The Financial Modernization Act (1999)*: é tido como a primeira Lei Federal a desenhar alguma forma de reconhecimento do direito à privacidade no âmbito do mercado financeiro, além de pautar apenas a preocupação de eficiência do livre mercado. O ato determinou a exigência às Instituições Financeiras de terem uma efetiva política de privacidade a ser transmitida aos seus consumidores e clientes em potencial. A Lei, contrariamente ao impulso por maior transparência e respeito à privacidade, é considerada falha por não ter estabelecido os conceitos admitidos

para a formulação padrões de defesa, sequer foram formulados os princípios básicos para a política. (GREENE 2005, p. 374);

- *The Identity Theft and Assumption Deterrence Act of 1998*: Lei que criminalizou a conduta de uso não autorizado da identidade alheia para o cometimento de crimes, impondo a sanção de até quinze anos de prisão, e, ou, de pena de multa de até U\$ 250.000 (duzentos e cinquenta mil dólares). Reconheceu-se também a condição de vítima da pessoa expropriada de sua própria identidade, garantindo a ela o direito de ação para reclamar restituição, reparação ou compensação da lesão sofrida.
- *The Cable Communication Policy Act of 1984*: a Lei acompanhou a popularização dos novos meios de comunicação eletrônica. Incorporou em seu conteúdo diversas medidas específicas para a defesa da privacidade, além de determinar que as empresas que operam os serviços de cabeamento não são autorizadas para – sem o consentimento do usuário – obter e dispor de suas informações pessoais, ou de as compartilhar com terceiros;
- *The Videotape Privacy Protection Act of 1988*: Lei que proibiu as empresas de vigilância por vídeo de compartilhar os registros dos clientes sem o seu consentimento expresso. Além disso, a Lei criou a obrigação de guarda do material, e de destruição do conteúdo passado um ano da data em que foi criado, quando não houver mais necessidade ao propósito para que fora coletado;
- *The Telephone Consumer Protection Act of 1991*: a Lei protegeu a intransponibilidade dos lares Americanos para as atividades de marketing não autorizadas pelos usuários; a lei estabeleceu os padrões para a atuação da Agência Reguladora – *Federal Communications Commission (FCC)* – para uma criação de lista “do-not-call” para o telemarketing;
- *The Telecommunication Act of 1996*: a Lei estabeleceu a obrigação das empresas de telecomunicação de obter dos consumidores autorização expressa para o compartilhamento de informações pessoais para finalidades comerciais e propagandas;

- *The Health Insurance Portability and Accountability of 1996*: a Lei foi criada fundamentalmente com a preocupação social quanto ao Mercado de trabalho, quando da negativa de emprego por motivo encontrado na investigação ilegítima dos registros médicos do candidato, prática conhecida como “*job-lock*”. A medida foi pensada na proibição de transferência dos históricos médicos do paciente para o acesso direto dos potenciais empregadores. Desse modo, as informações pessoais dos pacientes que estejam na guarda e posse dos provedores de serviços de saúde, administradores de planos de saúde e demais profissionais de suporte técnico, não podem ser compartilhadas com terceiros sem a expressa autorização do paciente. Além disso, garantiu-se o direito do paciente de ter acesso aos registros médicos, a correção das informações, saber a origem e se as mesmas foram compartilhadas e com quem o forma. A legislação da HIPPA é administrada e regulamentada pelo *Office of Civil Rights* no Departamento Nacional de Saúde, que pode impor penalidades civil e penais de até 10 anos de prisão, e, ou, multa de até U\$ 250,000 (duzentos e cinquenta mil dólares);
- *The Children’s on-line Privacy Protection Act of 1998 (COPPPA)*: Lei criada para a proteção das informações dos menores da obtenção abusiva e uso ilegítimo para finalidades comerciais. A lei criou a obrigação de que os domínios eletrônicos construídos para os menores devem buscar informar a finalidade comercial e buscar consentimento dos pais ou responsáveis para a obtenção dos dados do menor. Os interesses das crianças são ainda tutelados pelo: a) *Communications Decency Act of 1996 (CDA)*; b) *the Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA)*; e, c) *the Child Online Protection Act of 1998 (COPA)*.

Como se pode inferir, a Constituição norte-americana não se prestou à proteção dos cidadãos nas relações intersubjetivas do setor privado. Como consequência, a regulação da privacidade nas relações privadas foi deixada a cargo das leis infraconstitucionais a que se tentou elencar em sumarização, as

quais tratam especificamente de áreas específicas como os serviços médicos, a atividade financeira e as comunicações: que tradicionalmente são áreas reguladas pelas regras do próprio mercado (*free market rule*). Desse modo, a questão sobre a privacidade nos Estados Unidos encontra esteio nos discursos do libertarianismo social, por meio do qual largamente se defende que a regulação da vida privada através da legislação é desnecessária tanto quanto seu conteúdo é assimilado pelas instituições sociais no livre e desimpedido jogo social, quando o livre mercado de coisas e de ideias cumpriria a função de calibrar os anseios do povo. Ao Governo caberia a função de garantir e regular o devido funcionamento do mercado.

Todavia, é assente o reconhecimento que na história da regulação do direito à privacidade, por vezes o paradigma da liberdade é relativizado pelo reconhecimento de situações nas quais a tutela deferida é no sentido de proteção da própria dignidade da pessoa humana. Além da limitação da intervenção governamental, a proteção é buscada também nos arranjos das relações privadas. Tanto é assim que as peças legislativas da COPPA (em proteção às informações dos menores na Internet) e HIPAA (em proteção às informações dos pacientes) são exemplos de legislações alternativas ao fundamento axiológico da liberdade e visam à regulação também das relações no setor privado.

É nesse sentido, por reconhecer a proximidade axiológica do valor da dignidade da pessoa humana, que se busca na próxima seção o exame do conteúdo protetivo da privacidade das recentes alterações legislativas na esfera estadual sobre as hipóteses de exposição não consentida da intimidade sexual, as definições e providências, como forma de avaliação do estado da arte, e, no esforço de se desenvolver um direito mais humano sobre as possibilidades legítimas de expressão da sexualidade.

CAPÍTULO 2: ESTADOS UNIDOS: EXAME SISTEMÁTICO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DOS ESTADOS AMERICANOS REFERENTES À TUTELA DA INTIMIDADE SEXUAL NO PERÍODO DE 2010-2015.

Até o ano de 2013, apenas três Estados americanos possuíam leis específicas aplicáveis aos casos de exposição da intimidade sexual de forma não consentida. Eram eles: Nova Jersey, Alasca e o Texas. Entre 2013 e 2015, observaram-se a passada de 25 novos atos legislativos proibindo a conduta, ou atualizando as providências de acordo com o estado da arte. As alterações forma promovidas pela legislatura dos Estados: Arkansas, Arizona, Califórnia, Carolina do Norte, Colorado, Dakota do Norte, Delaware, Florida, Georgia, Havaí, Idaho, Illinois, Louisiana, Maine, Maryland, Nevada, Novo México, Oregon, Pensilvânia, Texas, Utah, Vermont, Virgínia, Washington e Wisconsin.

Estão em trâmite³⁷ projetos de lei sobre a matéria nos Estados: Arizona, Connecticut, Kansas, Massachusetts, Missouri, Nebraska, Nova Iorque, Rhode Island, Tennessee.

Nessa seção, o que se pretende é o exame sistemático dos conteúdos das alterações legislativas, com a finalidade de se definir parâmetros para a aproximação das tutelas possíveis para os casos de exposição da intimidade sexual do sujeito de direito, no contexto da normativa brasileira e norte-americana.

2.1 ALASCA

No ano de 2011, a legislatura do Estado do Alasca emendou a Seção dos Crimes contra a Ordem Pública, no título de Assédio em Segundo Grau (*Harassment in the second degree*), para fazer incluir a proibição da conduta de publicar ou distribuir fotografias impressas ou eletrônicas, figuras, ou filmes, de

³⁷ A base de dados desse exame foi atualizada até o mês de novembro de 2015.

outra pessoa, que mostrassem os genitais, região púbica, anal, ou dos seios femininos; ou ainda a pessoa em situação de prática de atividade sexual.³⁸

A conduta criminosa recebeu a classificação de crime de menor potencial ofensivo de classe B (*class B misdemeanor*), o que importa no Estado do Alasca em pena de prisão por até 90 (noventa) dias, e, ou, multa de no máximo U\$ 2.000 (dois mil dólares)³⁹. Não há previsão específica para sanções de maior rigor punitivo para as condutas reincidentes.

Não há exclusões previstas para as responsabilidades dos provedores da internet e prestadores de serviços de telecomunicação, por conteúdos compartilhados por seus usuários ou tomadores. Ainda não se fez apresentar as situações de não aplicação da norma para as circunstâncias de império do interesse público, quando da administração da justiça, dos serviços médicos, da investigação, denúncia e repreensão às condutas criminosas. O legislador fez a opção pelo alargamento das hipóteses do título inserido no contexto dos crimes contra a ordem pública, atribuindo ao aplicador a função de balizar a norma, em seu amplo contexto de possibilidades de aplicação e refração.

2.2 ARKANSAS

Em 2015, a legislatura do Estado do Arkansas apresentou emenda ao Código criminal para a inclusão da proibição da distribuição ilícita de imagens ou gravações de conteúdo sexual (*Unlawful distribution of sexual images or recordings*), a alteração, todavia, restou limitada ao âmbito das ofensas envolvendo a família (*Offenses involving the Family*), no tema específico dos abusos e violência doméstica (*Domestic battering and assault*).

A atividade legislativa se deu em observância a um contexto de violência específica, conferindo um limitado gradiente em que a tutela penal pode ser conferida, por impor o filtro de que a ofensa aconteça dentro das fronteiras das relações de família, ou das relações amorosas, considerando para essas

³⁸ A.S §11.61.120: a) A person commits the crime of harassment in the second degree if, with intent to harass or annoy another person, that (omissis)(6) except as provided in AS 11.61.116, publishes or distributes electronic or printed photographs, pictures, or films that show the genitals, anus, or female breast of the other person or show that person engaged in a sexual act.

³⁹ Alaska Stat. §§ 12.55.035, 12.55.135.

últimas: a duração, o tipo da relação, e a frequência em que os parceiros interagem; excluindo, portanto, do âmbito de aplicação da norma as relações casuais, ou qualquer relação que aconteça em outros contextos e arranjos sociais⁴⁰.

Comete a ofensa criminosa aquele sujeito que distribui ou compartilha com terceiros, ilicitamente, imagens ou gravações de imagem ou áudio, de cunho sexual, de vítima maior de 18 (dezoito) anos, com a intenção de assediar, amedrontar, intimidar, ou abusar de outra pessoa⁴¹. Exige-se como elemento do tipo a condição do ofensor de ser uma pessoa da família da vítima, ou ter essa última como sua dependente, ou ainda ter com essa atualmente ou não uma relação amorosa⁴².

Por força de lei, não se aceita que o fato de a gravação de áudio ou imagem, captura da imagem ou voz, ou video, ter sido realizado com o consentimento expresso da vítima, sirva de defesa preliminar⁴³.

⁴⁰ Arkansas Code: §5-26-302: *As used in this subchapter: (1) (A) "Dating relationship" means a romantic or intimate social relationship between two (2) individuals that is determined by examining the following factors: (i) The length of the relationship; (ii) The type of the relationship; and (iii) The frequency of interaction between the two (2) individuals involved in the relationship. (B) "Dating relationship" does not include a casual relationship or ordinary fraternization between two (2) individuals in a business or social context; (2) "Family or household member" means: (A) A spouse; (B) A former spouse; (C) A parent; (D) A child, including any minor residing in the household; (E) (i) Persons related by blood within the fourth degree of consanguinity. (ii) The degree of consanguinity is computed pursuant to § 28-9-212; (F) Persons who presently or in the past have resided or cohabited together; (G) Persons who have or have had a child in common; or (H) Persons who are presently or in the past have been in a dating relationship together; (3) "Harass" means an act of harassment as prohibited by § 5-71-208; (4) "Intimidate" means to force into or deter from an action by inducing fear; (5) "Sexual nature" means that an image, picture, video, or voice or audio recording depicts actual or simulated: (A) Sexual intercourse; (B) Deviate sexual activity; (C) Bestiality; (D) Masturbation; (E) Sadoomasochistic abuse for the purpose of sexual stimulation; or (F) Lewd exhibition of the: (i) Genitals or pubic area of any person; or (ii) Breast of a female; and (6) "State of nudity" means: (A) The appearance of a human anus, human genitals, or a female breast below a point immediately above the top of the areola; or (B) A state of dress that fails to opaquely cover a human anus, human genitals, or a female breast below a point immediately above the top of the areola.*

⁴¹ Arkansas Code: §5-26-314: *(a) A person commits the offense of unlawful distribution of sexual images or recordings if, being eighteen (18) years of age or older, with the purpose to harass, frighten, intimidate, threaten, or abuse another person, the actor distributes an image, picture, video, or voice or audio recording of the other person to a third person by any means if the image, picture, video, or voice or audio recording of the other person is of a sexual nature or depicts the other person in a state of nudity; and (2) The other person is a family or household member of the actor or another person with whom the actor is in a current or former dating relationship.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Arkansas Code: §5-26-314: *(b) The fact that an image, picture, video, or voice or audio recording was created with the knowledge or consent of the other person or that the image, picture, video, or voice or audio recording is the property of a person charged under this section is not a defense to prosecution under this section.*

Não se excetuou a aplicação da norma para limitar a responsabilidade dos provedores da internet, ou prestadores de serviços de informática. Ademais, não há limitação para os casos da norma para as circunstâncias de império do interesse público, quando da administração da justiça, dos serviços médicos, da investigação, denúncia e repreensão às condutas criminosas. O legislador fez a opção pelo alargamento das hipóteses do título inserido no contexto dos crimes contra a ordem pública, atribuindo ao aplicador a função de balizar a norma, em seu amplo contexto de possibilidades de aplicação e refração.

A conduta criminosa no Estado do Arkansas é classificada como um crime de menor potencial ofensivo de classe A (*Class A misdemeanor*)⁴⁴, o que importa nas sanções de pena de prisão por no máximo 01 (um) ano, e, ou, pena de multa de até U\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares)⁴⁵. Não houve previsão específica para os casos de condutas reincidentes.

2.3 CALIFÓRNIA

No Estado californiano houve alteração legislativa no Código Civil (em vigor desde julho de 2015), e no Código Penal (em vigor desde outubro de 2013), para a inclusão de definições e providências sobre a proibição da exposição íntima não consentida, criando na esfera civil uma obrigação imposta pela Lei (*Obligations Imposed by law*), e na esfera Penal, uma previsão específica que integra a seção das miscelâneas (*Of Other and Miscellaneous Offenses*).

A alteração no Código Civil foi feita na parta das obrigações⁴⁶, reconhecendo ao jurisdicionado o direito de ação civil contra aquela pessoa que intencionalmente distribui, por qualquer meio, fotografia, filme, videotape, gravação, ou qualquer forma de reprodução da figura de outra pessoa, sem o consentimento expresso daquele que foi retratado no material. Exige-se que a autor do ilícito: 1) tenha conhecimento, ou deveria saber, que a pessoa retratava guardava a expectativa legítima que o material permaneceria em âmbito das

⁴⁴ Arkansas Code: §5-26-314: (c) *Unlawful distribution of sexual images or recordings is a Class A misdemeanor.*

⁴⁵ Ark. Code §§ 5-4-401, 5-4-201.

⁴⁶ California Civil Code: §3:1708. *Every person is bound, without contract, to abstain from injuring the person or property of another, or infringing upon any of his or her rights.*

suas esferas da privacidade; ainda, 2) que o material exposto põe a mostra partes íntimas do corpo de outra pessoa, ou a retrata em um momento de prática de conduta sexual (intercurso, copulação oral, sodomia, ou qualquer atividade de penetração); por fim, 3) que a pessoa retratada suporte as espécies de danos que possam ser decorrentes da exposição ilícita⁴⁷.

Definiu-se para fins de interpretação dos elementos do tipo que “partes íntimas” incluiria o significado de qualquer das porções dos genitais, e, no caso das mulheres, também a porção dos seios abaixo da linha superior da aureola, que não estivesse coberto com uma veste opaca⁴⁸.

Para fins de aplicação da norma, o legislador definiu as exclusões expressas para os casos em que: 1) o material distribuído fora criado sob o consentimento da pessoa retratada para a finalidade de divulgação pública; 2) a pessoa que possui ou detém o material, tem a permissão da pessoa retratada, para publicar – para qualquer finalidade lícita – em qualquer meio, inclusive em site da internet; 3) a pessoa retratada afastou qualquer expectativa legítima de privacidade sobre o conteúdo exibido, por ter ela mesmo tornado possível o acesso ao público; 4) quando a exibição do material importar para a defesa do melhor interesse público; 5) quando o material fora produzido em um contexto de ambiente público, onde a pessoa retratada não tinha qualquer expectativa legítima de privacidade; 6) quando o material fora distribuído anteriormente por outra pessoa.⁴⁹

⁴⁷ *California Civil Code: §3:1708-85: 1708.85. (a) A private cause of action lies against a person who intentionally distributes by any means a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of another, without the other's consent, if (1) the person knew that the other person had a reasonable expectation that the material would remain private, (2) the distributed material exposes an intimate body part of the other person, or shows the other person engaging in an act of intercourse, oral copulation, sodomy, or other act of sexual penetration, and (3) the other person suffers general or special damages as described in Section 48a.*

⁴⁸ *California Civil Code: §3:1708-85: (b) As used in this section, "intimate body part" means any portion of the genitals, and, in the case of a female, also includes any portion of the breast below the top of the areola, that is uncovered or visible through less than fully opaque clothing.*

⁴⁹ *California Civil Code: §3:1708-85 (c) There shall be no liability on the part of the person distributing material under subdivision (a) under any of the following circumstances: (1) The distributed material was created under an agreement by the person appearing in the material for its public use and distribution or otherwise intended by that person for public use and distribution. (2) The person possessing or viewing the distributed material has permission from the person appearing in the material to publish by any means or post the material on an Internet Web site. (3) The person appearing in the material waived any reasonable expectation of privacy in the distributed material by making it accessible to the general public. (4) The distributed material constitutes a matter of public concern. (5) The distributed material was photographed, filmed, videotaped, recorded, or otherwise reproduced in a public place and under*

Além das providências de reparação por danos presumidos, provados e punitivos, e das cautelas e remédios genéricos previstos em Lei e bastantes para a tutela específica do demandante, a legislatura do Estado californiano fez constar expressamente a autorização instrumental dos poderes cautelares de ordem restritiva temporária, preliminar ou definitiva, para fazer cessar a ação de distribuição do conteúdo íntimo de forma não consentida.⁵⁰

Garantiu-se, outrossim, o direito ao demandante apresentar a ação, defendendo os aspectos de sua personalidade, através do uso de um pseudônimo: elegendo a opção de impulsionar o procedimento adotando o chamamento de “*John Doe*”, “*Jane Doe*”, ou simplesmente “*Doe*”, em substituição do seu próprio nome, sendo esse excluído ou rasurado de todos os atos e documentos do processo, ou demais elementos da ação que pudessem identificar o sujeito.

Sobre a tecnologia legislativa adotada para procedimento para ação anônima do demandante, definiu-se a obrigação do mesmo se registrar na Corte em que pretende provocar a jurisdição, através do preenchimento de um formulário de confidencialidade das informações. Posteriormente, deve o demandante promover a notificação do demandado, apresentando-lhe o nome do demandante e as características que estão sendo excluídas ou editadas.⁵¹ Na autuação, o demandante deve informar e justificar o sigilo, fazendo constar

circumstances in which the person depicted had no reasonable expectation of privacy. (6) The distributed material was previously distributed by another person.

⁵⁰ *California Civil Code: §3:1708-85 (d) In addition to any other relief available at law, the court may order equitable relief against the person violating subdivision (a), including a temporary restraining order, or a preliminary injunction or a permanent injunction ordering the defendant to cease distribution of material.*

⁵¹ *California Civil Code: §3:1708-85: (d) In addition to any other relief available at law, the court may order equitable relief against the person violating subdivision (a), including a temporary restraining order, or a preliminary injunction or a permanent injunction ordering the defendant to cease distribution of material. The court may grant injunctive relief maintaining the confidentiality of a plaintiff using a pseudonym as provided in subdivision (f). (omissis) (f) (1) A plaintiff in a civil proceeding pursuant to subdivision (a), may proceed using a pseudonym, either John Doe, Jane Doe, or Doe, for the true name of the plaintiff and may exclude or redact from all pleadings and documents filed in the action other identifying characteristics of the plaintiff. A plaintiff who proceeds using a pseudonym and excluding or redacting identifying characteristics as provided in this section shall file with the court and serve upon the defendant a confidential information form for this purpose that includes the plaintiff's name and other identifying characteristics excluded or redacted. The court shall keep the plaintiff's name and excluded or redacted characteristics confidential.*

na capa dos autos do processo a informação: “Ação com base no Código Civil – Seção 1708.85” (*Action based on Civil Code – Section 1708.85*)⁵².

Para a Corte, determinou-se a responsabilidade de se manter o nome e as características do requerente em sigilo. Além de obrigação de que todas as decisões, ordens, mandados, ofícios, ou qualquer outro documento de expedição própria, ou de lavra das partes, sejam averbados e publicizados de modo a proteger o nome e as características que identificam o sujeito, da revelação ao público⁵³. Como características que são bastantes para a identificação do sujeito, o legislador apresentou a definição que inclui, mas não se limita: 1) ao nome, ou parte do nome; 2) ao endereço, ou a parte do endereço; 3) região de residência; 4) idade; 5) estado civil; 6) *status* sociais de relacionamento; 7) raça e etnia.⁵⁴

Sobre a responsabilidade efetiva pela ação de excluir ou reeditar o nome ou as características individuais do demandante, a mesma foi atribuída às partes e aos seus causídicos. Não cabendo à Corte a função de revisar as demandas ou qualquer outra petição em *compliance* a esta determinação por força da lei⁵⁵.

Anotou-se, por fim, que as garantias e os remédios previstos em lei não são absolutos, e que qualquer outra tutela disponível pode ser reclamada no sentido do melhor interesse da reparação, compensação ou punição exemplar dos danos⁵⁶.

Na seara penal, a Legislatura do Estado da Califórnia fez incluir no título das ofensas diversas, a proibição da conduta de distribuir intencionalmente a imagem de parte ou partes íntimas de uma outra pessoa que pode ser

⁵² California Civil Code: §3:1708-85: (2) (g) In an action pursuant to this section, the plaintiff shall state in the caption of the complaint "ACTION BASED ON CIVIL CODE SECTION 1708.85."

⁵³ California Civil Code: §3:1708-85: (2) All court decisions, orders, petitions, and other documents, including motions and papers filed by the parties, shall be worded so as to protect the name or other identifying characteristics of the plaintiff from public revelation.

⁵⁴ California Civil Code: §3:1708-85: (3) As used in this subdivision, "identifying characteristics" includes, but is not limited to, name or any part thereof, address or any part thereof, city or unincorporated area of residence, age, marital status, relationship to defendant, and race or ethnic background.

⁵⁵ California Civil Code: §3:1708-85: (4) The responsibility for excluding or redacting the name or identifying characteristics of the plaintiff from all documents filed with the court rests solely with the parties and their attorneys. Nothing in this section requires the court to review pleadings or other papers for compliance with this provision.

⁵⁶ California Civil Code: §3:1708-85: h) Nothing in this section shall be construed to alter or negate any rights, obligations, or immunities of an interactive service provider under Section 230 of Title 47 of the United States Code. Nothing in this section shall be construed to limit or preclude a plaintiff from securing or recovering any other available remedy.

identificada no conteúdo, ou a retratação de uma situação em que a pessoa esteja praticando um ato sexual de intercuro, copulação oral, penetração, masturbação ou sodomia. Exige-se para a constituição do ilícito que a pessoa retratada assentira que as imagens deveriam permanecer na esfera privada dos envolvidos, e que a pessoa que expõe o conteúdo tivera a ciência, ou deveria saber, que a exposição tem o potencial de causar danos emocionais sérios à pessoa retratada no conteúdo das imagens⁵⁷. Também incorre na conduta típica aquele que distribui a imagem por meio de interposta pessoa.⁵⁸

A aplicação da norma é excetuada quando: a) a exibição da imagem ocorrer no curso da prossecução criminal; b) quando a exposição do conteúdo ocorre em observância ao cumprimento de uma determinação judicial; ou c) quando a distribuição da imagem é feita em respeito ao melhor interesse público.⁵⁹

Em termos gerais, a conduta ilícita recebeu a classificação de crime de menor potencial ofensivo (*misdemeanor*), o que no Estado da Califórnia importa em pena de prisão por até 06 (seis) meses, e, ou, pena de multa de no máximo U\$ 1.000 (mil dólares)⁶⁰. Há, todavia, a previsão de maior rigor punitivo para os casos de condutas reincidentes e de vítimas menores de idade, mantendo-se o termo da sanção de prisão, porém, elevando a pena de multa para a monta de no máximo U\$2.000 (dois mil dólares)⁶¹.

⁵⁷ *California Penal Code: §647. Except as provided in subdivision (l), every person who commits any of the following acts is guilty of disorderly conduct, a misdemeanor: (j) (4) (A) Any person who intentionally distributes the image of the intimate body part or parts of another identifiable person, or an image of the person depicted engaged in an act of sexual intercourse, sodomy, oral copulation, sexual penetration, or an image of masturbation by the person depicted or in which the person depicted participates, under circumstances in which the persons agree or understand that the image shall remain private, the person distributing the image knows or should know that distribution of the image will cause serious emotional distress, and the person depicted suffers that distress.*

⁵⁸ *California Penal Code: §647 (B) A person intentionally distributes an image described in subparagraph (A) when he or she personally distributes the image, or arranges, specifically requests, or intentionally causes another person to distribute that image.*

⁵⁹ *California Penal Code: §647. D) It shall not be a violation of this paragraph to distribute an image described in subparagraph (A) if any of the following applies: (i) The distribution is made in the course of reporting an unlawful activity. (ii) The distribution is made in compliance with a subpoena or other court order for use in a legal proceeding. (iii) The distribution is made in the course of a lawful public proceeding.*

⁶⁰ *Cal. Pen. Code § 19*

⁶¹ *Cal. Pen. Code § 647 (1) A second or subsequent violation of subdivision (j) is punishable by imprisonment in a county jail not exceeding one year, or by a fine not exceeding two thousand dollars (\$2,000), or by both that fine and imprisonment. (2) If the victim of a violation of subdivision (j) was a minor at the time of the offense, the violation is punishable by imprisonment in a county jail not exceeding one year, or by a fine not exceeding two thousand dollars (\$2,000), or by both that fine and imprisonment.*

2.4 CAROLINA DO NORTE

Em dezembro de 2015, passou a vigorar no Estado da Carolina do Norte, alteração legislativa que considerou a conduta de compartilhamento de imagens íntimas como criminosa e deu providências e estabeleceu padrões para a interpretação. A conduta foi descrita em um tipo complexo de exigiu para a aplicação a ocorrência conjunta dos fatores circunstanciais da exposição acontecer: a) com a ação intencional do agente em compartilhar imagem de outra pessoa com a finalidade de: i) coagir, assediar, intimidar, diminuir, humilhar, ou causar prejuízos financeiros; ou ii) causar – por interposta pessoa – a coação, o assédio, a intimidação, a diminuição, humilhação, ou a perda financeira da vítima; b) quando a vítima é identificável no conteúdo compartilhado por meio de seus atributos físicos, ou informações pessoais veiculadas juntamente com o material (*doxing*); c) quando a vítima é retratada com suas partes íntima expostas ou em prática de condutas sexuais; d) quando o compartilhamento se dá sem o consentimento afirmativo da vítima para a ação; e) quando a exposição acontece mesmo que o agente soubesse ou razoavelmente devesse saber que a vítima guardava expectativa legítima de privacidade⁶².

Para fins de aplicação da norma, devem-se considerar as definições de: 1) “exposição”, como as ações de transferir, publicar, distribuir, ou reproduzir; 2) “imagem”, como fotografia, filme, videotape, gravações digitais, ou qualquer outro modo de captura e reprodução de imagem; 3) “parte íntimas”, como os genitais, a região púbica, anal, ou dos seios femininos a partir da idade dos 12 (doze) anos; 4) “expectativa legítima de privacidade”, como a circunstância em

⁶² G.S. 14.190.5A: b) Offense: A person is guilty of disclosure of private image if all of the following apply: 1) The person knowingly discloses an image of another person with the intent to do either of the following: a. Coerce, harass, intimidate, demean, humiliate, or cause financial loss to the depicted person; b. Cause other to coerce, harass, intimidate, demean, humiliate, or cause financial loss to the depicted person. 2) The depicted person is identifiable from the disclosed image itself or information offered in connection with the image. 3) the depicted person's intimate parts are exposed or the depicted person is engaged in sexual conduct in the disclosed image. 4) the person discloses in the image the affirmative consent of the depicted person. 5) The person discloses the image under circumstances such that the person knew or should have known that the depicted person had a reasonable expectation of privacy.

que a pessoa consente em se expor no contexto de uma relação pessoal e tem por isso a percepção razoável de que a exposição não irá além dos limites da relação; e, por fim. 5) “conduta sexual”, incluindo o coito vaginal, anal ou oral, ainda que de forma simulada ou “pervertida”. Masturbação, funções excretoras e contextos sexuais, exibição lasciva de genitais, e práticas sadomasoquistas que exponha a pessoa em trajes íntimos ou bizarros⁶³.

O balizamento da aplicação da norma foi feito para excluir: as imagens envolvendo as exposições voluntárias em locais públicos ou feitas com a finalidade específica de explorar uma atividade comercial; ou quando a exposição é feita em defesa de um interesse público superior, como a repressão de ilícitos, a denúncia e investigação de práticas criminosas, a administração da justiça e de cuidados de saúde, ou finalidades científicas ou educacionais⁶⁴. Exclui-se, ademais, a responsabilidade dos servidores de internet, e dos prestadores de serviços de telecomunicação por fatos de terceiro (usuário)⁶⁵.

Sobre a penalização da conduta criminosa, optou-se pelo tratamento diferenciado entre a classificação da espécie para os menores e maiores de idade. Para os primeiros, a conduta é considerada como um crime de menor potencial ofensivo de Classe 1 (*Class 1 misdemeanor*), e para a reincidência subsequente, a conduta passa a ser punida como crime de maior potencial ofensivo de Classe H (*class H felony*). Em se tratando de ofensores maiores de idade, a conduta é penalizada como um crime de maior potencial ofensivo de classe H, já na primeira oportunidade, o que importa em pena de prisão de no

⁶³ G. S. 14.190.5^a: (a) Definitions: the following definitions apply in this section: 1) Disclose – Transfer, publish, distribute, or reproduce; 2) Image – A photograph, film, videotape, recording, digital, or other reproduction. 3) Intimate images: Any of the following naked human parts: i) male or female genitals; ii) male or female pubic area; iii) male or female anus, or iv) the female nipple of a female over the age of 12; 4) (Omissis); 5) Reasonable expectation of privacy – when a depicted person has consented to the disclosure of an image within the context of a personal relationship and the disclosure will not go beyond that relationship; 6) Sexual conduct – Includes any of the following: a. Vaginal, anal, or oral intercourse, whether actual or simulated, normal or perverted; b. masturbation, excretory functions, or lewd exhibition of uncovered genitals. C. an act or condition that depicts torture, physical restraint by being fettered or bound, or flagellation of or by a nude person or a person clad in undergarments or in revealing or bizarre costume.

⁶⁴ G.S. 14.190-5A: (d) Exceptions: - This Section does not apply to any of the following: 1) images involving voluntary exposure in public or commercial settings; 2) Disclosures made in the public interest, including, but not limited to, the reporting of unlawful conduct or the lawful and common practices of law enforcement, criminal reporting, legal proceedings, medical treatment, or specific or educational activities. 3) Providers of an interactive computer service, as defined in 4 U.S.C § 230 (f), for images provided by another person.

⁶⁵ Ibid.

mínimo 04 (quatro) meses e no máximo 25 (vinte e cinco) meses⁶⁶, sem previsão específica para os casos de reincidência.

Além das sanções expressas na prisão, ou multa, a seção foi emendada para criar a autorização para que o juízo possa determinar a destruição do conteúdo da exposição não consentida ou qualquer imagem que viole a proibição criada⁶⁷.

O direito à causa civil foi expresso em adição aos remédios e liberdades civis por defesa da equidade, para garantir que todos aqueles que suportaram a exposição íntima não consentida possam demandar o agente ofensor no sentido da restituição, reparação e punição pela ofensa causada. Pode a vítima demandar: 1) os danos sofridos, emergentes, - liquidados - e não menos que a fração de U\$ 1.000 (mil dólares) por cada dia de violação, ou a monta de U\$ 10.000 (dez mil dólares), o que for maior; 2) danos punitivos; e 3) sucumbência dos honorários advocatícios, custas judiciais⁶⁸.

2.5 COLORADO

Em julho de 2014, passou a vigorar a alteração legislativa ao *Colorado Revised Statutes* para a emenda da seção dos crimes contra a moral (§ 18: *Offenses relating to morals*) no título específico do comportamento obsceno (§18-7: *Obscenity*), para a proibição de duas condutas específicas. A primeira, referente a conduta ilícita de compartilhar imagens íntimas de outra pessoa com a intenção de causar danos e assediar; e, a segunda, descrevendo a motivação

⁶⁶ G.S. 7A-272(c)

⁶⁷ G.S. 14.190-5A: (e) *Destruction of Image* – In addition to any penalty or other damages, the court may award the destruction of any image made in violation of this section. (f) *other sanctions or remedies not precluded* - A violation of this Section is an offense additional to other civil and criminal provisions and is not intended to repeal or preclude and other sanctions or remedies.

⁶⁸ G.S. 14.190-5A: (g) *Civil action* – In addition to any other remedies at law or in equity, including an order by the court to destroy any image disclosed in violation of this section, any person whose image is disclosed, or used, as described in subsection (b) of this section, has a civil cause of action against any person who discloses or uses the image and is entitled to recover from the other person any of the following: 1) Actual damages, but not less than liquidated damages, to be computed at the rate of one thousand dollars (\$ 1000) per day for each day of the violation or the amount of ten thousand dollars (\$ 10.000), whichever is higher.(2) punitive damages; (3) A reasonable attorney's fee and other litigation costs reasonably incurred.

de praticar a conduta em comento, somando-se com a intenção de obter vantagem.

Portanto, comete o crime de ofensa pela postagem de imagens privadas com a intenção de causar danos, o sujeito – independente das características de gênero – que distribui imagem íntima de outra pessoa, identificável no conteúdo, em estado de exibição de partes íntimas⁶⁹ ou na prática de atividade sexual, através do uso de mídias sociais⁷⁰, ou qualquer outro site da internet.

Exige-se como elementos integrantes do tipo que: 1) o autor tenha a intenção de causar danos emocionais, e assediar a vítima; 2) que a pessoa retratada não tenha consentido com a exibição, ou que o agente agressor soubesse ou deveria saber que a pessoa retratava guardava expectativas legítimas do direito de ter o conteúdo protegido por sua zona de privacidade; 3) e que a conduta criminosa resultou em danos emocionais para a pessoa retratada⁷¹.

A norma não se aplica, por previsão expressa da lei, para os casos em que há legítimo interesse público⁷² na exibição do conteúdo íntimo. Tampouco, deve ser responsabilizado o provedor de serviços de internet ou de telecomunicação, pelo conteúdo publicado pelo usuário⁷³.

⁶⁹ Colorado Revised Statutes: § 18-7-107: (b) “Private intimate parts” means external genitalia or the perineum or the anus or the pubes of any person or the breast of a female.

⁷⁰ Colorado Revised Statutes: § 18-7-107: (c) “Social media” means any electronic medium, including an interactive computer service, telephone network, or data network, that allows users to create, share, and view user-generated content, including but not limited to videos, still photographs, blogs, video blogs, podcasts, instant messages, electronic mail, or internet web site profiles.

⁷¹ Colorado Revised Statutes. §18-7-107: 1)(a) An actor who is eighteen years of age or older commits the offense of posting a private image for harassment if he or she posts or distributes through the use of social media or any web site any photograph, video, or other image displaying the private intimate parts of an identified or identifiable person eighteen years of age or older:

(I) With the intent to harass the depicted person and inflict serious emotional distress upon the depicted person;

(II)(A) Without the depicted person's consent; or

(B) When the actor knew or should have known that the depicted person had a reasonable expectation that the image would remain private; and

(III) The conduct results in serious emotional distress of the depicted person.

⁷² Colorado Revised Statutes. §18-7-107: (2) It shall not be an offense under this section if the photograph, video, or image is related to a newsworthy event.

⁷³ Colorado Revised Statutes. §18-7-107: (5) Nothing in this section shall be construed to impose liability on the provider of an interactive computer service, as defined in 47 U.S.C. sec. 230(f)(2), an information service, as defined in 47 U.S.C. sec. 153, or a telecommunications service, as defined in 47 U.S.C. sec. 153, for content provided by another person.

Classificou-se a conduta criminosa como um crime de menor potencial ofensivo de classe 1 (*Class 1 misdemeanor*)⁷⁴, o que no Estado do Colorado importa nas sanções de pena de prisão de no mínimo 06 (seis) até 18 (dezoito) meses, e, ou multa de U\$500 (quinhentos dólares) até U\$ 5.000 (cinco mil dólares)⁷⁵. Não se definiu de forma específica regras para o maior rigor punitivo das condutas reincidentes.

Além das sanções previstas para a espécie penal por previsão geral, o legislador anotou a autorização específica de o juízo, em adição a qualquer outra sentença que a corte impusesse, arbitrar uma multa de até U\$ 10.000 (dez mil dólares), a ser recolhida para a constituição de um fundo em defesa da vítima, e compensação pela ofensa sofrida⁷⁶.

Garantiu-se, ademais, o direito de ação civil à vítima da agressão sofrida por exposição de conteúdo íntimo, para demandar em juízo as medidas cautelares de tutela específica, além da importância da multa de U\$ 10.000 (dez mil dólares) ou dos danos que materiais e morais sustentados pela ocasião do evento danoso – o que representar a maior grandeza. Além da possibilidade de cumulação com danos punitivos (*exemplary damages*), e custas de sucumbência⁷⁷.

Ainda em termos de definições de tutelas específicas, determinou-se por força da lei que o sujeito cuja imagem íntima foi compartilhada de forma não consentida deve ser considerado para todos os fins de direito como possuidor dos direitos autorais e de uso comercial da imagem privada⁷⁸.

O legislador constituiu ainda a diferenciação das condutas criminosas quando a conduta é praticada com ou sem a intenção de obter vantagem

⁷⁴ Colo. Rev. Stat. § 18-7-107: (b) Posting a private image for harassment is a class 1 misdemeanor.

⁷⁵ Colo. Rev. Stat. § 18-1.3-501.

⁷⁶ Colo. Rev. Stat. § 18-7-107: (c) *Notwithstanding the provisions of section 18-1.3-501(1)(a), in addition to any other sentence the court may impose, the court shall fine the defendant up to ten thousand dollars. The fines collected pursuant to this paragraph (c) shall be credited to the crime victim compensation fund created in section 24-4.1-117, C.R.S.*

⁷⁷ Colo. Rev. Stat. § 18-7-107: 4)(a) *An individual whose private intimate parts have been posted in accordance with this section may bring a civil action against the person who caused the posting of the private images and is entitled to injunctive relief, the greater of ten thousand dollars or actual damages incurred as a result of the posting of the private images, exemplary damages, and reasonable attorney fees and costs.*

⁷⁸ Colo. Rev. Stat. § 18-7-107: (b) *An individual whose private intimate parts have been posted in accordance with this section shall retain a protectable right of authorship regarding the commercial use of the private image.*

pecuniária da pessoa retratada no material, ou de outra pessoa. Em tipo independente, definiu-se que comete a ofensa de exposição íntima não consentida para a finalidade de obtenção de vantagem pecuniária, o sujeito que posta ou compartilha através das mídias sociais ou qualquer site, fotografias, vídeos, ou exibição de imagem de partes íntimas de uma pessoa identificável: 1) com a intenção de obter vantagem pecuniária de qualquer pessoa como resultado da ação de postar, visualizar, ou remover o conteúdo íntimo; quando o autor: 2) não obteve o consentimento expresso da pessoa retratada; ou quando sabia, ou deveria saber que a pessoa retratava guardava expectativa legítima de que a imagem permaneceria em sua esfera privada.⁷⁹

A classificação da ofensa não diferiu da praticada sem a intenção de obter a referida vantagem; também é um crime de menor potencial ofensivo de Classe 1 (*Class 1 misdemeanor*), e recebeu as mesmas previsões quanto as exclusões da aplicação, das sanções específicas, remédios e da garantia do direito de ação de reparação e compensação civil, sendo despicienda a reprodução do mesmo conteúdo, para fins desta revisão.

2.6 DAKOTA DO NORTE

Em 2015, a legislatura do Senado do Estado da Dakota do Norte (*Senate Bill No. 2357*) alterou o *North Dakota Century Code*, para criar seção específica para a proibição da distribuição de imagens íntimas de forma não consentida ou contra os termos do consentimento, dando providências de punição.

Determinou-se que comete o crime de distribuição de imagens íntimas o sujeito que intencionalmente distribui para qualquer terceira parte, imagem íntima de uma pessoa maior de idade, que: 1) não consentiu a distribuição da imagem; 2) quando a imagem fora criada sob circunstâncias pelas quais a vítima

⁷⁹ Colo. Rev. Stat. § 18-7-108: (1)(a) An actor who is eighteen years of age or older commits the offense of posting a private image for pecuniary gain if he or she posts or distributes through social media or any web site any photograph, video, or other image displaying the private intimate parts of an identified or identifiable person eighteen years of age or older:

(I) With the intent to obtain a pecuniary benefit from any person as a result of the posting, viewing, or removal of the private image; and

(II)(A) When the actor has not obtained the depicted person's consent; or

(B) When the actor knew or should have known that the depicted person had a reasonable expectation that the image would remain private.

(b) Posting a private image for pecuniary gain is a class 1 misdemeanor.

teria expectativas legítimas de privacidade; 3) foram causados danos emocionais ou outros danos, quando da distribuição do conteúdo⁸⁰.

Para fins de aplicação da norma, considerou-se as definições dos elementos do tipo no sentido de incluir: a. “distribuir”, como as ações de vender, exhibir, por em display, promover, dar, conferir acesso a, transferir, presentear, transmitir de forma gratuita ou onerosa; b. “imagem íntima”, significando qualquer retratação visual, fotografia, grafismos, filme, video, gravações, figuras, conteúdo gerado por computador, ou conteúdo feito ou produzido por meio eletrônico, mecânico, ou outro, que retrate a exposição de genitais humanos, região púbica, seios femininos, em estado de nudez, ou sem cobertura opaca, assim como o indivíduo em situação de prática de conduta sexual explícita; c. “conduta sexualmente explícita”, importando no coito vaginal, oral, anal, entre pessoas do mesmo sexo, ou de sexos distintos, masturbação, bestialidade, sadomasoquismo, exibicionismo, nudez total ou parcial, ou funções excretoras retratadas num contexto de apelo sexual⁸¹, ou as práticas sexuais simuladas, que tenham a capacidade de gerar a percepção – segundo um padrão médio – de conduta sexualmente explícita.

Definiu-se como hipótese de exclusões da aplicação da norma as condutas que importam diretamente na administração da justiça e repressão das

⁸⁰ *North Dakota Century Code: §12.1-17-07.2 (2) A Person commits the offense of distribution of intimate images if the person knowingly or intentionally distributes to any third part any intimate image of an individual eighteen years of age or older, if: a. The person knows that the depicted individual has not given consent to the person to distribute the intimate image; b. the intimate image was created by or provided to the person under circumstances in which the individual has reasonable expectation of privacy; and c. actual emotional distress or harm is caused to the individual as a result of the distribution under this section.*

⁸¹ *North Dakota Century Code: §12.1-17-07.2: (1) As used in this section: a. Distributes means selling, exhibiting, displaying, wholesaling, retailing, providing, giving, grating admission to, providing access to, or otherwise transferring or presenting an image to another individual, with or without consideration; b. (omissis); c. ‘Intimate images’ means any visual depiction, photograph, film, video, recording, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, that depicts: 1) Exposed human male or female genitals or pubic area, with less than an opaque covering; 2) A female breast with less than an opaque covering, or any portion of female breast below the top of the areola; 3) the individual engaged in any sexually explicit conduct; d) (omissis); e) Sexually explicit conduct means actual or simulated: 1) Sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-genital, whether in between persons of the same or opposite sex; 2) masturbation; 3) bestiality; 4) sadistic or masochistic activities; 5) exhibition of the genitals, pubic region, buttocks, or female breast of any individual; 6) visual depiction of nudity or partial nudity; 7) fondling or touching of the genitals, pubic region, buttocks, or female breast; or 8) Explicit representation of the defecation or urination functions. F) Simulated sexually explicit conduct means a feigned or pretended act of sexually explicit conduct that duplicates, within the perception of an average person, the appearance of an actual act of sexually explicit conduct.*

condutas criminosas, na administração legítima de serviços de saúde, ou quando o conteúdo de que trata a previsão ter sido criado sob a circunstância de que a exposição não tinha pretensões legítimas de privacidade (fora feita em contexto de espaço público), ou fora produzida para a exploração legítima de finalidades comerciais⁸².

Excluiu-se do âmbito de aplicação da norma, a responsabilidade dos provedores de serviços de internet, dos provedores dos serviços de comunicação e telecomunicação, ou operadores do aparelhamento de transmissões⁸³.

Para a conduta criminosa, definiu-se a sanção dos crimes de menor potencial ofensivo de classe A (*Class A misdemeanor*), o que importa no Estado da Dakota do Norte em sanção de pena de multa de até U\$ 2.000 (dois mil dólares), e, ou, prisão por no máximo 01 (um) ano. Não houve previsão expressa para os casos de condutas reincidentes.

Além das alterações concernentes ao núcleo da proibição punitiva, a legislatura do Estado da Dakota do Norte promoveu a criação do direito a causa civil para assomar os remédios previstos para a ofensa. A vítima da exposição íntima não consentida tem o direito à ação contra cada pessoa que distribuiu ou compartilhou o conteúdo, para cobrar reparação de danos econômicos, não econômicos, e danos punitivos, sem excluir a proteção de demais remédios disponíveis por força de lei, ou por aplicação do padrão de equidade, além de ser possível a reclamação por ordens de restrição, ou injunções para que o juízo

⁸² *North Dakota Century Code: §12.1-17-07.2: (3) This section does not apply to: a. lawful practices of law enforcement agencies; b. prosecutorial agency functions; c. the reporting of criminal offense; d. court proceedings or any other judicial procedures; f. an intimate image if the individual portrayed on the image allows public exposure or the image; or g. an intimate image that is portrayed in a lawful commercial setting.*

⁸³ *North Dakota Century Code: § 12.1-17-07.2 (4): This section also does not apply to: a. An internet service: provider or interactive computer service, as defined in 47 USC 230 (f) (2); b. A provider of an electronic communications service, as defined in 18 USC 2510; c. A telecommunications service, information service, or mobile service, as defined in 47 USC 153, including a commercial mobile service, as defined 47 USC 332 (d); d. A cable operator, as defined in 47 USC 552, if: 1) the distribution of an intimate image by the cable operator occurs only incidentally through the operator's function of: a. transmitting or routing data from one to another person; or b. providing a connection between one person to another person; 2) the operator does not intentionally aid or abet in the distribution of the intimate image; and 3) the operator does not knowingly receive from or through a person who distributes the image a fee greater than the fee generally charged by the operator, as a specific condition for permitting the person to distribute the intimate image, or: e. A hosting company, (omissis).*

determine a proibição temporária ou permanente da distribuição do conteúdo da agressão⁸⁴.

2.7 DELAWARE

No ano de 2014, a Legislatura do Estado de Delaware editou ato⁸⁵ que acrescentou ao rol das ofensas contra a saúde pública, ordem e decência (*Offenses against Public Health, Order and Decency*), no título específico das violações da privacidade, a proibição da conduta intencional de expor, exhibir, publicar, transmitir ou de qualquer modo disseminar a imagem de outra pessoa em estado de nudez, ou em situação de prática de conduta sexual, quando o ofensor sabe – ou deveria saber – que a pessoa retratada não consentiu com a ação, e que a imagem fora obtida ou capturada sob circunstâncias que permitem a pessoa retratada ter expectativa legítima de que a mesma permaneceria em sua esfera privada.⁸⁶

Agasalhou-se a presunção legal de que a pessoa que, no contexto de um relacionamento privado e confidencial, consentiu para a captura ou posse de um conteúdo visual que a retrate em estado de nudez, ou praticando uma conduta

⁸⁴ *North Dakota Century Code: §32-03. Distribution of intimate images without or against consent – remedies: An individual whose intimate image is distributed in violation of Section 1 of this Act may maintain a private right of action against each person who has distributed that image in violation of Section 1 of this Act, without regard to whether the defendant has been charged with, found guilty of, or pleaded guilty to that offense. An individual whose intimate image is distributed in violation of section 1 of this Act is entitled to pursue all of economic, noneconomic, and exemplary or punitive damages and other remedies available by law and to obtain a temporary restraining order or a preliminary or permanent injunction ordering the person to cease distribution of the intimate image.*

⁸⁵ *House Bill No. 260: This bill adds to the existing crime of Violation of Privacy additional prohibited conduct related to the non-consensual dissemination of visual depictions containing nudity or sexual acts, conduct popularly referred to as “revenge porn”. “Revenge porn” typically refers to the situation where visual depictions are consensually given to an intimate partner who, after the end of the relationship, later disseminates them without the consent of the person depicted. As a result, the person depicted unwillingly becomes sexual entertainment for strangers and the person’s career and standing within the community can be negatively impacted.*

⁸⁶ *Delaware Criminal Code. §11: 1335 Violation of privacy; class A misdemeanor; class G felony.*

(a) A person is guilty of violation of privacy when, except as authorized by law, the person:

(9) Knowingly reproduces, distributes, exhibits, publishes, transmits, or otherwise disseminates a visual depiction of a person who is nude, or who is engaging in sexual conduct, when the person knows or should have known that the reproduction, distribution, exhibition, publication, transmission, or other dissemination was without the consent of the person depicted and that the visual depiction was created or provided to the person under circumstances in which the person depicted has a reasonable expectation of privacy.

sexual, tem a legítima expectativa que o material permaneça na esfera de sua privacidade, defeso, por conseguinte, das ações de divulgação, exposição, compartilhamento⁸⁷.

Para além da previsão geral da conduta criminosa, o legislador definiu as circunstâncias que podem também compor os elementos do tipo, e agravam a ofensa: a) quando o agressor obtém o conteúdo íntimo de forma não consentida pela pessoa retratada; b) quando o agressor obtém ou tenta obter vantagem pecuniária por meio do cometimento da ação criminosa; c) quando o autor possui domínio na internet com a finalidade específica de compartilhar o conteúdo íntimo e causar a ofensa; d) quando o autor pratica a ação com a intenção de assediar, causar danos emocionais, ou ameaçar a vítima; ou e) quando o autor divulga o conteúdo das imagens íntimas juntamente com informações pessoais da vítima, praticando a ação de *doxing*.

ing. ⁸⁸ Ademais, como circunstância agravante da conduta criminosa, o Legislador fez constar expressamente a reincidência na prática delitiva⁸⁹.

⁸⁷ Delaware Criminal Code. §11:1335: (9) b. A person who has, within the context of a private or confidential relationship, consented to the capture or possession of a visual depiction of the person when nude or when engaging in sexual conduct retains a reasonable expectation of privacy with regard to the reproduction, distribution, exhibition, publication, transmission, or other dissemination of the visual depiction beyond that relationship.

⁸⁸ Delaware Criminal Code: §11: 1335: (9) c. For the purposes of this paragraph (a)(9), each of the following shall be an aggravating factor and shall be alleged in the charging information or indictment and constitute an element of the offense:

1. The actor knowingly obtains such visual depictions without the consent of the person depicted.

A. A violation of this paragraph (a)(9)c.1. occurs when a person commits a theft as provided for in § 841, § 842, § 843, or § 844 of this title or obtains such visual depictions by committing unauthorized access to a computer system as provided for in § 932 of this title or by unauthorized access to electronic mail or an electronic mail service provider as defined in § 931 of this title.

B. A violation of this paragraph (a)(9)c.1. consistent with § 932 of this title is subject to the venue provision in § 940 of this title.

2. The actor knowingly reproduces, distributes, exhibits, publishes, transmits, or otherwise disseminates such visual depictions for profit.

3. The actor knowingly maintains an Internet website, online service, online application, or mobile application for the purpose of reproducing, distributing, exhibiting, publishing, transmitting, or otherwise disseminating such visual depictions.

4. The actor knowingly reproduces, distributes, exhibits, publishes, transmits, or otherwise disseminates such visual depictions with the intent to harass, annoy, or alarm the person depicted and such conduct would cause a reasonable person to suffer significant mental anguish or distress.

5. The actor pairs such visual depiction with personally identifiable information of the person depicted.

⁸⁹ Delaware Criminal Code: §11: 1335: (9) d. For purposes of this paragraph (a)(9), the fact the actor committed this offense within 5 years of a prior conviction for a violation of this paragraph (a)(9) shall be an aggravating factor for sentencing purposes only and, therefore, this fact is not to be alleged in the charging information or indictment and does not constitute an element of the offense.

A norma não se aplica para os casos em que importem diretamente na administração da justiça; quando a pessoa retratada pelo conteúdo íntimo consentiu com a exibição para a finalidade de exploração de uma atividade comercial específica; quando a pessoa retratada voluntariamente aparece em público em estado de nudez, ou praticando uma conduta sexual; e, por fim, quando de forma geral, a exibição importar na defesa do melhor interesse público, em outros termos, quando o interesse público for legítimo para cobrar a exposição do material⁹⁰.

Ademais, há a previsão expressa que não há de se considerar responsável por danos à vítima o agente provedor de serviços da internet ou de telecomunicação, quando a ofensa ocorrer por fato do usuário, não tendo aquele, responsabilidade pelo conteúdo compartilhado por seus tomadores⁹¹.

A violação da privacidade é classificada como um crime de menor potencial ofensivo de classe A (*class A misdemeanor*), o que no Estado de Delaware importa em sanções de pena de prisão por até 01 (um) ano, e, ou, pena de multa de até U\$ 2.300 (dois mil e trezentos dólares), ainda podendo o juízo determinar a restituição de despesas advindas da conduta danosa.⁹² Para as circunstâncias agravadas, a conduta passa a receber a classificação de um crime de maior potencial ofensivo de classe G (*Class G felony*) importando em sanção de prisão por até 02 (dois) anos⁹³.

⁹⁰ Delaware Criminal Code: §11: 1335: (9) e. *In addition to when the consent of the person depicted is given, the introductory paragraph of this paragraph (a)(9) and paragraph (a)(9)b. of this section do not apply to any of the following: 1. When the visual depiction is of an individual less than 18 years of age and does not violate § 1108, § 1109, or § 1111 of this title, or any similar provision of this title, and the reproduction, distribution, exhibition, publication, transmission, or other dissemination is not for commercial purposes. 2. When the visual depiction is reproduced, distributed, exhibited, published, transmitted, or otherwise disseminated in the course of lawful and common practices of a law-enforcement officer, the reporting of unlawful conduct, legal proceedings, and medical treatment procedures. 3. When the person depicted has consented to the reproduction, distribution, exhibition, transmission, or other dissemination of the visual depiction for commercial purposes. 4. When the person depicted has voluntarily appeared nude in public or voluntarily engages in sexual conduct in public. 5. When the reproduction, distribution, exhibition, publication, transmission, or other dissemination serves a legitimate public purpose.*

⁹¹ Delaware Criminal Code: §11: 1335: (9) f. *Nothing within this paragraph (a)(9) shall be construed to impose liability on an interactive computer service, as defined in 47 U.S.C. § 230(f)(2), or an information service or telecommunications service, as defined in 47 U.S.C. § 153, for content provided by the actor or another person.*

⁹² Del. Code tit. 11, § 4206.

⁹³ Del. Code tit. 11, §§ 4204, 4205.

2.8 FLÓRIDA

Em outubro de 2015, passou a vigorar no Estado da Flórida a alteração legislativa que emendou o *Florida Statutes* para criar o crime de Assédio Sexual Cibernético (*Sexual Cyberharassment*) e dar providências sancionatórias e procedimentais.

A tecnologia legislativa adotada apresentou a primeiro momento o entendimento e considerações da Legislatura sobre a conduta criminosa e as presunções de causa para o ambiente da sociedade, expondo como razões: a) a pessoa que é retratada em uma imagem sexualmente explícita com o seu consentimento tem a expectativa legítima que a imagem permaneça no âmbito privado; b) tem se tornado uma prática comum para as pessoas a publicação uma imagem sexualmente explícita de uma outra pessoa na Internet sem o consentimento da mesma, sem qualquer finalidade legítima, com a intenção de se causar danos substanciais à pessoa exposta; c) quando tal conteúdo é compartilhado em sites da Internet, ele é facilmente visualizado por pessoas do mundo todo e é de fácil reprodução e compartilhamento; d) a publicação de tal conteúdo na Internet cria um registro permanente da pessoa exposta em estado de nudez ou prática de ato sexual; e) a simples existência do conteúdo na Internet causa à vítima significativo dano psicológico; f) a proteção do bem-estar psicológico das vítimas é medida de urgência.⁹⁴

Bastante em tais razões, definiu-se a descrição da conduta criminosa como sendo a ação de tornar pública a imagem sexualmente explícita de uma pessoa, que pode ser identificada por seus atributos físicos, ou informações pessoais divulgadas em conexão (*doxing*), sem o consentimento da pessoa

⁹⁴ *Florida Statutes: §784.049 Sexual Cyberharassment – (1) The Legislature finds that: (a) A person depicted in a sexual explicit image taken with the person’s consent has a reasonable expectation that the image will remain private. b) It is becoming a common practice for persons to publish a sexually explicit image of another to Internet websites without the depicted person’s consent, for no legitimate purpose, with the intent of causing substantial emotional distress to the depicted person; c) when such images are published on internet websites, they are able to be view indefinitely by persons worldwide and are able to be easily reproduced and shared. d) The publication of such images on Internet websites causes those depicted in such images significant psychological harm. F) safeguarding the psychological well-being of persons depicted in such images is compelling.*

retratada, em algum site da internet, sem nenhuma finalidade legítima, com a intenção de causar substancial dano emocional para a vítima⁹⁵.

As normas interpretativas dos elementos do tipo foram definidas com a apresentação dos significados específicos de: a) “imagem”, como qualquer fotografia, figura, animação, filme, video, ou representação capaz de reproduzir a imagem da pessoa; b) “informação de identificação pessoal”, como qualquer nome ou número que possa ser usado, isoladamente ou em combinação com qualquer outra informação, para identificar uma pessoa específica, incluindo qualquer número, endereço postal ou eletrônico, número de telefone, do seguridade social, data de nascimento, nome materno, número da habilitação para dirigir, número do passaporte, ou da carteira de trabalho, do seguro de saúde, conta bancária. Além desses, qualquer individualização biométrica (impressão digital, notas de voz, retina, íris, ou qualquer representação única do indivíduo. Também se listou os registros médicos como bastantes para a identificação do sujeito.⁹⁶

Como “imagem sexualmente explícita”, definiu-se a inclusão de qualquer imagem expondo a nudez⁹⁷ ou a prática de conduta sexual⁹⁸, incluindo-se na

⁹⁵ Florida Statutes: § 784.049 (2) “Sexually Cyberharassment” means to publish a sexually explicit image of a person that contains or conveys the personal identification information of the depicted person to an Internet website without the depicted person’s consent, for no legitimate purpose, with the intent of causing substantial emotional distress to the depicted person.

⁹⁶ Florida Statutes. §817.568. (f) “Personal identification information” means any name or number that may be used, alone or in conjunction with any other information, to identify a specific person, including any 1. Name, postal or electronic mail address, telephone number, social security number, date of birth, mother’s maiden name, official state-issued or United States-issued driver license or identification number, alien registration number, government passport number, employer or taxpayer identification number, Medicaid or food assistance account number, bank account number, credit or debit card number, or personal identification number or code assigned to the holder of a debit card by the issuer to permit authorized electronic use of such card; 2. Unique biometric data, such as fingerprint, voice print, retina or iris image, or other unique physical representation; 3. Unique electronic identification number, address, or routing code; 4. Medical records; 5. Telecommunication identifying information or access device; or 6. Other number or information that can be used to access a person’s financial resources.

⁹⁷ Florida Statutes: §847.001 (9) “Nudity” means the showing of the human male or female genitals, pubic area, or buttocks with less than a fully opaque covering; or the showing of the female breast with less than a fully opaque covering of any portion thereof below the top of the nipple; or the depiction of covered male genitals in a discernibly turgid state. A mother’s breastfeeding of her baby does not under any circumstance constitute “nudity,” irrespective of whether or not the nipple is covered during or incidental to feeding.

⁹⁸ Florida Statutes: §847.001 16) “Sexual conduct” means actual or simulated sexual intercourse, deviate sexual intercourse, sexual bestiality, masturbation, or sadomasochistic abuse; actual lewd exhibition of the genitals; actual physical contact with a person’s clothed or unclothed genitals, pubic area, buttocks, or, if such person is a female, breast with the intent to arouse or gratify the sexual desire of either party; or any act or conduct which constitutes sexual battery or simulates that sexual battery is being or will be

primeira categoria a exposição dos genitais, região púbica, ou nádegas, sem qualquer cobertura opaca, ou a amostragem dos seios femininos, ou do genital masculino – ainda que coberto – em estado de turgidez. Como ‘conduta sexual’ definiu-se as ações reais ou simuladas de intercuro sexual, bestialidade, masturbação, sadomasoquismo, exibição lasciva dos genitais, contato físico de genitais, áreas púbicas, ou seios femininos com a intenção de causar estímulo sexual a qualquer das partes.

A sanção prevista para a conduta criminosa de assédio sexual cibernético é a punição por crime de menor potencial ofensivo de primeiro grau (*misdemeanor of the first degree*), o que no Estado da Flórida importa em aplicação da pena de no máximo um ano de prisão, e, ou, multa de até U\$ 1.000 (mil dólares)⁹⁹. Há a previsão, ademais, de maior rigor punitivo para as condutas em reincidência. A conduta passa a ser punida como um crime de maior potencial ofensivo de terceiro grau (*felony of the third degree*), cujas sanções são a pena de prisão por até 05 (cinco) anos, e, ou, multa de até U\$ 5.000 (cinco mil dólares)¹⁰⁰.

Cuidou-se ainda de garantir aos agentes da administração da ordem pública e da justiça o poder cautelar de aprisionar o ofensor, mesmo sem a ordem por mandado judicial, para fazer cessar a ação criminosa, quando existirem indícios suficientes da autoria da conduta criminosa¹⁰¹.

Também há na alteração legislativa promovida no Estado da Flórida a salvaguarda do direito de ação civil, na qual a vítima pode demandar o ofensor todos as medidas compensatórias ou restaurativas, para prevenir ou remediar as consequências danosas, incluindo: a) medidas cautelares; b) indenização por danos na importância de U\$ 5.000 (cinco mil dólares), ou danos provados da ocorrência da circunstância criminosa, o que for maior; c) honorários de sucumbência e custas processuais¹⁰².

committed. A mother's breastfeeding of her baby does not under any circumstance constitute "sexual conduct."

⁹⁹ Fla. Stat. §§ 775.082, 775.083.

¹⁰⁰ Fla. Stat. §§ 775.081, 775.082, 775.083

¹⁰¹ *Florida Statutes. §847-001. (4) (a) A law enforcement officer may arrest, without a warrant, any person that he or she has probable cause to believe has violated this section: b) Upon proper affidavits being made, a search warrant may be issued to further investigate violations of this section, including warrants issued to search a private dwelling.*

¹⁰² *Florida Statutes. §847-001.(5) An aggrieved person may initiate a civil action against a person who violates this section to obtain all appropriate relief in order to prevent or remedy a violation of this section,*

A oportunidade da técnica legislativa adotada fez constar as exclusões da aplicação da norma ao fim da seção. Determinou-se que as sanções criminais e civis não se aplicam para: a) os servidores de serviços de comutação em rede, ou prestadores de serviços de comunicação e informação, que promovem a transmissão, armazenamento, ou *caching* das comunicações eletrônicas ou outras mensagens; b) os servidores da administração da justiça no estrito cumprimento do dever legal, e na repressão de crimes.¹⁰³

A regra de competência para a atração da jurisdição do Estado da Flórida foi expressa no cometimento de qualquer elemento da ofensa, ou dano causado à vítima, que aconteça dentro dos limites do Estado¹⁰⁴.

2.9 GEÓRGIA

Em julho de 2014, passou a vigorar no Estado da Georgia a alteração legislativa para incluir no Título das invasões da privacidade (*Official Code of Georgia Annotated*), a proibição da transmissão de fotografias ou videos que retratassem nudez ou conduta sexualmente explícitas de um adulto em determinadas circunstâncias. A alteração criou definições, penalidades, exceções, e deu providências para os conflitos de lei.

A tecnologia legislativa adotada fez preceder os elementos do tipo penal, as definições adotadas para a interpretação circunstancial¹⁰⁵, em que: a) ‘causar

including the following: a) Injunctive relief; b) monetary damages to include \$5000 or actual damages incurred as a result of violation of this section, whichever is greater; c) Reasonable attorney fees and costs.

¹⁰³ *Florida Statutes. §847-001.(6) The criminal and civil penalties of this Section does not apply to: a) A provider of an interactive computer service as defined in 47 U.S.C. s. 230 (f), information service as defined in 47 USC. S 153, or communications service as defined in s. 202.11, that provides the transmission, storage, or caching of electronic communication or messages of others; other related telecommunications or commercial mobile radio service; or content provided by another person; or b) a law enforcement officer, as defined in s. 943.10, or any local, state, federal, or military law enforcement agency, that publishes a sexually explicit image in connection with the performance of his or her duties as a law enforcement officer, or law enforcement agency.*

¹⁰⁴ *Florida Statutes. §847-001.(7) A violation of this section is committed within this State if any conduct that is element of the offense, or any harm to the depicted person resulting from the offense, occurs within this state.*

¹⁰⁵ *Georgia Code. §16-11.3:90 (a) As used in This Section, the term: 1) ‘harassment’ means engaging in conduct directed at a depicted person that is intended to cause substantial emotional harm to the depicted person. 2) ‘nudity’ means: (A) the showing of the human male or female genitals, pubic area, or buttocks without any covering or less than a full opaque covering; (B) the showing of the female breasts without*

danos': significa a ação de empenho direito em causar um dano emocional substancial a pessoa exposta; b) "nudez" significa: 1) a exibição dos genitais masculinos ou femininos, a região púbica, ou das nádegas, desnudos ou com uma cobertura não opaca; 2) a exibição dos seios femininos, sem cobertura alguma, ou por transparência; 3) a retratação de genitais masculinos cobertos, em estado de turgidez. c) "conduta sexualmente explícita" deve significar as práticas ou simulações de relações sexuais entre pessoas de mesmo sexo ou sexos diferentes, bestialidade, masturbação, a exposição lasciva de genitais em público, flagelação ou tortura sobre uma pessoa desnuda, sadomasoquismo, contato físico em partes íntimas como fim de estimulação, retratação das funções excretoras como forma de causar prazer, uso de objetos para a penetração ou estímulo sexual¹⁰⁶.

O tipo foi construído de forma complexa, sendo descrita a ação criminosa como o compartilhamento de conteúdo – conhecido pelo autor – de forma intencional e sem o conhecimento da vítima: (1) compartilha - no ambiente virtual - video ou foto de um adulto em estado de nudez ou em prática de atividade sexual, quando a ação pode causar danos emocionais ou financeiros à vítima, e não serve a qualquer finalidade legítima, ou; (2) dar causa a transmissão ou postagem do conteúdo com a finalidade descrita anteriormente, e sem servir ao interesse coletivo¹⁰⁷.

any covering or with less than a full opaque covering; or (C) the depiction of covered male genital in a discernibly turgid state.

¹⁰⁶ Georgia Code §16-12-100: (4) 'Sexually explicit conduct' means actual or simulated: (A) Sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; (B) Bestiality; (C) Masturbation; (D) Lewd exhibition of the genitals or pubic area of any person; (E) Flagellation or torture by or upon a person who is nude; (F) Condition of being fettered, bound, or otherwise physically restrained on the part of a person who is nude; (G) Physical contact in an act of apparent sexual stimulation or gratification with any persons unclothed genitals, pubic area, or buttocks or with a females nude breasts; (H) Defecation or urination for the purpose of sexual stimulation of the viewer; or (I) Penetration of the vagina or rectum by any object except when done as part of a recognized medical procedure.

¹⁰⁷ Georgia Code. §16-11.3:90: (b) A person violates this Code section if he or she, knowing the content of the transmission or post, knowingly and without the consent of the depicted person: 1) Electronically transmits or posts, in one or more transmissions or posts, a photograph or video which depicts nudity or sexually explicit conduct of an adult when the transmission or post is harassment or causes financial loss to the depicted person and serves no legitimate purpose to the depicted person; or (2) causes the electronic transmission or posting, in one or more transmissions or posts, of a photograph or video which depicts nudity or sexually explicit conduct of an adult when the transmission or post is harassment or causes financial loss to the depicted person and serves no legitimate purpose to the depicted person.

As exclusões para a aplicação da norma foram definidas para incluir as atividades legítimas para a devida administração da justiça quando da investigação das atividades criminosas ou da repressão de ilícitos; quando o conteúdo foi gerado das atividades legítimas de administração de cuidados médicos, científicos, ou educacionais; quando a própria reclamante é o agente que aparece no conteúdo e postou ou compartilhou o material de forma voluntária; quando o conteúdo fora gerado com a finalidade comercial específica de exploração da divulgação; ou, finalmente quando a circunstância do conteúdo é a exposição em ambientes públicos, onde os envolvidos não teriam a expectativa legítima de privacidade¹⁰⁸.

Sobre a responsabilidade dos servidores de internet, ou provedores de serviços de telecomunicação e funções afins, definiu-se a presunção ilidível de que esses agentes não têm, *prima facie*, conhecimento do conteúdo compartilhado pelos usuários, o que de fato, serviria como para a definição de suas situações jurídicas, restando ao reclamante o ônus de provar o contrário, e afastar a presunção¹⁰⁹.

O sujeito que pratica o crime de invasão de privacidade nos termos descritos na seção, deve ser considerado culpado de crime de menor potencial ofensivo de natureza agravada (*misdemeanor of a high and aggravated nature*), podendo ser penalizado em multa de até U\$ 5.000 (cinco mil dólares), e, ou, prisão por no máximo 12 (doze) meses¹¹⁰. Para as condutas reincidentes, o

¹⁰⁸ Georgia Code. §16-11.3:90 (e) *The provisions of subsection (b) of this Code Section Shall not apply to: (1) The activities of law enforcement and prosecution agencies in the investigation and prosecution of criminal offenses; 2) legitimate medical, scientific, or educational activities; 3) any person who transmits or posts a photograph or video depicting only himself or herself engaged in nudity or sexually explicit conduct; 4) The transmission or posting of a photograph or video that was originally made for commercial purpose; or 5) any person who transmits or posts a photograph or video depicting a person voluntarily engaged in nudity or sexually explicit conduct in public setting; or 6) the transmission is made to or in anticipation of a civil action.*

¹⁰⁹ Georgia Code. §16-11.3:90 (f) *There shall be a rebuttable presumption that an information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet, for content provided by another person, does not know the content of an electronic transmission or post.*

¹¹⁰ O.C.G.A. 17-10-4 *Punishment for misdemeanors of a high and aggravated nature (a) A person who is convicted of a misdemeanor of a high and aggravated nature shall be punished by a fine not to exceed \$5,000.00 or by confinement in the county or other jail, county correctional institution, or such other places as counties may provide for maintenance of county inmates, for a term not to exceed 12 months, or both; provided, however, that a person convicted of a misdemeanor of a high and aggravated nature which was committed by an inmate within the confines of a state correctional institution and sentenced to confinement as a result of such offense shall be sentenced to confinement under the jurisdiction of the Board of Corrections in a state correctional institution or such other institution*

crime passa a ser classificado como de maior potencial ofensivo (*felony*), recebendo a punição de prisão por no mínimo 01 (um) ano e no máximo 05 (cinco) anos, e, ou, multa de até U\$ 100.000,00 (cem mil dólares)¹¹¹.

Ademais, definiu-se como padrão para aplicação da norma que qualquer violação da seção específica deveria ser considerada em separado, não constituindo em acessório para qualquer efeito de análise combinada de condutas criminosas¹¹².

2.10 HAVAÍ

No ano de 2014, o Poder Legislativo do Estado do Havaí ampliou a seção do crime de violação da privacidade, para fazer incluir como suporte fático a circunstância da exposição não consentida de imagens íntimas.

A constituição ampliativa do tipo penal foi no sentido de que também comete o crime de violação da privacidade aquele que intencionalmente compartilha imagem ou vídeo de outra pessoa (identificável no material), em estado de nudez ou em prática de atividade sexual, sem o consentimento da pessoa retratada, com a finalidade de causar um dano substancial à vítima quanto a sua saúde, segurança, atividade de negócio, carreira, condição financeira, reputação, ou relacionamento pessoais¹¹³.

as the Department of Corrections may direct for a term which shall not exceed 12 months. In all cases of a conviction of a misdemeanor of a high and aggravated nature, the sentencing court shall retain jurisdiction to amend, modify, alter, suspend, or probate sentences imposed under this Code section at any time; but in no instance shall a sentence imposed under this Code section be modified in such a manner as to increase the amount of fine or the term of confinement.

¹¹¹ Georgia Code. §16-11.3:90(c) Any person who violates this Code section shall be guilty of a misdemeanor of a high and aggravated nature; provided, however, that upon a second or subsequent violation of this Code section, he or she shall be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be punished by imprisonment of not less than one nor more than five years, a fine of not more than \$100,000.00, or both.

¹¹² Georgia Code. §16-11.3:90(g) Any violation of this Code Section shall constitute a separate offense and shall not merge with any other crimes set forth in this title.

¹¹³ Hawaii Revised Statutes. Section 711-1110.9 Violation of privacy in the first degree: (1) A person commits the offense of violation of privacy in the first degree if, except in the execution of a public duty or as authorized by law: (a) the person intentionally or knowingly installs or uses, or both, in any private place, without consent of the person or persons entitled to privacy therein, any device for observing, recording, amplifying, or broadcasting another person in a stage of undress or sexual activity in that place; or (b) the person knowingly discloses an image or video of another identifiable person either in the nude, as defined in section 712-1210, or engaging in sexual conduct, as defined in section 712-1210, without the consent of the depicted person, with the intent to harm substantially the depicted person with respect to

O balizamento da norma foi feito no sentido de não ser aplicada nos casos em que a pessoa retratada no material compartilhado estava retratada quando em ambiente público em estado de nudez ou praticando atos sexuais; ou quando o material fora criado com base em um negócio jurídico válido para exploração comercial do conteúdo¹¹⁴. Há também a exceção da aplicação para definir a situação de não responsabilização dos agentes prestadores de serviços de informática e telecomunicação, ou provedores de internet, quando não concorreram para a ação criminosa¹¹⁵.

A ação criminosa é classificada como crime de maior potencial ofensivo de classe C (*Class C felony*), o que no Havaí importa em aplicação da pena de no máximo 05 (cinco) anos de prisão, e, ou, multa de até US\$ 10.000 (dez mil dólares)¹¹⁶. Não há previsão específica para os casos de reincidência, tampouco normas interpretativas. A diferenciação do regramento se dá pela possibilidade de, além da aplicação das penas, o juízo poder determinar a destruição do material que viola a privacidade da vítima¹¹⁷.

2.11 IDAHO

Em 2014, os representantes do Estado do Idaho promoveram alteração do Código do Idaho para criar a proibição da conduta do voyeurismo ilícito (*Idaho Code. Sec 18. §6609 – Crime of video voyeurism*). A conduta criminosa fora descrita como a ação dolosa cuja intenção do autor é estimular, satisfazer ou apelar para a própria luxúria, entretenimento, desejo sexual ou lascívia; ou fazer em consideração a outrem. Também compõe o tipo a intenção de causar a

that person's health, safety, business, calling, career, financial condition, reputation, or personal relationship, provided that: (i) this paragraph shall not apply to images or videos of the depicted person made: (a) when the person was voluntarily nude in public or voluntarily engaging in sexual conduct in public; or (b) pursuant to a voluntary commercial transaction.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Hawaii Revised Statutes. Section 711-1110.9- (1)(b) (ii) Nothing in this paragraph shall be construed to impose liability on a provider of electronic communication service or a remote computing service as those terms defined in section 803-41, for an image or video disclosed through the electronic communication service or remote computing service by another person.*

¹¹⁶ *Haw. Rev. Stat. §§ 706-640, 706-660.*

¹¹⁷ *Hawaii Revised Statutes. Section 711-1110.9- (2) Violation of privacy in the first degree is a class C felony. In addition to any penalties the court may impose, the court may order the destruction of any recording made in violation of this section.*

degradação sexual e abusiva da vítima, ou de outra pessoa. A ação consiste em usar, instalar, ou permitir o uso ou a instalação de dispositivos para a captura de imagens íntimas quando a vítima teria expectativa legítima de privacidade, desconhecia a ação e, ou não consentira com a exposição do conteúdo para além de sua esfera de privacidade.¹¹⁸

O tipo é de classificação complexa, pois há duas descrições diferentes para a constituição do suporte fático da norma. Na segunda, o diálogo com o título da seção (*Crime of Video Voyeurism*) parece perder conexão, já que se retirou da descrição da conduta a aderência com a prática do voyeurismo considerada em si mesma, já que há a subtração da finalidade de satisfação sexual própria ou de outrem, sendo imposto no item (b) que aquele que simplesmente, de forma intencional ou culposa, dissemina, publica, ou conspira para a disseminação, publicação ou venda de qualquer imagem de partes íntimas da vítima, sem o consentimento dessa, ou se uma ou ambas as partes acordaram que as imagem deveria permanecer no âmbito da esfera privada dos sujeitos¹¹⁹.

As normas interpretativas limitaram o gradiente de significação dos termos: a) “*broadcast*”: significando a transmissão eletrônica do conteúdo visual com a intenção de que seja visualizado por outra ou outras pessoas; b) “*exposição*”: tornar disponível, através de qualquer meio, o conteúdo ilícito; c) “dispositivo de captação de imagem”: qualquer dispositivo capaz de gravar, armazenar, visualizar, distribuir e transmitir imagens visuais; d) “partes íntimas”: inclui a região das nádegas, genitais, púbicas, ou seios femininos; e) “lugar onde a pessoa tem razoável expectativa de privacidade”, a definição que recebeu maior detalhamento; e f) “publicação” significando as ações de tornar disponível

¹¹⁸ Idaho Code: Sec.18: § 6609: CRIME OF VIDEO VOYEURISM: (2) A person is guilty of video voyeurism when: (a) With the intent of arousing, appealing to or gratifying the lust or passion or sexual desires of such person or another person, or for his own or another person's lascivious entertainment or satisfaction of prurient interest, or for the purpose of sexually degrading or abusing any other person he uses, installs or permits the use or installation of an image device at a place where the person would have a reasonable expectation of privacy, without the knowledge or consent of the person using such place.

¹¹⁹ Idaho Code: Sec.18: § 6609: CRIME OF VIDEO VOYEURISM: (2) (b) or he either intentionally or with reckless disregard disseminates, publishes or sells or conspires to disseminate, publish or sell any image or images of such other person or persons and he knows or reasonably should have known that one or both parties agreed or understood that the images should remain private.

a imagem, pôr disponível ao comércio, postar, presentear, exhibir, circular, publicitar, tornar pública¹²⁰.

Por “*lugar onde a pessoa tem razoável expectativa de privacidade*”, o legislador entendeu por definir três contextos circunstanciais: a) um lugar no qual a pessoa poderia acreditar que era adequado para se despir ou praticar atos de relações sexuais em privacidade, sem se preocupar com a ingerência de outros, ou com a possibilidade de ser visto, fotografado, filmado ou de outro jeito ter sua imagem capturada; b) um lugar em que a pessoa poderia se sentir segura da vigilância casual ou hostil de dispositivos usados por terceiros; ou c) qualquer lugar que a pessoa, atendendo a discrição de cobrir as áreas íntimas do próprio corpo, estaria segura dos atos de captação de imagens por parte de outra pessoa, que cria assim, dispositivos para superar as barreiras criadas pela discrição da vítima.

A aplicação da norma é apenas excetuada quando se tratar de não responsabilização dos servidores da internet, de banda, ou dos prestadores de serviços de telecomunicação, quando a conduta do agente ofensor não guardar relação com a atuação destes sujeitos¹²¹.

A conduta criminosa no Estado do Idaho é punida como um crime de maior potencial ofensivo (*felony*), o que importa na constituição da moldura de aplicação da pena de até 05 (cinco) anos de prisão, e, ou, aplicação de multa de

¹²⁰ *Idaho Code: Sec.18: § 6609: CRIME OF VIDEO VOYEURISM: (1) As used in this section: (a) “broadcast” means the electronic transmittal of a visual image with the intent that it be viewed by a person or persons; b) “disseminate” means to make available by any means to any person; c) “imaging device” means any instrument capable of recording, storing, viewing or transmitting visual images; d) “intimate areas” means the buttocks, genitals or genital areas of males or females, and the breast area of female; e) “Person” means any natural person, corporation, partnership, firm, association, joint venture or any other recognized legal entity or any agent or servant thereof; f) “Place where a person has a reasonable expectation of privacy” means: i) a place where a reasonable person would believe that he could undress, be undressed or engage in sexual activity in privacy, without concern that he is being viewed, photographed, filmed or otherwise recorded by an imaging device., or; ii) a place where a person might reasonably expect to be safe from casual or hostile surveillance by an imaging device; or iii) any public place where a person, by taking reasonable steps to conceal intimate areas, should be free from the viewing, recording, storing or transmitting of images obtained by imaging devices designed to overcome the barriers created by a person’s covering of intimate areas. g) “publish” means to: i) disseminate with the intent that such image or images be made available by any means to any person; or ii) disseminate with the intent that such images be sold by another person; or iii) post, present, display, exhibit, circulate, advertise or allow access by any means so as to make an image or images available to the public; or iv) disseminate with the intent that the image or images be posted, presented, displayed, exhibited, circulated, advertised, or made accessible by any means and to make such image or images available to the public.*

¹²¹ *Idaho Code: Sec.18: § 6609:4.*

até U\$ 50.000 (cinquenta mil dólares).¹²² Não houve, todavia, qualquer previsão sobre as condutas reincidentes.

2.12 ILLINOIS

Em janeiro de 2015, passou a vigorar a alteração legislativa – que serviu de padrão para de revisão e edição da legislação dos demais estados - que criou, dentre o Título das ofensas sexuais, a proibição da exposição não consentida de imagens íntimas de cunho sexual, apresentou definições dos elementos do tipo¹²³, e deu providências de sanção.

O legislador não fez qualquer distinção sobre o elemento de gênero na caracterização do sujeito ofensor, não descrevendo, pois, o tipo com base no reconhecimento da existência de uma violência específica que justificasse o tratamento diferenciado das espécies. Portanto, no Estado de Illinois, comete o crime de compartilhamento não consentido de imagem íntima aquele sujeito que:

- a) intencionalmente expõe a imagem de outra pessoa: maior de idade, que é identificável pela imagem em si mesma ou por meio de qualquer informação veiculada em conexão com a imagem; e, está em situação de prática de atividade sexual, ou tem suas partes íntimas expostas, total ou parcialmente; e,
- b) obteve a imagem sob circunstâncias pelas quais o ofensor sabia, ou deveria saber, que a imagem deveria permanecer na esfera privada; 3) sabe ou deveria

¹²² Idaho Code Ann. §§ 18-111A, 18-112, 18-112A..

¹²³ Illinois. Comp. Stat. 720 § 5/2-11: *Non-consensual dissemination of private sexual images. (a) Definitions. For the purposes of this Section: "Computer", "computer program", and "data" have the meanings ascribed to them in Section 17-0.5 of this Code. "Image" includes a photograph, film, videotape, digital recording, or other depiction or portrayal of an object, including a human body. "Intimate parts" means the fully unclothed, partially unclothed or transparently clothed genitals, pubic area, anus, or if the person is female, a partially or fully exposed nipple, including exposure through transparent clothing. "sexual act" means sexual penetration, masturbation, or sexual activity. "Sexual activity" means any: (1) knowing touching or fondling by the victim or another person or animal, either directly or through clothing, of the sex organs, anus, or breast of the victim or another person or animal for the purpose of sexual gratification or arousal; or (2) any transfer or transmission of semen upon any part of the clothed or unclothed body of the victim for the purpose of sexual gratification or arousal of the victim or another; or (3) an act of urination within a sexual context; or (4) any bondage, fetter, or sadism masochism; or (5) sadomasochism abuse in any sexual context.*

saber que a pessoa retratada na imagem não expressou consentimento para a divulgação do conteúdo¹²⁴.

A aplicação da norma foi excepcionada pela: 1) exposição intencional da imagem identificável de outra pessoa que está praticando uma conduta sexual, ou está em situação de exposição de uma parte íntima quando o compartilhamento acontece em razão de uma investigação criminal, 2) na denúncia e uma conduta ilícita; 3) quando a exposição aconteceu em um ambiente público, onde a pessoa retratada não guardava expectativa legítima de privacidade; 4) quando o compartilhamento acontece na exploração legítima de uma finalidade comercial; 5) quando a exposição serve a defesa do melhor interesse público¹²⁵.

Ademais, exclui-se a responsabilidade dos servidores de internet, dos prestadores de serviços de telecomunicação, ou banda larga, por conteúdo compartilhado pelos usuários ou tomadores.¹²⁶

O crime de disseminação não consensual de imagens íntimas foi classificado como um crime de maior potencial ofensivo de quarta categoria (*class 4 felony*), o que no Estado de Illinois importa em sanções de prisão de 01 (um) a 3 (três) anos de prisão, e, ou, multa de até U\$ 25.000 (vinte e cinco mil dólares)¹²⁷. Não há qualquer previsão de maior rigor para as condutas criminosas reincidentes. Além das sanções de pena e multa, no Estado de Illinois, o agente

¹²⁴ Illinois. Comp. Stat. 720 § 5/2-11: *A person commits non-consensual dissemination of private sexual images when he or she: 1) intentionally disseminates an image of another person: A) who is at least 18 years of age; and B) who is identifiable from the image itself or information displayed in connection with the image; and C) who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed, in whole or in part; and 2) obtains the image under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; and 3) knows or should have known that the person in the image has not consented to the dissemination.*

¹²⁵ Illinois. Comp. Stat. 720 § 5/2-11: *The following activities are exempt from the provisions of the Section: 1) The intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the dissemination is made for the purpose of a criminal investigation that is otherwise lawful; 2) the intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the dissemination is for the purpose of, or in connection with, the reporting of unlawful conduct; 3) the intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the images involve voluntary exposure in public or commercial settings.*

¹²⁶ Illinois. Comp. Stat. 720 § 5/2-11: *Nothing in this section shall be construed to impose liability upon the following entities solely as a result of content or information provided by another person: (1) an interactive computer service, as defined in 47 USC 230 (f) (2); (2) a provider of public mobile services of private radio services, as defined in section 13-214 of the public Utilities Act, or 3) a telecommunication network or broadband provider.*

¹²⁷ Illinois Comp. Stat. 730 §§ 5/5-4.5-15, 5/5-4.5-50.

agressor pode ser punido com a sanção de confisco das vantagens pecuniárias e acumulações, obtidas em razão da atividade ilícita¹²⁸.

2.13 LOUISIANA

Em 2015, a legislatura do Estado da Louisiana promoveu emenda ao R.S. (Revised Statutes) na Seção 14 (Direito Criminal) para criar o tipo penal da exposição íntima não consentida, descrever os elementos da ofensa, definições, e exceções, e delimitar o âmbito de aplicação da norma.

O tipo penal foi definido na ocorrência cumulativa dos elementos circunstanciais de: 1) o sujeito intencionalmente expor a imagem de outra pessoa (de idade igual ou superior aos 17 anos), que pode ser identificada pelo conteúdo do material compartilhado, em exposição de suas partes íntimas; 2) o sujeito que expõe a intimidade de outrem obter o material de modo que o homem médio seria capaz de inferir que haveria a pretensão do outro na privacidade do conteúdo; 3) o sujeito que expõe ter ciência ou deveria saber que a pessoa retratada no material não consentiu com a exposição; 4) o sujeito que expõe a imagem ter por motivação o intento de assediar ou causar danos emocionais a pessoa capturada pela imagem. Ademais, compõe a circunstancialidade da conduta o fato da pessoa que cometeu a ofensa ter ciência ou deveria ter (parâmetro da razoabilidade) de que a exposição teria o potencial causar o assédio ou os danos emocionais para a pessoa retratada no conteúdo¹²⁹.

A amplitude da constituição do suporte fático da norma é controlado pela exclusão das hipóteses da: a) administração da justiça criminal nas investigações de ilícitos; b) no cumprimento estrito da lei, e na repressão de

¹²⁸ Illinois. Comp. Stat. 720 § 5/2-11: *A person convicted under this section is subject to the forfeiture provisions in Article 124B of the Code of Criminal Procedure of 1963.*

¹²⁹ R.S. 14:283.2 A) *A person commits the offense of nonconsensual disclosure of a private image when all of the following occur: (1) the person intentionally disclosure an image of another person who is seventeen years of age or older, who is identifiable from the image or information displayed in connection with the image, and whose intimate parts are exposed in whole or in part; (2) the person who discloses the image obtained it under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; (3) the person who discloses the image knew or should have known that the person in the image did not consent to the disclosure of the image; (4) the person who discloses the image has the intend to harass or cause emotional distress to the person in the image, and the person who commits the offense knew or should have known that the disclosure could harass or cause emotional distress to the person in the image.*

condutas ilícitas; c) quando a exposição se dá em lugar público, em circunstância bastante para o afastamento da pretensão legítima de privacidade; d) quando o conteúdo é afetada ao interesse público, ou está diretamente relacionada à figuras públicas que desempenhem função de interesse da sociedade¹³⁰.

Após a descrição do tipo penal e de seus elementos circunstanciais constitutivos, a tecnologia legislativa adotada aponto a definição dos elementos terminológicos que importam para a interpretação do fenômeno da incidência da norma específica.

Descreveu-se o que deveria se entender por “exposição”¹³¹, por “imagem”¹³², e por “partes íntimas”¹³³.

No Estado da Louisiana, firmou-se a definição da “exposição” aquela que ocorre por meio eletrônico ou físico, que importa na transferência, doação, distribuição, envio por email, entrega por delivery, circulação, publicação na internet, ou disseminação por qualquer meio que seja. Definiu-se “imagem” como peça fotográfica, filme, gravação digital, ou qualquer meio de retratar ou reproduzir um objeto, incluindo-se o corpo humano. Como “partes íntimas” significou-se a nudez completa, parcial ou transparência das vestes na cobertura das partes genitais, púbicas ou ânus. Incluiu-se a definição específica para se o elemento for feminino, há a abrangência para a exposição total ou parcial dos mamilos, e mais, do uso de transparências.

¹³⁰ R.S. 14.283.2 (B) *Disclosure of an image under any of the following circumstances does not constitute commission of the offense defined in subsection A of this Section: 1) when the disclosure is made by any criminal justice agency for the purpose of a criminal investigation that is otherwise lawful; 2) when the disclosure is made for the purpose of, or in connection with, the reporting of unlawful conduct to law enforcement or a criminal justice agency; 3) when the person depicted in the image voluntarily or knowingly exposed his or her intimate parts in a public setting; 4) when the image is related to a matter of public interest, public concern, or related to a public figure who is intimately involved in the resolution of important public questions, or by reason of his fame shapes in areas of concern to society.*

¹³¹ R.S. 14.283.2 (C) *For the purpose of this section: (2) “Disclosure” means to, electronically or otherwise, transfer, give, provide, distribute, mail, deliver, circulate, publish on the internet, or disseminate by any means.*

¹³² R.S. 14.283.2 (C) (3) *“Image” means any photograph, film, videotape, digital recording, or other depiction or portrayal of an object, including a human body.*

¹³³ R.S. 14.283.2 (C) (4) *“Intimate parts” means the fully unclothed, partially unclothed, or transparently clothed genitals, pubic area, or anus. If the person depicted in the image is a female, “intimate parts” also means a partially or fully exposed nipple, including exposure through transparent clothing.*

Deu-se providência ademais sobre a exclusão da responsabilidade dos provedores de serviços de internet, de telecomunicação ou de informação, por conteúdos compartilhados por outra pessoa¹³⁴.

A reprovabilidade da conduta fez importar na imposição de pena específica de multa de até (máximo) U\$ 10.000 (dez mil dólares), e, ou, prisão – com ou sem trabalhos forçados – por não mais que 2 (dois) anos.¹³⁵ Não há previsão de diferenciação da pena para os casos de reincidência.

2.14 MAINE

No ano de 2015, o Poder legislativo do Estado do Maine editou a alteração à Sec. 1. 17-A MRSA (HP. 460 – LD. 679), para incluir o parágrafo 551-A, criando a proibição do compartilhamento não autorizado de certas imagens íntimas, dando providências de punição e definindo os elementos do tipo penal.

O autor comete o crime de compartilhamento não autorizado de imagens íntimas se o fizer com a intenção de assediar, atormentar, ou ameaçar a vítima ou terceiros. Definiu-se o elemento doloso na formulação do tipo, nas ações de compartilhar, disseminar, publicar ou reproduzir as fotografias, vídeos, filmes ou gravações digitais. Observa-se que a descrição simples dos elementos físicos da conduta excluía diversas possibilidades de retratação da imagem por técnicas *high* ou *low-tech*. O elemento circunstancial da exposição diz respeito ao estado de nudez, no exercício de uma prática sexual ou em estado de contato sexual, de modo que não haveria qualquer interesse público no fato¹³⁶.

¹³⁴ R.S. 14.283.2 (D) *Nothing in this section shall be construed to impose liability on the provider of an interactive computer service as defined by 47 U.S.C. 230 (f)(2), an information service as defined by 47 U.S.C. 153 (53), for content provided by another person.*

¹³⁵ R.S. 14.283.2 (E) *Whoever commits the offense of nonconsensual disclosure of a private image shall be fined not more than ten thousand dollars, imprisoned with or without hard labor for not more than two years, or both.*

¹³⁶ MRSA: Sec. 1 17-A §511-A: 1. *A person is guilty of unauthorized dissemination of certain private images if the person, with the intent to harass, torment or threaten the depicted person or another person, knowingly disseminates, displays or publishes a photograph, videotape, film or digital recording of another person in a state of nudity or engaged in a sexual act or engaged in sexual contact in a manner in which there is no public or newsworthy purpose when the person knows or should have known that the depicted person: a) Is 18 years of age or older; b) Is identifiable from the image itself or information displayed in connection with the image; and c) has not consented to the dissemination, display or publication of the private image.*

No temperamento da aplicação objetiva do tipo, considerou-se o estado de conhecimento razoável do autor das situações: 1) de idade do ofendido, estabelecendo-se a faixa etária igual ou superior a 18 (dezoito) anos; 2) da condição de a vítima poder ser identificada pela imagem, ou por dados da publicação que a pudessem identificar (*doxing*); 3) a vítima não ofereceu consentimento para a prática do compartilhamento, exibição ou publicação do conteúdo.¹³⁷

Após a exposição dos elementos de constituição do tipo, o legislador fez a opção por apresentar as situações em que a norma não se aplica: 1) quando dizer respeito aos tratamentos e práticas médicas lícitas; 2) quando a imagem fora criada em exposições voluntárias em ambientes públicos, ou com finalidades comerciais específicas. A terceira situação é excludente da responsabilidade dos servidores de internet e dos prestadores de serviços de telecomunicação, quando não houver relação da atividade com a atuação do autor da conduta criminosa¹³⁸.

Na terceira parte da seção, apresentou-se a definição dos termos considerados problemáticos para a interpretação do tipo: “ato sexual”, “contato sexual” e estado de nudez. Por “ato sexual” delimitou-se o alcance fazendo-se remissão à definição já presente na Seção Específica de definições e providências gerais do Código Criminal do Maine (§251, Sub-1.C)¹³⁹, estendendo a definição para constar: a) a retratação do ato de transmissão ou transferência do sêmen sobre partes do corpo nu ou vestido da pessoa retratada; b) o ato de excreção dentro de um contexto sexual; c) *bondage* ou sadomasoquismo em contextos sexuais; d) simulação dos atos sexuais; e e)

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ MRSA: Sec. 1 17-A, §511-A: 2. *This section does not apply to the following: A. lawful and common practices of medical treatment; B. images involving voluntary exposure in a public or commercial setting; C. An interactive computer service, as defined in 47 United States Code, Section 230(f)(2), or an information service as defined in 47 United States Code, Section 153, with regard to content provided by another person.*

¹³⁹ MRSA: Sec. 1 17-A. §251. 1. C. “Sexual act” means: (1) Any act between 2 persons involving direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; (2) Any act between a person and an animal being used by another person which act involves direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; or (3) Any act involving direct physical contact between the genitals or anus of one and an instrument or device manipulated by another person when that act is done for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact. A sexual act may be proved without allegation or proof of penetration. [1985, c. 495, §5 (RPR).]

masturbação¹⁴⁰. Sobre “contato sexual” o legislador ampliou a definição específica da seção §251, Sub-1.D¹⁴¹, para incluir as práticas simuladas. Por fim, definiu o “estado de nudez” como a condição de nudez completa, parcial, ou coberto por transparência da área genital, púbica, anal, ou – no caso das mulheres – para a região abaixo da marca do topo da aréola dos seios¹⁴².

O rigor da punição para o ato criminoso no Estado do Maine recebeu a categorização de um crime de menor potencial ofensivo de classe D¹⁴³, o que significa uma moldura para aplicação de pena de no máximo 01 (um) ano de prisão, e, ou, multa de no máximo U\$ 2.000 (dois mil dólares)¹⁴⁴. Não há previsão de maior reprovabilidade para os casos de reincidência.

2.15 MARYLAND

Também em 2014, entrou em vigor no Estado de Maryland a alteração legislativa à seção das leis Criminais concernentes às práticas de *stalking* e assédio sexual, na especificidade da questão do *revenge porn* (*Annotated Code of Maryland*, § 3-809 *Revenge porn prohibited*).

A tecnologia adotada pelo legislador foi definida pela descrição do que seriam as “partes íntimas” e “o contato sexual”, houve veto à intenção de se descrever o que seria o ato de tornar público, disseminar as imagens íntimas.

Descreveu-se como partes íntimas a exposição dos genitais, a região púbica, as nádegas, e os mamilos femininos¹⁴⁵. O “contato sexual” foi descrito

¹⁴⁰ MRSA: Sec. 1. 17-A. §511-A: A. “Sexual act” has the same meaning as in section 251, subsection 1, paragraph C and also includes: 1) the transfer or transmission of semen upon any part of the clothed or unclothed body of the depicted person; 2) urination within a sexual context; 3) bondage or sadomasochism in any sexual context; 4) simulated sexual acts; and 5) masturbation.

¹⁴¹ MRSA: Sec. 1 17-A. §251. 1. D. “Sexual contact” means any touching of the genitals or anus, directly or through clothing, other than as would constitute a sexual act, for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact. [1985, c. 495, §6 (AMD).]

¹⁴² MRSA: Sec. 1. 17-A. §511-A: 3. B: “Sexual contact” has the same meaning as in section 251, subsection 1, paragraph D na includes simulated sexual contact.

¹⁴³ MRSA: Sec. 1. 17-A: 4. Unauthorized dissemination of certain private images is a Class D crime.

¹⁴⁴ MRSA: Tit. 17-A §§ 1252, 1301.

¹⁴⁵ *Annotated Code of Maryland*: 3-809: “(A) (1) In this section the following words have the meanings indicated: (2) ‘intimate parts’ means the naked genitals, pubic área, buttocks, or female nipple”.

como as relações sexuais: genital-genital; oral-genital; anal-genital; ou oral-anal, entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos distintos¹⁴⁶.

A seção dos atos de *revenge porn* não se aplicam aos permissivos previstos para os casos em que a exposição das imagens importa aos casos de cumprimento estrito da lei, ou de denúncia de ilícitos, ou são imprescindíveis para o curso dos processos e da realização do Direito. Tampouco se aplicam as restrições para os casos versam sobre a exposição voluntária em público ou para fins da livre iniciativa das atividades lucrativas.¹⁴⁷

As alterações também fizeram importar que aqueles que prestam serviços de computação não devem ser considerados responsáveis pelas condutas criminosas previstas na seção, por conteúdos compartilhados por outra pessoa¹⁴⁸. A exclusão da responsabilidade dos provedores não teve considerações de circunstâncias, sendo apresentada em moldura genérica.

O tipo foi definido na proibição da conduta intencional em se causar danos emocionais a outrem – há também na legislação do Estado de Maryland, a definição do motivo finalístico da intenção em causar a ofensa emocional. A disseminação do conteúdo também tem que se configurar como uma conduta intencional do autor quando da postagem do conteúdo – produzida por qualquer meio bastante para a finalidade – e que exponha de forma incontestada a identidade da vítima, quando da exposição de suas partes íntimas, ou quando da prática de atividades sexuais¹⁴⁹.

As regras de balizamento foram traçadas para definir que o autor deve ter a ciência de que a outra parte não consentiu com a exposição da intimidade; e, que as circunstâncias pelas quais os fatos ocorreram, a outra parte teria a

¹⁴⁶ *Annotated Code of Maryland: 3-809: (A) (3) “sexual contact” means sexual intercourse, including genital-genital; oral-genital, anal-genital, or anal-genital, whether between persons of the same or opposite sex.*

¹⁴⁷ *Annotated Code of Maryland: 3-809: (B) (1) “This section does not apply to: (i) lawful and common practices of law enforcement; the reporting of unlawful conduct, or legal proceedings; or (ii) situations involving voluntary exposure in public or commercial settings”.*

¹⁴⁸ *Annotated Code of Maryland: 3-809: (2) “An interactive computer service, as defined in 47 USC. § 230(F)(2), is not liable under this section for content provided by another person.*

¹⁴⁹ *Annotated Code of Maryland: 3-809: (C) “A person may not intentionally cause serious emotional distress to another by intentionally placing on the internet a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of the image of the other person that reveals the identity of the other person with his or her intimate parts exposed or while engaged in act of sexual contact: (1) knowing that the other person did not consent to the placement of the image on the internet; and (2) under circumstances in which the other person had the reasonable expectation that the image would be kept private”.*

expectativa legítima de que o material fosse mantido dentre as esferas da vida privada¹⁵⁰.

A reprovabilidade da conduta importou na revisão da classificação do rigor punitivo, sendo classificada como crime de menor potencial ofensivo punível com pena de prisão de até 2 (dois) anos e, ou multa de até U\$ 5.000 (cinco mil dólares)¹⁵¹.

2.16 NEVADA

Em outubro de 2015, passou a vigorar no Estado de Nevada alteração legislativa que criou – na seção dos crimes contra a pessoa (*NRS 200*)- o crime de compartilhamento ilícito de imagens íntimas de uma pessoa (*unlawful dissemination of an intimate image of a person*), dando providências de punição e definições dos elementos do tipo.

Definiu-se como elementos do tipo a ação de compartilhar ou vender imagens íntimas de uma pessoa, com a intenção de assediar, causar danos, ameaçar, aterrorizar a vítima; quando: a) a pessoa retratada não consentiu com a compartilhamento eletrônico ou a venda do conteúdo; b) guardava uma expectativa legítima de que o conteúdo permaneceria na esfera privada, e não poderia ser visualizado pelo público; e, c) a vítima tinha 18 anos ou mais quando a imagem fora criada.¹⁵²

A aplicação da norma nos casos de disseminação não consentida de imagem íntima não o compartilhamento do conteúdo em observância ao interesse público legítimo, na denúncia de condutas criminosas, na administração da justiça e repreensão de condutas ilícitas, ou quando importar na investigação ou prossecução de uma violação desta mesma seção de

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Annotated Code of Maryland: 3-809: (D) “A person who violates this section is guilty of a misdemeanor and on conviction is subject to imprisonment not exceeding 2 years or a fine not exceeding \$5,000 or both”.*

¹⁵² *NRS. §200:/Assembly Bill No. 49: Sec. 5: 1. Except as otherwise provided in Subsection 3, a person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image when, with the intent to harass, harm or terrorize another person, the person electronically disseminates or sells an intimate image which depicts the other person and the other person: (a) did not give prior consent to the electronic dissemination or the sale of the intimate image; b) Had a reasonable expectation that the intimate image would not be made visible to the public; and (c) was at least 18 years of age when the intimate image was created.*

direitos¹⁵³. Tampouco se atribuiu responsabilidade aos prestadores de serviços de telecomunicação, ou provedores da internet por conteúdos disponibilizados por terceiros¹⁵⁴.

Aquele que comete o crime de disseminação de imagens íntimas de forma não consentida cometo um crime de maior potencial ofensivo de categoria D (*category D felony*), o que no Estado de Nevada importa em aplicação de sanções de pena de prisão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e, ou, multa de até U\$ 5.000 (cinco mil dólares)¹⁵⁵ ¹⁵⁶. Ademais da previsão para a consumação da conduta de compartilhar as imagens, a alteração legislativa também fez incluir a proibição para a conduta extorsiva de se exigir vantagem financeira, de pagamento de pecúnia ou propriedade, serviços ou outra vantagem para se remover a imagem do ambiente público. A conduta extorsiva é considerada também um crime de maior potencial ofensivo de categoria D, recebendo as mesmas sanções descritas para o tipo principal¹⁵⁷.

Distingue-se na alteração normativa realizada pelo Estado de Nevada o fato de que se fazer incluir a determinação de que aqueles que são considerados culpados pelo crime de disseminação não consentida de imagens íntimas não devem ter em seus registros criminais a informação de que é um criminoso que cometeu uma ofensa sexual, não devendo constar ainda tal informação nos demais bancos de informação dos serviços públicos¹⁵⁸.

¹⁵³ NRS. §200:/Assembly Bill No. 49: Sec 3. *The Provisions of this section do not apply to the electronic dissemination of an intimate image for the purpose of (a) a legitimate public interest; b) reporting unlawful conduct; any lawful law enforcement or correctional activity; d) Investigation or prosecution of a violation of this section; or e) preparation for use in any legal proceeding.*

¹⁵⁴ NRS. §200:/Assembly Bill No. 49: Sec 6.5: *The provisions of sections 2 to 6.5, inclusive, of this act must not be construed to impose liability on an interactive computer service for any content provided by another person.*

¹⁵⁵ NRS. §200:/Assembly Bill No. 49: Sec. 2: *A person who commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image is guilty of a category D felony and shall be punished as provided in NRS 193.130.*

¹⁵⁶ NRS §193.130: *A category D felony is a felony for which a court shall sentence a convicted person to imprisonment in the state prison for a minimum term of not less than 1 year and a maximum term of not more than 4 years. In addition to any other penalty, the court may impose a fine of not more than \$5,000, unless a greater fine is authorized or required by statute.*

¹⁵⁷ NRS. §200:/Assembly Bill No. 49: Sec. 6 *Any person who demands payment of money, property, services or anything else of value from a person in exchange for removing an intimate image from public view is guilty of a category D felony and shall be punished as provided in NRS 193.130.*

¹⁵⁸ NRS. §200:/Assembly Bill No. 49: Sec. 4. *A person who commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image is not considered a sex offender and is not subject to registration or community notification as a sex offender pursuant to NRS 179D.010 to 179D.550, inclusive.*

2.17 NOVA JERSEY

Em janeiro de 2015, o Poder Legislativo do Estado de Nova Jersey promoveu emenda ao Código de Justiça Criminal, fazendo constar no Título dos Crimes de invasão de Privacidade, para além dos crimes de voyeurismo, o crime em terceiro grau, da exposição não consentida de imagens íntimas (*New Jersey Statutes – Title 2C: 14-9*).

Compõem as ações criminosas os atos de vender, fabricar, dar, fornecer, emprestar, alugar, trocar, enviar por correio eletrônico, entregar, transferir, publicar, fazer circular, disseminar, compartilhar, presentear, exhibir, publicitar ou oferecer imagem íntima de outra pessoa cujas partes íntimas estão expostas ou que está em situação de prática de atividade sexual¹⁵⁹.

Há no delineamento da proibição, as defesas afirmativas do autor para os casos em que prestou notícia anterior sobre a intenção específica de expor o conteúdo, provocando dessa forma a consideração da parte em situação de exposição¹⁶⁰; ou quando a ação do autor encontra respaldo em alguma finalidade lícita. Há, outrossim, o permissivo para o exercício das atividades de vigilância dos vestiários ou provadores quando a ação importa na prossecução penal, na administração da justiça, ou o compartilhamento é feito entre empregados, gerentes ou supervisores na atuação segundo o próprio escopo da função de vigilância realizada¹⁶¹.

¹⁵⁹ *New Jersey Statutes – Tit. 2C:14-9: (c). An actor commits a crime of the third degree if, knowing that he is not licensed or privileged to do so, he discloses any photograph, film, videotape, recording or any other reproduction of the image of another person whose intimate parts are exposed or who is engaged in an act of sexual penetration or sexual contact, unless that person has consented to such disclosure. For purposes of this section, “disclose” means sell, manufacture, give, provide, trend, lend, trade, mail, deliver, transfer, publish, distribute, circulate, disseminate, present, exhibit, advertise or offer. Notwithstanding the provisions of subsection b. of N.J.S.2C: 43-3, a fine not exceed \$30,000 may be imposed for a violation of this subsection.*

¹⁶⁰ *New Jersey Statutes – Tit. 2C:14-9: (d) It is an affirmative defense to a crime under this section that: (1) the actor posted or otherwise provided prior notice to the person of the actor’s intent to engage in the conduct in subsection a., b., or c., and: (2) the actor acted with a lawful purpose.*

¹⁶¹ *New Jersey Statutes – Tit. 2C:14-9: (2) It shall be a violation of subsection c. to disclose in any such photograph, film, videotape or recording of another person using a fitting room or dressing room except under the following circumstances: a) to law enforcement officers in connection with a criminal prosecution; b) pursuant to subpoena or court order for use in a legal proceeding; or c) to a co-worker, manager or supervisor acting within the scope of his employment.*

O crime de invasão de privacidade, quando da exposição não consentida de imagens íntimas, recebeu a classificação de crime em terceiro grau, o que no Estado de Nova Jersey significaria – sob a regra geral - o enquadramento da moldura da pena de prisão de no mínimo 03 (três) e no máximo 05 (cinco) anos de prisão, e, ou, pena de multa de até U\$ 15.000 (quinze mil dólares). Há, todavia, a criação de uma regra especificação para o tipo, majorando a pena de multa para até U\$ 30.000 (trinta mil dólares)¹⁶². Não se percebeu a previsão de situações distintas para as hipóteses de reincidência.

2.18 Novo MÉXICO

Em julho de 2015, passou a vigorar no Novo México a alteração ao Código Criminal que deu providência para a criação do tipo do crime da exposição de imagem sensíveis de forma não consentida (HJC/HB 142), e correspondente punição.

O tipo foi constituído na distribuição, publicação, ou qualquer forma que disponibilize de forma não autorizada imagens sensíveis, por meio da comunicação eletrônica ou física, com ou sem elementos de identificação da vítima, com o intuito de: a) assediar, humilhar, ou intimidar o sujeito; b) incitar que outro assedie, humilhe ou intimide a vítima; c) causar à vítima temor pelo própria integridade ou de familiar, pondo-lhe em situação de risco; d) causar a vítima danos de ordem física, material ou emocional¹⁶³.

Para a aplicação conforme as restritas balizas do tipo, promoveu-se a definição dos conceitos de: i) “aparelhos ou dispositivos de comunicação

¹⁶² *New Jersey Statutes – Tit. 2C:14-9: (c). An actor commits a crime of the third degree if, knowing that he is not licensed or privileged to do so, he discloses any photograph, film, videotape, recording or any other reproduction of the image of another person whose intimate parts are exposed or who is engaged in an act of sexual penetration or sexual contact, unless that person has consented to such disclosure. For purposes of this section, “disclose” means sell, manufacture, give, provide, trend, lend, trade, mail, deliver, transfer, publish, distribute, circulate, disseminate, present, exhibit, advertise or offer. Notwithstanding the provisions of subsection b. of N.J.S.2C: 43-3, a fine not exceed \$30,000 may be imposed for a violation of this subsection.*

¹⁶³ HJC/HB 142: A. *Unauthorized distribution of sensitive images consists of distributing, publishing or otherwise making available, by an electronic communications device or other means, sensitive images of a person, with or without information identifying that person, without that person’s consent: (1) with the intent to: (a) harass, humiliate, or intimidate that person; b) incite another to harass, humiliate or intimidate that person; c) cause that person to reasonably fear for that person’s own or family members’ safety; d) cause that person to suffer unwanted physical contact or injury; or e) cause that person to suffer substantial emotional distress.*

eletrônica”; ii) “serviços de informação”; iii) “serviço de computação interrelacional”; iv) “ato íntimo”; v) “imagens sensíveis”; vi) “provedor de telecomunicações”.

Sobre os aparelhos ou dispositivos de comunicação eletrônica buscou-se a significação ilustrativa daqueles aparelhos de uso corrente: computadores, sites da internet, gravadores de vídeo, câmeras digitais, fac símile, telefone celular, *pager*, abrangendo por fim qualquer dispositivo capaz de produzir, e gerar imagens, mensagens ou sinal¹⁶⁴. Os serviços informacionais foram descritos como os capazes de promover a geração, aquisição, armazenamento, transformação, processamento, publicação, utilização ou disponibilização de conteúdo¹⁶⁵.

As “imagens sensíveis” foram descritas pelo legislador como aquelas imagens, fotografias, vídeos ou similares que retratam ou simulam um ato íntimo ou expõem os genitais, os seios femininos abaixo da área da aureola, em situação de nudez completa, ou parcial, ou coberta por material em transparência; imagens que segundo um padrão médio de razoabilidade devem importar no senso de que pertencem a uma esfera da vida privada do sujeito, que devido à importância da intimidade, não deveriam ser distribuídas sem o consentimento do sujeito¹⁶⁶.

No Novo México, a conduta típica é considerada como crime de menor potencial ofensivo, o que importa em punição máxima de multa até U\$ 1.000 (mil dólares) e prisão por até 01 (um) ano¹⁶⁷. Em casos de reincidência, a maior reprovabilidade da conduta que passa a ser classificada como crime de maior potencial ofensivo de quarto grau, importando na aplicação de pena de no

¹⁶⁴ HJC/HB 142: (B) *For the purpose of this section: (1) “Electronic communications device” means a computer, an internet website or page, a video recorder, a digital camera, a fax machine, a telephone, a cellular telephone, a pager or any other device that can produce an electronically generated image, message or signal.*

¹⁶⁵ HJC/HB 142: (B)(2) *“Information service” means a service offering the capability of generating, acquiring, storing, transforming, processing, publishing, retrieving, utilizing or making available information.*

¹⁶⁶ HJC/HB 142: (B)(5) *“Sensitive images” means images, photographs, videos or other likenesses depicting or simulating an intimate act or depicting any portion of person’s genitals, or of a woman’s breast below the top of areola, that is either uncovered or visible through less than fully opaque clothing, which images may reasonably be considered to be private, intimate or inappropriate for distribution or publication without that person’s consent.*

¹⁶⁷ *New Mexico Statutes: § 31-19-1.*

máximo 18 (dezoito) meses de prisão, e, ou, multa de até U\$ 5.000 (cinco mil dólares).

Há também a isenção da responsabilidade dos provedores de serviços de computação, manutenção de servidores da internet, ou agentes de telecomunicação, quando da disseminação de conteúdo por outro sujeito; bem como quando da distribuição do material ser feita em observância ao interesse público, isentando de qualquer responsabilidade os meios licenciados de comunicação e de *broadcast*¹⁶⁸.

2.19 OREGON

Em 2015, a legislatura do Estado do Oregon promoveu a emenda da Seção do ORS 161.005, acrescentando o tipo da disseminação ilícita de imagem íntima, e, declarando a emergência para a entrada em vigor quando da passagem do ato para a preservação da paz social.

A constituição do tipo penal observou quatro panoramas circunstanciais: 1) a ação volitiva do autor em assediar, humilhar ou injuriar a vítima, compartilhando através da internet material que possibilite a identificação da vítima cujas partes íntimas se mostrem visíveis, ou que o represente em curso de atividade sexual¹⁶⁹; 2) quando o autor tem ciência, ou deveria razoavelmente considerar que a outra parte não consentira com a exposição¹⁷⁰; 3) quando a outra parte é de fato assediada, humilhada, ou injuriada pela exposição não

¹⁶⁸ HJC/HB: (D) *Nothing in this section shall be construed to impose liability on: 1) an interactive computer service, an information service or a telecommunications provider for content provided by another person; or 2) a person who reproduces, distributes, exhibits, publishes, transmits or otherwise disseminates content in furtherance of a legitimate public purpose, including the compilation or dissemination of news by newspapers and licensed broadcasters.*

¹⁶⁹ ORS 161.005: SECTION 1. (1) *A person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image if: (a) the person, with the intent to harass, humiliate or injure another person, knowingly causes to be disclosed through an internet website an identifiable image of the other person whose intimate parts are visible or who is engaged in sexual conduct.*

¹⁷⁰ ORS 161.005: SECTION 1. (1) *A person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image if: (b) the person knows or reasonably should have known that the other person does not consent to disclosure.*

consentida¹⁷¹; 4) ou quando há o preenchimento do padrão médio de conduta na medida do grave do assédio, da humilhação ou da injúria¹⁷².

A conduta antijurídica recebeu a classificação de um crime de menor potencial ofensivo de primeira classe, sendo punida no Oregon com até 1 (um) ano de prisão e, ou multa de até U\$ 6.250 (seis mil duzentos e cinquenta dólares)¹⁷³. Há a previsão de maior reprovabilidade da conduta em caso de reincidência; neste caso, a classificação é de um crime de maior potencial ofensivo de terceira ordem (*Class C felony*)¹⁷⁴.

Após a classificação da conduta e da exposição dos elementos constitutivos do tipo, a tecnologia legislativa adotada promoveu o balizamento para a interpretação das circunstâncias em que os termos “compartilhamento”, “imagem”, “provedores de serviços de computação”, “partes íntimas” e “conduta sexual”.

O legislador fez a opção pela descrição exemplificativa da amplitude do termo “compartilhamento” elencando as ações que estariam incluídas no tipo. A descrição não se pretendeu exaustiva. A transferência, a publicação, a distribuição, a exibição, e a oferta foram listadas como hipóteses¹⁷⁵.

A descrição das circunstâncias de “imagem” também foi ilustrativa. As possibilidades de retratação por meio da fotografia, filme, videotape, gravações, ou outras reproduções visuais, independente da forma de como o material é armazenado¹⁷⁶.

A descrição de “partes íntimas” não restou ilustrativa, elencou-se apenas a exposição dos genitais, da região púbica e dos mamilos femininos¹⁷⁷. Sobre as

¹⁷¹ ORS 161.005: SECTION 1. (1) A person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image if (c) the other person is harassed, humiliated or injured by the disclosure.

¹⁷² ORS 161.005: SECTION 1. (1) A person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image if: (d) A reasonable person would be harassed, humiliated or injured by the disclosure.

¹⁷³ ORS § 161.615; § 161.635:

¹⁷⁴ ORS 161.005: SECTION 1.(2)(A) Except as provided in paragraph (B) of this subsection, unlawful dissemination of an intimate image is a Class A misdemeanor. (B) Unlawful dissemination of an image is a Class C felony if the person has a prior conviction under this section at the time of the offense.

¹⁷⁵ ORS 161.005: SECTION 1.(3) As used in this section: (a) “Disclosure” includes, but is not limited to, transfer, publish, distribute, exhibit, advertise and offer.

¹⁷⁶ ORS 161.005: SECTION 1.(3) (b) “image” includes, but is not limited to, a photograph, film, videotape, recording, digital picture and other visual reproduction, regardless of the manner in which the image is stored. ,

¹⁷⁷ ORS 161.005: SECTION 1.(3) (e) “Intimate parts” means uncovered human genitals, pubic areas or female nipples.

“condutas sexuais” há a previsão limitativa para o intercuro sexual ou práticas desviantes, ou masturbação¹⁷⁸.

O alcance da incidência da antijuridicidade da conduta revisada exclui a aplicação da norma para os casos de: 1) necessidade para a administração da justiça, investigação de condutas ilícitas e prossecução criminal; 2) finalidades médicas, científicas e educacionais; 3) preenchimento dos requisitos para a procedimentalidade das pretensões civis ou criminais; 4) denúncia de condutas ilícitas; 5) interesse público relevante; 6) consentimento e voluntariedade do sujeito, ou expressão da sexualidade em locais públicos, ou para a exploração da livre iniciativa com finalidade lucrativa¹⁷⁹.

Destaca-se que a exclusão prevista a não incidência da norma nos casos de “interesse público relevante” é tida como um permissivo problemático por parte da doutrina especializada, por gerar uma ampla abertura que retira a precisão específica da ordem restritiva das garantias e liberdades civis (FRANKS, 2015. p. 7-14).

2.20 PENSILVÂNIA

Em 2014, a legislatura do Estado da Pensilvânia alterou os Estatutos Consolidados para criar por emenda ao título 18 (Crimes e Ofensas) o crime de compartilhamento não consentido de imagem íntima (Pa C.S.a. Sec. 18 - §3131), e, na mesma oportunidade, alterou a disciplina dos procedimentos judiciais para garantir a possibilidade de ação civil por parte da vítima para a reparação de danos sofridos por ocasião da exposição não consentida (Pa C.S.a. Sec. 42 - §8316.1).

¹⁷⁸ ORS 161.005: SECTION 1.(3) (f) “Sexual conduct” means sexual intercourse or deviate sexual intercourse, as those terms are defined in ORS 163.305, or masturbation.

¹⁷⁹ ORS 161.005: “This section does not apply to: (a) activity by law enforcement agencies investigating and prosecuting criminal offenses; (b) legitimate medical, scientific or educational activities; (c) legal proceedings, when disclosure is consistent with common practice in civil proceedings or necessary for the proper functioning of the criminal justice system; (d) the reporting of unlawful conduct to a law enforcement agency; (e) disclosure that serve a lawful public interest; (f) disclosure of images depicting the other person voluntarily displaying, in a public area, the other person’s intimate parts or engaging in sexual conduct, or originally created for a commercial purpose with the consent of the other person; or (g) the provider of an interactive computer service for an image of intimate parts provided by an information content provider.

O tipo foi constituído no sentido de que se comete o crime de exposição íntima não consentida quando a pessoa, com a intenção de causar dano, perturbação ou assédio a um parceiro sexual atual ou anterior, distribui uma representação visual da vítima em situação de nudez ou de prática de atividade sexual¹⁸⁰.

Na seção, admitiu-se como forma legítima de defesa a divulgação imagética de forma consentida pela pessoa retratada no material, por se tratar de forma legítima de se expressar, ou explorar a iniciativa comercial¹⁸¹.

Ademais, na definição do gradiente de aplicação da pena para a conduta, o legislador fez a opção pelo estabelecimento da diferenciação da conduta se praticada contra vítima sendo sujeito menor, ou maior de idade¹⁸². Nos casos de vítimas menores, a conduta é classificada como crime de menor potencial ofensivo de primeiro grau, o que importa na moldura de pena de prisão de no máximo 5 (cinco) anos, e, ou, multa de até U\$ 10.000 (dez mil dólares)¹⁸³. Já nos casos em que vítima é maior de idade, o crime recebe a classificação de crime de menor potencial ofensivo de segundo grau, importando em uma aplicação de pena de no máximo 2 (dois) anos de aprisionamento, e, ou, multa de até U\$ (cinco mil dólares)¹⁸⁴.

A exclusão da aplicabilidade da norma foi determinada no sentido de salvaguardar a atuação das autoridades da administração da justiça no cumprimento dos deveres oficiais¹⁸⁵. Não se anotou no regramento específico qualquer exclusão da responsabilidade dos servidores de internet ou prestadores de serviços de telecomunicação, por fato do agente ofensor.

¹⁸⁰ Pa. CS.a Sec. 18: §3131: (A) *Offense defined: -- Except as provided in Sections 5903 (relating to obscene and other sexual materials and performances), 6312 (relating to sexual abuse of children) and 6321 (relating to transmission of sexually explicit images by minor), a person commits the offense of unlawful dissemination of intimate image if, with intent to harass, annoy or alarm a current or former sexual or intimate partner, the person disseminates a visual depiction of the current or former sexual or intimate partner in a state of nudity or engaged in sexual conduct.*

¹⁸¹ Pa. CS.a Sec. 19:§3131: (b) *Defense - - it is a defense to a prosecution under this section that the actor disseminated the visual depiction with the consent of the person depicted.*

¹⁸² Pa. CS.a Sec. 18: §3131: (c) *Grading: - - Na offense under situation (a) shall be: (1) A misdemeanor of the first degree, when the person depicted is a minor; (2) A misdemeanor of the second degree, when the person depicted is not a minor.*

¹⁸³ Pa. CS. Sec. 18: §1101-1105.

¹⁸⁴ Pa. CS. Sec. 18: §1101 e ss.

¹⁸⁵ Pa. CS.a Sec. 18: §3131 (e) *Nonapplicability – nothing in this section shall be construed to apply to a law enforcement officer's official duties.*

As normas de interpretação dos elementos de construção do tipo seguiram a formulação das definições de “nudez”¹⁸⁶, “conduta sexual”¹⁸⁷ e “retratação visual”. Por “nudez” circunstanciou-se a mostra das áreas genitais, púbicas, das nádegas, ou da região das mamas femininas, de forma explícita ou cobertas por transparências. Além disso, incluiu-se a ocasião da mostra de uma retratação dos genitais masculinos, ainda que cobertos, em estado de turgidez.

Sobre “conduta sexual”, definiu-se o alcance da expressão para a tutela das situações de masturbação, homossexualidade, intercuro, bestialidade ou demais contatos físicos entre genitais, regiões púbicas, nádegas, e se tratar de mulheres, dos seios. Sobre a “retratação visual”, o legislador optou por ilustrar as possibilidades de retratação da imagem, sem excluir as inovações *high-tech*, ou para desconsiderar as técnicas *low-tech*.¹⁸⁸

Ademais das providências para a criação do tipo da proibição da disseminação não consentida das imagens íntimas, a legislatura do Estado da Pensilvânia promoveu a emenda do título dos procedimentos judiciais para garantir às vítimas o direito de ação civil para a reparação dos danos sofridos pela ocasião criminosa (Pa. CSa. Tit. 42: §8316.11)¹⁸⁹.

A responsabilidade civil pelos danos foi instituída pela regra no sentido de considerar a reparação nos limites da extensão da ofensa, e, ainda, na regra da experiência de que a conduta criminosa pode causar à vítima danos que perduram por longo tempo, ou são irreparáveis (danos permanentes).¹⁹⁰ As

¹⁸⁶ Pa. CS.a. Sec. 5903 (e) (2) “Nudity” means the showing of the human male or female genitals, pubic area, or buttocks with less than a fully opaque covering, or the showing of the female breast with less than a fully opaque covering of any portion thereof below the top of the nipple, or the depiction of covered male genitals in a discernibly turgid state.

¹⁸⁷ Pa. CS.a. Sec. 5903 (e): (3) “Sexual conduct” means acts of masturbation, homosexuality, sexual intercourse, sexual bestiality or physical contact with a person’s clothed or unclothed genitals, pubic area, buttocks or, if such person be a female, breast.

¹⁸⁸ Pa. CS.a. Tit. 18: §6321: “Visual depiction.” A representation by picture, including, but not limited to, a photograph, videotape, film or computer image.

¹⁸⁹ Pa. CSa. Tit. 42: §8316.11: *Damages in actions for unlawful dissemination of intimate image.*: (a) *Cause of action established:* -- A person may bring a civil cause of action based upon unlawful dissemination of intimate image, as defined in 18 Pa. C.S. §3131 (relating to unlawful dissemination of intimate image), in order to recover damages for any loss or injury sustained as a result of the violation.

¹⁹⁰ Pa. CSa. Tit. 42: §8316.11: (c) *Damages* – A court of competent jurisdiction may award damages as set forth in this subsection. In determining the extent of injury, the court shall consider that dissemination of an intimate image may cause long-term or permanent injury. The court may award: (1) actual damages arising from the incident or \$ 500, whichever is greater. Damages include loss of money, reputation or property, whether real or personal. The court may, in its discretion, award up to three times the actual damages sustained, but not less than \$500.; (2) Reasonable attorney fees and court costs; (3) additional relief the court deems necessary and proper.

indenizações devem ser fixadas de acordo com: a) a extensão dos danos emergentes da conduta criminosa, ou a importância de U\$ 500 (quinhentos dólares), o que for maior. Os danos devem ser reparados na medida das: a) perdas pecuniárias (danos materiais, lucros cessantes), das ofensas à reputação e ao direito de propriedade (material ou pessoal). Podendo a Corte arbitrar a reparação do dano em até três vezes dos danos provados, ou em quantia não inferior à U\$ 500 (quinhentos dólares); b) restituição das despesas com advogados (honorários sucumbenciais) e custas com a administração da justiça; c) compensação adicional dos danos sofridos a ser arbitrada pelo exame de conveniência e necessidade performado pela Corte¹⁹¹.

Por fim, a tecnologia legislativa adotada não construiu imposições aos remédios inominados, ou previstos por outros institutos no sentido de tutelar a pessoa do ofendido ou a sua propriedade.¹⁹² A aplicação das normas compensatórias ou restaurativas não encontram, pois, limitações por refração da previsão específica das diretrizes para a disciplina dos danos materiais e pessoais advindos da conduta criminosa da exposição íntima não consentida. Estabelece-se um amplo e aberto diálogo de fontes, com referências cruzadas para a tutela efetiva dos interesses da pessoa vitimada.

2.21 TEXAS

Por meio do Ato da Privacidade nos Relacionamentos (S.B. No. 1135), a legislatura do Estado do Texas alterou os códigos civil e penal, para classificar como ilícita e dar providências de penalização, a conduta de expor ou promover material visual de conteúdo íntimo.

Na esfera civil, a conduta típica firmou a responsabilidade do ofensor perante a vítima exposta no conteúdo visual, pelos danos causados pelo compartilhamento do material, se: 1) se o demandado compartilhou o material de cunho íntimo sem a consentimento efetivo da pessoa retratada; 2) o material

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Pa. CSa. Tit. 42: 9316.1 (d) *Other remedies preserved.* – *Nothing in this section shall be construed to limit the ability of a person to receive restitution under 18 Pa.CS. §1106 (relating to restitution for injuries to person or property).*

fora obtido pelo demandado ou produzido sob circunstâncias pelas quais a pessoa retratada teria expectativas legítimas de que o conteúdo fosse mantido no âmbito privado; 3) a exposição pública do material tem a potencialidade de causar danos à pessoa retratada; e 4) a exposição do material permite a identificação clara da pessoa retratada, seja por seus atributos físicos, seja por informações veiculadas conjuntamente (*doxing*), ou ainda, seja por informações fornecidas por terceiros em resposta à publicação e compartilhamento do conteúdo íntimo¹⁹³.

Ademais, como segundo conjunto circunstancial do tipo, o demandado deve ser considerado responsável por danos causados à pessoa exposta pela promoção do material de conteúdo íntimo, quando, mesmo tendo ciência do conteúdo do material, o mesmo promove o compartilhamento em um site da internet ou qualquer outro fórum destinado a publicações que é de seu domínio¹⁹⁴.

A reparação de danos alcançada pela disciplina legal inclui os danos materiais e morais (incluindo-se expressamente o fator da angústia psicológica como fator de arbitramento), além das custas com o processo e honorários advocatícios. Em adição às categorias de reparação e compensação, o legislador expressou a aplicação de danos punitivos (*exemplary damages*) à espécie.¹⁹⁵

¹⁹³ *Texas Civil Practice and Remedies Code – Title 4. Liability in Tort; Chapter 98B. Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material. (a) A defendant is liable, as provided by this chapter, to a person depicted in intimate visual material for damages arising from the disclosure of the material if: (1) the defendant discloses the intimate visual material without the effective consent of the depicted person; 2) the intimate visual material was obtained by the defendant or created under circumstances in which the depicted person had a reasonable expectation that the material would remain private; 3) the disclosure of the material causes harm to the depicted person; and 4) the disclosure of the intimate visual material reveals the identity of the depicted person in any manner, including through: a) any accompanying or subsequent information or material related to the intimate visual material; or (b) information or material provided by the third party in response to the disclosure of the intimate visual material.*

¹⁹⁴ *Texas Civil Practice and Remedies Code – Title 4. Liability in Tort; Chapter 98B. Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material. (b) A defendant is liable, as provided by this chapter, to a person depicted in intimate visual material for damages arising from the promotion of the material if, knowing the character and content of the material, the defendant promotes intimate visual material described by subsection (a) on an internet Website or other forum for publication that is owned or operated by the defendant.*

¹⁹⁵ *Texas Civil Practice and Remedies Code – Title 4. Liability in Tort; Chapter 98B. Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material. 98B. 003 : DAMAGES. (a) A claimant who prevails in a suit under this chapter shall be awarded: 1) actual damages, including damages for mental anguish; 2) court costs; and 3) reasonable attorney's fee. (b) in addition to an award under Subsection (a), a claimant who prevails in a suit under this chapter may recover exemplary damages.*

Sobre as medidas cautelares aplicáveis a urgência da reparação ou remediação dos graves envolvidos na circunstância danosa da exposição íntima não consentida, as medidas cautelares previstas versaram sobre a possibilidade do juízo ordenar, de ofício, a restrição – temporária ou permanente – da divulgação do conteúdo, para prevenir ou minimizar os danos da exposição, em respeito à pessoa que está sendo, ou poderá ser ofendida pela ação ilícita. Diferenciou-se a penalização do descumprimento da ordem de restrição nos casos em que o demandado tem a intenção e faz maliciosamente a divulgação do conteúdo, das situações em que o demandado não tem a intenção de divulgar dolosamente o conteúdo.¹⁹⁶ Para a primeira ocasião, o legislador previu a penalização de \$1.000 (mil dólares) por descumprimento, ao passo que para a segunda hipótese a pena é reduzida pela metade.

Há uma previsão de que as normas estabelecidas na construção do ilícito civil da conduta da exposição íntima não consentida, bem como das providências punitivas, reparatórias e compensatórias, são construídas para uma aplicação liberal, com a finalidade da defesa da pessoa ofendida. Não importando, portanto, em refração a remédios previstos em outros diplomas, ou que sirvam a finalidade específica de promoção de uma tutela específica e adequada¹⁹⁷.

Excetuou-se de forma expressa a responsabilidade dos provedores de internet e dos prestadores dos serviços de telecomunicação, por conteúdo compartilhado por seus usuários e tomadores¹⁹⁸.

Já na esfera penal, a conduta típica recebeu descrição semelhante, firmando a regra de que comete a ação criminosa aquele que: 1)

¹⁹⁶ *Texas Civil Practice and Remedies Code – Title 4. Liability in Tort; Chapter 98B. Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material. (a) A court in which a suit is brought under this chapter, on the motion of a party, may issue a temporary restraining order of a temporary or permanent injunction to restrain and pervert the disclosure or promotion of intimate visual material with respect to the person depicted in the material. B) A court that issues a temporary restraining order or a temporary or permanent injunction under this section may award to the party who brought the motion damages in the amount of: 1) \$ 1,000 for each violation of the court's order or injunction, if the disclosure or promotion of intimate visual material is willful or intentional; or 2) \$ 500 for each violation of the court's order or injunction, if the disclosure or promotion of intimate visual material is not willful or intentional.*

¹⁹⁷ *Texas Civil Practice and Remedies Code – Title 4. Liability in Tort; Chapter 98B. Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material. Liberal construction and application: This chapter shall be liberally construed and applied to promote its underlying purpose to protect persons from, and provide adequate remedies to victims of, the disclosure or promotion of intimate visual material.*

¹⁹⁸ *Texas Civil Practice and Remedies Code – Title 4. Liability in Tort; Chapter 98B. Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material. This section does not apply to a claim brought against an interactive computer service, as defined by 47 USC Section 230, for a disclosure or promotion consisting of intimate visual material provided by another person.*

intencionalmente, compartilha o material de cunho íntimo sem o consentimento efetivo da pessoa retratada, 2) quando o material fora obtido pelo demandado ou produzido sob circunstâncias pelas quais a pessoa retratada teria expectativas legítimas de que o conteúdo fosse mantido no âmbito privado; e 3) a exposição pública do material tem a potencialidade de causar danos à pessoa retratada; 4) quando essa exposição do material permite a identificação clara da pessoa retratada, seja por seus atributos físicos, seja por informações veiculadas conjuntamente (*doxing*), ou ainda, seja por informações fornecidas por terceiros em resposta à publicação e compartilhamento do conteúdo¹⁹⁹.

Comete ainda a ofensa aquele sujeito que intencionalmente ameaça compartilhar e expor a pessoa através de imagens suas em situação íntima, sem o seu consentimento expresso, com a intenção de obter vantagem em retribuição ao fato de não expor, ou em conexão com a ameaça de compartilhar o material²⁰⁰.

Não se admite as defesas preliminares baseadas nos fatos circunstanciais de que o ofendido consentiu com a produção e criação do material íntimo; tampouco, que o material fora voluntariamente transmitido pela vítima ao autor²⁰¹. Esta última hipótese fora criada justamente para a defesa das vítimas que expressam a sua sexualidade através do compartilhamento de *selfies*, que é a ação, comum principalmente entre os mais jovens de tirar fotos de si mesmo.

¹⁹⁹ Texas Penal Code. *Offenses against the person: chapter 21: Sexual Offenses: Unlawful Disclosure or Promotion of intimate Visual Material. (b) A person commits an offense if: (1) without the effective consent of the depicted person, the person intentionally discloses visual material depicting another person with the person's intimate parts exposed or engaged in sexual conduct; 2) the visual material was obtained by the person or created under circumstances in which the depicted person had a reasonable expectation that the visual material would remain private; 3) the disclosure of the visual material causes harm to the depicted person; and 4) the disclosure of the visual material reveals the identity of the depicted person in any manner, including through: a) any accompanying or subsequent information or material related to the visual material; or b) information or material provided by the third party in response to the disclosure of the visual material.*

²⁰⁰ Texas Penal Code. *Offenses against the person: chapter 21: Sexual Offenses: Unlawful Disclosure or Promotion of intimate Visual Material. A person commits an offense if the person intentionally threatens to disclose, without the consent of the depicted person, visual material depicting another person with the person's intimate parts exposed or engages in sexual conduct and the actor makes the threat to obtain a benefit: 1) in return for not making the disclosure; or 2) in connection with the threatened disclosure.*

²⁰¹ Texas Penal Code. *Offenses against the person: chapter 21: Sexual Offenses: Unlawful Disclosure or Promotion of intimate Visual Material. It is not a defense to prosecution under this section that the depicted person: 1) created or consented to the creation of the visual material; or 2) voluntarily transmitted the visual material to the actor.*

A aplicação da norma fora excetuada quanto às exposições realizadas no curso das práticas e procedimentos da administração da justiça e de cuidados médicos; da denúncia e investigação de condutas criminosas; ou dos processos judiciais – quando o compartilhamento for admitido ou requerido por lei. Além dessas hipóteses, a norma punitiva não incide sobre a exposição voluntária em público da pessoa em situação da exposição de partes íntimas, ou prática de atividades sexuais. Excetuou-se, por fim, a responsabilidade dos servidores da internet e dos prestadores de serviços de telecomunicação pelo conteúdo publicado por seus usuários, ou tomadores do serviço.²⁰²

Classificou-se a conduta criminosa como crime de menor potencial ofensivo (*Class A misdemeanor*), o que no Estado texano importa em aplicação das sanções de pena de prisão por até 01 (um) ano, e, ou, multa de no máximo US\$ 4.000 (quatro mil dólares)²⁰³. Não houve a previsão expressa de maior rigor punitivo para as condutas reincidentes.

2.22 UTAH

Em 2014, a legislatura de Utah modificou o Título 76 do Código do Estado de Utah (Código Criminal) para fazer crescer no Capítulo 5b (Dos Crimes de Exploração Sexual) a seção que trata especificamente sobre a distribuição de imagens íntimas sem a permissão da vítima (76-5b-203).

A disciplina legislativa teve por técnica a postulação de normas que facilitassem a interpretação do fato da “distribuição ilícita”, e a amplitude do alcance do significado do que seria “imagem íntima”, “conduta sexualmente explícita”, ou “conduta emulativa da sexualmente explícita”.

²⁰² *Texas Penal Code. Offenses against the person: chapter 21: Sexual Offenses: Unlawful Disclosure or Promotion of intimate Visual Material. It is an affirmative defense to prosecution under subsection b or d that: 1) the disclosure or promotion is made in the course of: a) lawful and common practices of law enforcement or medical treatment; b) reporting unlawful activity; or c) a legal proceeding, if the disclosure or promotion is permitted or required by law; (2) the disclosure or promotion consists of visual material depicting in a public or commercial setting only a person's voluntary exposure of: a) the person's intimate parts; or b) the person engaging in sexual conduct; or 3) the actor is an interactive computer service, as defined by the USC Section 230, and the disclosure or promotion consists of visual material provided by another person.*

²⁰³ Tex. Penal Code Ann. § 12.21.

As definições albergadas foram as de que a distribuição ilícita se daria pela venda, exibição, projeção, promoção, doação, permissão, concessão, transmissão, distribuição de forma gratuita ou onerosa; exigindo-se para a constituição do tipo a ausência de consentimento da vítima²⁰⁴.

No rol inicial das normas interpretativas, há também as definições do que seriam os conteúdos íntimos tutelados. Importam para a constituição do tipo as representações visuais por meio da fotografia, do filme, do vídeo, das gravações, das gerações por computador, de origem high-tech ou low-tech que retratem: a) a exposição dos genitais masculinos ou femininos, ou a região púbica, expostos com menos do que uma cobertura opaca; b) a região dos seios feminino, sem uma cobertura bastante para a área superior a aureola; c) ou o indivíduo no curso das práticas sexuais²⁰⁵.

O legislador optou pela descrição minuciosa do que seriam as práticas sexuais explícitas ou simuladas, elencando: o intercurso genitália-genitália, oral-genital, anal-genital, e oral-anal, entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos distintos. Há a previsão, ademais, das condutas de masturbação, sadismo, masoquismo, froterismo, exibicionismo das regiões genitais, das nádegas, dos seios, ou da zona pubiana, além da descrição da nudez, ainda que parcial²⁰⁶. Incluiu-se no rol descritivo também a representação das funções excretoras²⁰⁷. Sobre as práticas de simulação, estabeleceu-se o critério da razoabilidade do padrão médio para percepção do ato como de cunho íntimo²⁰⁸.

²⁰⁴ Utah Code: 76-5b-203: (1) “As used in this section: (a) “Distribute” means selling, exhibiting, displaying, wholesaling, retailing, providing, giving, granting admission to, providing access to, or otherwise transferring or presenting an image to another individual, with or without consideration”.

²⁰⁵ Utah Code: 76-5b-203: (b) “intimate image” means any visual depiction, photograph, film, video, recording, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, that depicts: (i) exposed human male or female genitals or pubic area, with less than an opaque covering; (ii) a female breast with less than an opaque covering; or any portion below the top of the areola; or (iii) the individual engaged in any sexually explicit conduct”.

²⁰⁶ Utah Code: 76-5b-203: (c) “Sexually explicit conduct” means actual or simulated: (i) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; (ii) masturbation; (iii) bestiality; (iv) sadistic or masochistic activities; (v) exhibition of the genitals, pubic region, buttocks, or female breast of any individual; (vi) visual depiction of nudity or partial nudity; (vii) fondling or touching of the genitals, pubic region, buttocks, or female breast; or, (viii) explicit representation of the defecation or urination functions.

²⁰⁷ Utah Code: 76-5b-203: (c) (omissis) (viii) explicit representation of the defecation or urination functions.

²⁰⁸ Utah Code: 76-5b-203: (d) “Simulated sexually explicit conduct” means a feigned or pretended act of sexually explicit conduct that duplicates, within the perception of an average person, the appearance of an actual act of sexually explicit conduct”.

Sobre a tecnologia adequada, o legislador optou pela constituição da conduta típica na exposição do motivo: o autor comete a ofensa da distribuição da imagem íntima sem o consentimento da vítima quando, de forma intencional distribui a imagem para terceiros, e tem o interesse em causar o sofrimento emocional da vítima. A regra do *caput* é balizada pela: a) exigência de que o autor saiba que o ato da distribuição não é consentido pela vítima; b) circunstância em que a imagem fora criada por ou fornecida ao autor importar em arrimo para que a vítima tivesse expectativas legítimas de privacidade; c) circunstância de que a exposição não consentida de fato gerou para a vítima sofrimento emocional ou danos²⁰⁹.

Houve por parte do legislador, ainda, a criação de normas que importassem em permissivos para a garantia da execução de utilidades públicas. Excluiu-se da seção a exposição íntima necessária para administração da justiça, da persecução penal, da investigação de atividades criminosas, da que importassem para o andamento dos processos judiciais, das que envolvessem as funções da administração dos cuidados de saúde. Ademais, há a exclusão da expectativa de privacidade dos atos voluntários praticados em público; ou para a exploração de uma atividade comercial (liberdade da iniciativa da indústria da pornografia)²¹⁰.

Por fim, a responsabilidade dos provedores da internet, dos serviços de computação, telecomunicação e informática, a despeito de terem sido definidas em outras seções (reportando-se o legislador aos diplomas específicos), definiu-se no padrão de que tais sujeitos não devem ser considerados responsáveis, caso: i) a distribuição da imagem aconteça de forma incidental em relação à atividade dos sujeitos, que apenas promovem a conexão entre os usuários; ii) e não sejam facilitadas de forma intencional; iii) ou, importem no recebimento de

²⁰⁹ Utah Code: 76-5b-203: (2) “An actor commits the offense of distribution of intimate images if the actor, with the intent to cause emotional distress or harm, knowingly or intentionally distributes to any third party any intimate image of an individual who is 18 years of age or older, if: (a) the actor knows that the depicted individual has not given consent to the actor to distribute the intimate image; (b) the intimate image was created by or provided to the actor under circumstances in which the individual has a reasonable expectation of privacy; and (c) actual emotional distress or harm is caused to the person as a result of the distribution under this section”.

²¹⁰ Utah Code: 76-5b-203: (3) “This section does not apply to: (a)(i) lawful practices of law enforcement agencies; (ii) prosecutorial agency functions; (iii) the reporting of criminal offense; (iv) court proceedings or any other judicial proceeding; or (v) lawful and generally accepted medical practices and procedures; (b) an intimate image if the individual portrayed in the image voluntarily allows public exposure of the image; or (c) an intimate image that is portrayed in a lawful commercial setting”.

vantagem financeira pela cobrança de taxa de serviços diferenciada aos sujeitos ofensores para o armazenamento, ou distribuição das imagens íntimas²¹¹.

A conduta é classificada como um crime de menor potencial ofensivo de primeira classe²¹², o que importa no Estado de Utah em pena de detenção por não mais do que um ano, e, ou pena de multa de no máximo U\$ 2,500 (dois mil e quinhentos dólares). Há a previsão de punição mais severa em caso de reincidência, a partir da segunda ocorrência, o autor é punido com base na constituição de um crime de maior potencial ofensivo (*felony*) de terceira ordem²¹³, o que importa em pena de prisão de até 5 (cinco) anos e multa de até U\$ 5.000 (cinco mil dólares).

2.23 VERMONT

No ano de 2015, a legislatura do Estado de Vermont emendou o *Vermont Statutes*, em sua Seção dos crimes sexuais, no capítulo dos Crimes de Lascívia e Conduta Indecente (V.S.Ann.: 13 – 059.001: *Lewd and Indecent Conduct*), para criar a proibição da exposição não consentida de imagens com conteúdo sexualmente explícito (§2606 *Disclosure of sexually explicit images without consent*).

Instituiu-se a proibição com base em um tipo complexo. A conduta descrita refere-se à ação dolosa de expor - de forma não consentida - imagem na qual se pode identificar a vítima em estado de nudez ou em situação de prática de conduta sexual, com a intenção de causar dano, assediar, intimidar, ameaçar, ou coagir a pessoa retratada, quando a exposição é bastante para causar danos a uma pessoa, segundo regras da razoabilidade do padrão médio. Ademais,

²¹¹ Utah Code: 76-5b-203: (4) “This section does not apply to an Internet service provider (omissis) (...), if: (i) the distribution of an intimate image by the internet service provider occurs only incidentally through the provider’s function of: (a) transmitting or routing data from one person to another person; or (b) providing a connection between one person and another person: (ii) the provider does not intentionally aid or abet in the distribution of the intimate image; and (iii) the provider does not knowingly receive from or through a person who distributes the intimate image a fee greater than the fee generally charged by the provider, as a specific condition for permitting the person to distribute the intimate image”.

²¹² Utah Code: 76-5b-203: (5) (a) “Distribution of an intimate image is a class A misdemeanor except under Subsection (5)(b).

²¹³ Utah Code: 76-5b-203: (5) (b) “Distribution of an intimate image is a third degree felony on a second or subsequent conviction for an offense under this section that arises from a separate criminal episode as defined in Section 76-1-401”.

formulou-se como requisito para a aplicação da norma a circunstância em que a pessoa vitimada poder ser identificada no material compartilhado de acordo com suas características físicas, ou informações fornecidas no compartilhamento (*doxing*). O legislador balizou ainda a descrição típica, destacando que o consentimento para a produção do conteúdo não implicaria em si em consentimento para o compartilhamento²¹⁴.

Excetuou-se a aplicação da norma para os casos em que: a) as imagens retratarem uma exposição voluntária de estado de nudez ou prática sexual em lugares públicos, ou que a produção se deu de forma legítima para a exploração de atividade comercial, ou ainda em um lugar em que a pessoa não teria expectativa legítima de privacidade; b) e exposição importar em defesa do interesse público, ou da administração da justiça, no cumprimento da lei, das funções investigativas e de repressão de ilícitos, bem como na administração de serviços de saúde. A norma não deve ser ainda aplicada para responsabilizar os provedores da internet ou prestadores dos serviços de telecomunicação, quando não concorrerem para a atividade criminosa²¹⁵.

As normas interpretativas dos elementos do tipo direcionam a aplicação da punição para os casos em que se preenchem as definições de: a) “exposição” como as ações de transferir, publicar, distribuir ou reproduzir; b) “dano” como injúrias físicas, financeiras, ou sérios abalos emocionais; c) “nudez” como a exposição descoberta dos genitais, da região púbica, anal ou dos seios femininos (após o período de puberdade); d) “contato sexual”²¹⁶ significando o contato

²¹⁴ VSA.: 13.059.001: §2606: *Disclosure of sexually explicit images without consent. (b) (1) A person violates this section if he or she knowingly discloses a visual image of an identifiable person who is nude or who is engaged in sexual conduct, without his or her consent, with the intent to harm, harass, intimidate, threaten, or coerce the person depicted, and the disclosure would cause a reasonable person to suffer harm. A person may be identifiable from the image itself or information offered in connection with the image. Consent to recording of the visual image does not, by itself, constitute consent for disclosure of the image.*

²¹⁵ VSA.: 13.059.001: §2606: (d) *This section shall not apply to: (1) Images involving voluntary nudity or sexual conduct in public or commercial settings or in a place where a person does not have a reasonable expectation of privacy. (2) Disclosure made in public interest, including the reporting of unlawful conduct, or lawful and common practices of law enforcement, criminal reporting, corrections, legal proceedings, or medical treatment. (3) Disclosure of materials that constitute a matter of public concern; (4) Interactive computer services, as defined in 47 U.S.C. §230 (f) (2), or information services or telecommunications services, as defined in 47 U.S.C. § 153, for content solely provided by another person. This subdivision Shall not preclude other remedies available at law.*

²¹⁶ VSA. 13.064. §2821 (2) *"Sexual conduct" means any of the following: (A) any conduct involving contact between the penis and the vulva, the penis and the penis, the penis and the anus, the mouth and the penis, the mouth and the anus, the vulva and the vulva or the mouth and the vulva; (B) any intrusion, however*

entre genitais, genital-oral, genital-anal, ou a introdução de parte do corpo ou qualquer objeto nas regiões genitais ou anal com intenções sexuais, bem como as ações de masturbação ou as práticas sadomasoquistas; e por fim, e) “imagens visuais”, incluindo-se as fotografias, filmes, videotapes, gravações ou reproduções digitais.²¹⁷

Determinou-se na mesma seção que a pena aplicável ao sujeito que cometer o crime de exposição não consentida de imagem de conteúdo sexual explícito é de até no máximo dois anos de prisão, e, ou multa de no até U\$ 2.000 (dois mil dólares)²¹⁸. Determinou-se ainda que o cometimento do crime para fins de obtenção de vantagem financeira (finalidade lucrativa), importa em aplicação da pena segundo a moldura de até no máximo 05 (cinco) anos de prisão, e, ou, multa de até U\$ 10.000 (dez mil dólares). Não há previsão expressa para os casos de reincidência²¹⁹.

Ademais, cuidou o legislador de determinar proibitivo para os sites da internet, de serviços online, ou aplicativos móveis que possuam a retratação visual da vítima, de solicitar desta qualquer espécie de pagamento ou contraprestação para a remoção, para deletar, corrigir, modificar, ou impedir o compartilhamento do conteúdo que retrate o solicitante em situações de nudez ou em contato sexual²²⁰.

Sobre as providências específicas para a proteção das vítimas, para além dos remédios já disponíveis, houve a autorização para a garantia da

slight, by any part of a person's body or any object into the genital or anal opening of another with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions or sexual desire of any person; (C) any intentional touching, not through the clothing, of the genitals, anus or breasts of another with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions or sexual desire of any person; (D) masturbation; (E) bestiality; or (F) sadomasochistic abuse for sexual purposes.

²¹⁷ VSA.: 13.059.001: §2606: (a) As used in this section: (1) “Disclosure” includes transfer, publish, distribute, exhibit, or reproduce; (2) “harm” means physical injury, financial injury, or serious emotional distress; (3) “nude” means any one or more of the uncovered parts of the human body: (A) genitals; (B) pubic area; (C) anus; or (D) post-pubescent female nipple. (4) “sexual contact” shall have the same meaning as in Section 2821 of this title. (5) “Visual image” includes a photograph, film, videotape, recording, or digital reproduction.

²¹⁸ VSA.: 13.059.001: §2606:(b)(1) (omissis)... A person who violates this subsection (1) shall be imprisoned not more than two years or fined not more than \$ 2.000,00, or both.

²¹⁹ VSA.: 13.059.001: §2606:(2) A person who violates subdivision (1) of this subsection with the intent of disclosing the image for financial profit shall be imprisoned not more than five years or fined not more than \$ 10,000.00, or both.

²²⁰ VSA.: 13.059.001: §2606: (c) A person who maintains an Internet website, online service, online application, or mobile application that contains a visual image of an identifiable person who is nude or who is engaged in sexual conduct shall not solicit or accept a fee or other consideration to remove, delete, correct, modify, or refrain from posting or disclosing the visual image if requested by the depicted person.

procedimentabilidade da demanda, no sentido de se admitir as injunções da Corte para a garantia de que o ofensor se abstenha de prosseguir no curso das ofensas, quando há a ordem de não fazer a exposição do conteúdo, ou quando há a expedição de ordens restritivas das liberdades do agressor. Ainda, garantiu-se a confidencialidade da vítima pelo direito de se defender por meio do uso de um pseudônimo²²¹.

2.24 VIRGINIA

No ano de 2014, o Código da Virgínia foi alterado para receber o acréscimo no Título dos Crimes e Ofensas (Título 18.2), no capítulo dos Crimes envolvendo a Moral e a Decência (Capítulo 8), da subseção da Distribuição Ilícita ou Venda de Imagens de outrem (§ 18.2-386.2), dando providências de penalização da conduta.

Na constituição do tipo, o legislador definiu a *mens rea* da conduta ilícita no fato do ofensor disseminar maliciosamente ou vender a imagem de outra pessoa com o intuito de coagir, assediar, ou intimidar a vítima²²². O balizamento da interpretação da exposição íntima foi definido no sentido de que a situação protegida é a de completa nudez, ou de parcela que exponha a genitália, a região púbica, as nádegas, ou o busto feminino²²³. O legislador não criou critérios para valorar a forma pela qual a imagem foi produzida, incluindo a possibilidade de tutela dos autorretratos (*selfies*); tampouco importando a captura por meio de dispositivos ocultados.

Há, de igual modo, na constituição do tipo penal a regra de temperamento da conduta com o estabelecimento da regra de razoabilidade na definição de

²²¹ VSA.: 13.059.001: §2606: (2) *In addition to any other relief available at law, the Court may order equitable relief, including a temporary restraining order, a preliminary injunction, or a permanent injunction ordering the defendant to cease display or disclosure of the image. The Court may grant injunctive relief maintaining the confidentiality of a plaintiff using a pseudonym.*

²²² *Code of Virginia: §18.2-386.2. "Any person who, with the intent to coerce, harass, or intimidate, maliciously disseminates or sells any videographic or still image".*

²²³ *Code of Virginia: §18.2-386.2: "(omissis) created by any means whatsoever that depicts another person who is totally nude, or in a state of undress so as to expose the genitals, pubic area, buttocks, or female breast".*

que o padrão do homem médio serve para a aferição da expectativa legítima da vítima de que a imagem permanecesse na esfera privada²²⁴.

Houve com a entrada em vigor da disciplina a definição da responsabilidade penal e civil também dos provedores de internet, dos provedores de e-mails, ou de demais serviços da internet, software, ou sistemas de computação, no sentido de que os mesmos não deverão ser considerados responsáveis por fato do usuário, dito de outro modo, não deverão ser responsáveis por fato de terceiros²²⁵.

A conduta foi definida como um crime de menor potencial ofensivo de primeira ordem, o que no Estado da Virginia importa em pena máxima de 12 meses de detenção e, ou, pena de multa de até U\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares)²²⁶.

Definiu-se como regra de definição da jurisdição competente a do local onde o ilícito foi cometido, ou o local onde o conteúdo foi produzido, reproduzido, encontrado, recebido, ou haja a definição do local da posse que viole os direitos da vítima²²⁷.

2.25 WASHINGTON

Em 2015, a legislatura do Estado de Washington promoveu a revisão do Código Criminal para fazer incluir o capítulo específico que versa sobre o crime da exposição de imagens íntimas (RCW: §9A.86.010). Na inovação legislativa,

²²⁴ *Code of Virginia: §18.2-386.2. A. "(Omissis) where such person knows or has to know that he is not licensed or authorized to disseminate or sell such videographic or still image is guilty of a Class 1 misdemeanor"*.

²²⁵ *Code of Virginia: §18.2-386-2. A: "However, if a person uses services of an Internet service provider, an electronic mail service provider, or any other information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server in committing acts prohibited under this section, such provider shall not be held responsible for violating this section for content provided by another person"*.

²²⁶ *Code of Virginia: §18.2-11: "The authorized punishment for conviction of a misdemeanor are: (a) For a Class 1 misdemeanor, confinement in jail for not more than twelvemonths and a fine of not more than U\$ 2,500, either or both"*.

²²⁷ *Code of Virginia: §18.2-386.2. B: "Venue for a prosecution under this section may lie in the jurisdiction where the unlawful act occurs or where any videographic or still image created by any means whatsoever is produced, reproduced, found, stored, received, or possessed in violation of this section"*.

o tipo complexo foi descrito como a conduta volitiva do autor em expor a imagem íntima de outra pessoa, quando o autor: a) obteve a imagem sob circunstâncias pelas quais uma pessoa – segundo o padrão médio de razoabilidade – teria a compreensão de que a referida imagem deveria restar na esfera privada do sujeito; b) sabia ou deveria saber que a vítima não consentira com a exposição; c) sabia ou deveria saber que a conduta da exposição poderia gerar danos a outra pessoa²²⁸.

Houve por parte do legislador a preocupação em criar a diferenciação para a circunstância da ação por parte dos atores menores de 18 (dezoito) anos. O tipo específico foi criado, em seu *caput* (§9^a.86-010: 2), com a regra de que a normalidade fora estabelecida na falta de culpabilidade para os agentes menores: a exceção existe com a adição do elemento subjetivo de culpabilidade: na conduta intencional e maliciosa no sentido de causar danos à vítima. A aplicação também é controlada pelas expectativas de que o material fora produzido para permanecer na esfera privada, e, que em momento algum a vítima consentira com a exposição²²⁹.

Após a especialização do tipo para a situação dos menores, o legislador ocupou-se pela criação de exceções à aplicação da regra: a) excluindo-se as imagens referentes às exposições voluntárias em público, ou produzidas com finalidades comerciais específicas; b) de forma ilustrativa, em situações que sirvam para a defesa do melhor interesse público, na repressão de condutas criminosas, na administração da justiça, na investigação de ilícitos, na condução dos processos judiciais, e na administração dos serviços médicos²³⁰.

²²⁸ RCW.: §9A.86-010: A person commits the crime of disclosing intimate images when the person knowingly discloses an intimate image of another person and the person disclosing the image: (a) obtained it under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; b) knows or should have known that the depicted person has not consented to the disclosure; and c) knows or reasonably should know that disclosure would cause harm to the depicted person.

²²⁹ RCW.: §9A.86-010:2 : A person who is under the age of eighteen is not guilty of the crime of disclosing intimate images unless the person: (a) intentionally and maliciously disclosed an intimate image of another person; (b) obtained it under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; and (c) knows or should have know that the depicted person has not consented to the disclosure.

²³⁰ RCW.: §9A. 86-010.: 3: This section does not apply to: a) images involving voluntary exposure in public or commercial settings; or b) disclosures made in the public interest including, but not limited to, the reporting of unlawful conduct, or the lawful and common practices of law enforcement, criminal reporting, legal proceedings, or medical treatment.

Além da limitação de alcance da norma quanto aos arranjos circunstanciais, o legislador ocupou-se de apresentar a exclusão da responsabilidade dos servidores de internet, dos prestadores serviços de telecomunicação e de banda, por fatos de outro agente²³¹.

As diretrizes interpretativas dos elementos constitutivos do tipo foram dadas pelas definições dos termos “exposição” e “imagem íntima”. A “exposição” recebeu os contornos das ações de transferir, publicar ou disseminar, bem como de fazer disponíveis as retratações digitais para distribuição ou *download* através das facilidades das telecomunicações ou através de qualquer outro meio de transferência de programas de computadores ou de dados para outro dispositivo²³². Observa-se que a referida definição não é abrangente em relação às formas de retratação mais tradicionais, por meio de técnicas *low-tech*.

Sobre “imagens íntimas” determinou-se que o espectro das possibilidades interpretativas deveriam observar apenas as fotografias, as animações filmográficas, videotapes, imagens digitais, ou qualquer transmissão ou gravação da imagem de outra pessoa, que é identificável no material por suas características físicas, ou por informações apresentadas em conexão ao conteúdo (*doxing*), e que fora feita em um contexto privado, no qual não reside qualquer interesse público, e retrata: 1) atividade sexual (intercurso, ou masturbação); ou 2) partes íntimas do corpo, desnudas, ou coberta por material transparente, incluindo-se a região genital, púbica, anal, ou mamária das mulheres (após o período da puberdade)²³³.

A reprovabilidade da conduta da exposição de imagens íntimas de forma não consentida recebeu a classificação por parte do legislador ao nível da

²³¹ RCW: §9A. 86-010: 4: *This section does not impose liability upon the following entities solely as a result of content provided by another person: a) an interactive computer service, as defined in 47 USC Sec. 230 – f-2-; b) a provider of provider of public or private mobile service, as defined in section 13-214 of the public utilities act; or c) a telecommunications network or broadband provider.*

²³² RCW: §9A. 86-010: 6: *For the purpose of this section: a) “disclosure” includes transferring, publishing, or disseminating, as well as making a digital depiction available for distribution or downloading through the facilities of a telecommunications network or through any other means of transferring computer programs or data to a computer.*

²³³ RCW: §9A. 86-010: 6: B) *“Intimate images” means any photograph, motion picture film, videotape, digital image, or any other recording or transmission of another person who is identifiable from the image itself or from information displayed with or otherwise connected to the image, and that was taken in a private setting, is not a matter of public concern, and depicts: i) sexual activity, including sexual intercourse as defined in RCW 9A.44.010 and masturbation, or ii) a person’s intimate body parts, whether nude or visible through less than opaque clothing, including the genitals, pubic area, anus, or post-pubescent female nipple.*

primeira violação ser punida como um crime de menor potencial ofensivo (*gross misdemeanor*), o que importa na moldura de fixação da pena de até 364 (trezentos e sessenta e quatro) dias de prisão, e, ou, multa de no máximo U\$ 5.000 (cinco mil dólares)²³⁴.

Em casos de reincidência, a conduta é classificada como crime (Class C felony), importando em pena máxima de até 5 (cinco) anos de prisão, e, ou, multa de no máximo U\$ 10.000 (dez mil dólares)²³⁵.

A disposição final posta na construção do tipo penal da exposição íntima não consentida é no sentido que a alteração legislativa não fora construída no sentido de alterar ou negar direitos, obrigações ou o sistema de imunidades vigente para os servidores de internet ou prestadores de serviços de comunicação; bem como não limita ou impede os defensores de buscar a reparação ou segurança de outros remédios admitidos²³⁶. Tal dispositivo vai ao encontro da doutrina de que os remédios civis são construídos de acordo com as especificidades dos requerentes; aceitando-se a criação atípica dos meios de tutela, para maior efetividade.

2.26 WISCONSIN

No ano de 2013, o Estado do Wisconsin alterou a legislação sobre os crimes contra a reputação, a privacidade e as liberdades civis, no título da reprodução de retratações de nudez (*Wisconsin Statutes & Annotations – 942.09: Representations depicting nudity*), para fazer incluir a proibição do compartilhamento de imagens íntimas de forma não consentida.

Já havia desde 2012 no Estado a proibição da captura não consentida de imagens íntimas, vedando ao jurisdicionado a ação da prática de condutas de voyeurismo, produção não consentida de imagens íntimas, e distribuição. A emenda posterior, criou a especificação do tipo para a aplicação de sanções para o conjunto circunstancial em que a vítima tem conhecimento e consentiu

²³⁴ RCW: §9A. 86-010: 7;c/c RCW: §9.92.020.

²³⁵ RCW: §9a. 86-010: 7 (b); c/c RCW §9a.20.021.

²³⁶ RCW: §9A. 86-010: 8: *Nothing in this section is construed to: (a) alter or negate any rights, obligations, or immunities of an interactive service provider under 47 USC Sec. 230; or (b) Limit or preclude a plaintiff from securing or recovering any other available remedy.*

para a produção do conteúdo íntimo, porém, vedou, não concordou ou teria expectativas legítimas de que o conteúdo permanecesse na esfera privada dos envolvidos.

Assim, comete o crime de ofensa a reputação, a privacidade e as liberdades civis aquele que: posta, publica, ou causa a postagem ou publicação, de uma representação privada, quando o autor sabia que a pessoa retratada não consentiu com a postagem ou publicação do conteúdo íntimo.²³⁷

“Postar ou publicar” receberam a definição de sentido que inclui a publicação ou postagem em um domínio da internet, em um site que permite a visualização do público em geral. Sobre “representação íntima”, o legislador fez a opção por definir o alcance para as retratações de nudez total ou parcial, ou em situação de prática de conduta sexual, quando a pessoa retratada assente em ser capturada, visualizada, ou que o material permaneça na posse apenas daquele que produzira o conteúdo, ou a quem obteve a autorização expressa dos envolvidos.²³⁸ “Nudez”, incluindo a exibição de genitais humanos, regiões púbicas, nádegas, a região dos seios femininos com uma cobertura não opaca; ainda o órgão genital masculino, ainda que coberto em estado de turgidez²³⁹. E, ainda, “conduta sexualmente explícita”, significando as práticas reais ou simuladas de intercurso sexual, penetração anal, sexo oral, felação, bestialidade, masturbação, sadismo, masoquismo, incluindo nesta última a tortura.²⁴⁰

²³⁷ *Wisconsin Statutes & Annotations: §942.09 Whoever does any of the following is guilty of a Class A misdemeanor: 1. Posts, publishes, or causes to be posted or published, a private representation if the actor knows that the person depicted does not consent to the posting or publication of the private representation. 2. Posts, publishes, or causes to be posted or published, a depiction of a person that he or she knows is a private representation, without the consent of the person depicted.*

²³⁸ *Wisconsin Statutes & Annotations: §942.09 "Post or publish" includes posting or publishing on a Web site on the Internet, if the Web site may be viewed by the general public;) "Private representation" means a representation depicting a nude or partially nude person or depicting a person engaging in sexually explicit conduct that is intended by the person depicted in the representation to be captured, viewed, or possessed only by the person who, with the consent of the person depicted, captured the representation or to whom the person depicted directly and intentionally gave possession of the representation.*

²³⁹ *Wisconsin Statutes & Annotations: §942.09 (d) "Nudity" means the showing of the human male or female genitals, pubic area or buttocks with less than a full opaque covering, or the showing of the female breast with less than a fully opaque covering of any portion thereof below the top of the nipple, or the depiction of covered male genitals in a discernibly turgid state.*

²⁴⁰ *Wisconsin Statutes & Annotations: §948.01 (7) "Sexually explicit conduct" means actual or simulated: (a) Sexual intercourse, meaning vulvar penetration as well as cunnilingus, fellatio or anal intercourse between persons or any other intrusion, however slight, of any part of a person's body or of any object into the genital or anal opening either by a person or upon the person's instruction. The emission of semen is not required; (b) Bestiality; (c) Masturbation;*

A aplicação da norma foi excepcionada quanto aos agentes da administração da justiça, no estrito cumprimento das funções, para a repreensão de condutas criminosas, na investigação e prossecução criminal. Igualmente quando se tratar da retratação de pessoa pública, ou cuja atividade em exibição seja digna do interesse da notícia ao público. Exclui-se, por fim, a responsabilidade dos provedores de internet e prestadores de serviços de comunicação pelo conteúdo disponibilizado por seus usuários²⁴¹.

A conduta criminosa, nos termos descritos, recebeu a classificação de crime de menor potencial ofensivo de classe A (*class A misdemeanor*), o que importa no Estado de Wisconsin na aplicação das sanções de pena de prisão de até 09 (nove) meses, e, ou, multa de no máximo U\$10.000 (dez mil dólares)²⁴². Todavia, não houve previsão específica para os casos de reincidência.

(d) Sexual sadism or sexual masochistic abuse including, but not limited to, flagellation, torture or bondage; or

(e) Lewd exhibition of intimate parts.

²⁴¹ Wisconsin Statutes & Annotations: §942.09: (b) This subsection does not apply to any of the following: 1. The parent, guardian, or legal custodian of the person depicted if the private representation does not violate s. 948.05 or 948.12 and the posting or publication is not for commercial purposes. 2. A law enforcement officer or agent acting in his or her official capacity in connection with the investigation or prosecution of a crime; 3. A person who posts or publishes a private representation that is newsworthy or of public importance.

²⁴² Wis. Stat. § 939.51.

Quadro Esquemático do Conteúdo das Alterações Legislativas (EUA)

Período de análise: 2010 a 2015

	Topografia	Tipo	Sanção
Alasca	<i>Alaska Statutes:</i>	§11.61.120 (a) <i>A person commits the crime of harassment in the second degree if, with intent to harass or annoy another person, that person—</i>	Assédio em Segundo grau.
	<i>Criminal law</i>		Crime de menor potencial ofensivo de classe B
	<i>Offenses against Public Order.</i>	<i>6) publishes or distributes electronic or printed photographs, pictures, or films that show the genitals, anus, or female breast of the other person or show that person engaged in a sexual act.</i>	(Class b Misdemeanor)
	<i>§11.61.120 Harassment in the second degree</i>		Sanção: Prisão de até 90 dias e/ou multa de até U\$ 2.000.
Arkansas	<i>Arkansas Code</i>	§5.26.314:	Crime de menor potencial ofensivo de classe A
	<i>Subt. 3. Offenses involving the family</i>	<i>A person commits the offense of unlawful distribution of sexual images or recordings if, being eighteen (18) years of age or older, with the purpose to harass, frighten, intimidate, threaten, or abuse another person, the actor distributes an image, picture, video, or voice or audio recording of the other person to a third person by any means if the image, picture, video, or voice or audio recording: (1)</i>	(Class A Misdemeanor)
	<i>Sub-chapter 3: Domestic battering and assault</i>	<i>Is of a sexual nature or depicts the other person in a state of nudity; and (2) The other person is a family or household member of the actor or another person with whom the actor is in a current or former dating relationship.</i>	Sanção:
	<i>§5.26.314: Unlawful distribution of sexual images and recording</i>		Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 2.500.
Califórnia	<u>Esfera Penal</u>	§647(j)(4): (A) <i>Any person who intentionally distributes the image of the intimate body part or parts of another identifiable person, or an image of the person depicted engaged in an act of sexual intercourse, sodomy, oral copulation, sexual penetration, or an image of masturbation by the person depicted or in which the person depicted participates, under circumstances in which the persons agree or</i>	Crime de menor potencial ofensivo (misdemeanor)
	<i>California Penal Code.</i>		
	<i>Part 1. Of Crimes and Punishment</i>		Sanção:

Chapter 2:	<i>understand that the image shall remain private, the person distributing the image knows or should know that distribution of the image will cause serious emotional distress, and the person depicted suffers that distress.</i>	Prisão de até 06 meses e/ou multa de até U\$ 1.000.
Of other miscellaneous offenses		

§647: Disorderly Conduct.

<u>Esfera Civil</u>	§1708.85: (a) A private cause of action lies against a person who intentionally distributes by any means a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of another, without the other's consent, if (1) the person knew that the other person had a reasonable expectation that the material would remain private, (2) the distributed material exposes an intimate body part of the other person, or shows the other person engaging in an act of intercourse, oral copulation, sodomy, or other act of sexual penetration, and (3) the other person suffers general or special damages as described in Section 48a.	§1708.85(d) In addition to any other relief available at law, the court may order equitable relief against the person violating subdivision (a), including a temporary restraining order, or a preliminary injunction or a permanent injunction ordering the defendant to cease distribution of material. The court may grant injunctive relief maintaining the confidentiality of a plaintiff using a pseudonym as provided in subdivision (f).
California Civil Code		
Division 3:		
Obligations		
Part 3:		
Obligations Imposed by Law.		

Carolina do Norte	<u>Esfera Penal</u>	§14-190.5A: b) Offense.--A person is guilty of disclosure of private images if all of the following apply: (1) The person knowingly discloses an image of another person with the intent to do either of the following: a. Coerce, harass, intimidate, demean, humiliate, or cause financial loss to the depicted person. b. Cause others to coerce, harass, intimidate, demean, humiliate, or cause financial loss to the depicted person. (2) The depicted person is identifiable from the disclosed image itself or information offered in connection with the image. (3) The depicted person's intimate parts are exposed or the depicted person is engaged in sexual conduct in the disclosed image. (4) The person discloses the image without the affirmative consent of the depicted person. (5) The person discloses the image under circumstances such that the person knew or should have known that the depicted person had a reasonable expectation of privacy.	Regra geral:
	North Carolina		Crime de maior potencial ofensivo
	General Statutes		de classe H:
	Chapter 14: Criminal Law		(Class H felony)
	Article 26: Offenses against public morality and Decency.		Sanção:
	§14-190.5A:		Pena de prisão de no mínimo 04 e no máximo 25 meses.

<i>Disclosure of private image.</i>		
<u>Esfera Civil</u>	(g) Civil Action.--In addition to any other remedies at law or in equity, including an order by the court to destroy any image disclosed in violation of this section, any person whose image is disclosed, or used, as described in subsection (b) of this section, has a civil cause of action against any person who discloses or uses the image and is entitled to recover from the other person any of the following:	1) Actual damages, but not less than liquidated damages, to be computed at the rate of one thousand dollars (\$1,000) per day for each day of the violation or in the amount of ten thousand dollars (\$10,000), whichever is higher.(2) Punitive damages.(3) A reasonable attorneys' fee and other litigation costs reasonably incurred..
North Carolina		
General Statutes		
§14-190.5A:		
<i>Disclosure of private image.</i>		
Colorado	§18-7-107: Posting a private image for harassment:	§18-7-107: Posting a private image for harassment:
Revised Statutes	(1)(a) An actor who is eighteen years of age or older commits the offense of posting a private image for harassment if he or she posts or distributes through the use of social media or any web site any photograph, video, or other image displaying the private intimate parts of an identified or identifiable person eighteen years of age or older (I) With the intent to harass the depicted person and inflict serious emotional distress upon the depicted person (II)(A) Without the depicted person's consent; or (B) When the actor knew or should have known that the depicted person had a reasonable expectation that the image would remain private; and (III) The conduct results in serious emotional distress of the depicted person.	Crime de menor potencial ofensivo de classe 1 (Class 1 misdemeanor) Sanção: prisão de até 18 meses e/ou multa de U\$500 a U\$5.000.
Criminal Code		
Article 7. offenses		
Relating to Morals.		
Part.1		
Obscenity – offenses		
§18-7-107: posting a private image for harassment		§18-7-108: Posting a private image for pecuniary gain:
&		
§18-7-108: posting a private image for pecuniary gain.	§18-7-108: Posting a private image for pecuniary gain (1)(a) An actor who is eighteen years of age or older commits the offense of posting a private image for pecuniary gain if he or she posts or distributes through social media or any web site	A tutela não difere da do tipo anterior em conteúdo específico.

any photograph, video, or other image displaying the private intimate parts of an identified or identifiable person eighteen years of age or older:(I) With the intent to obtain a pecuniary benefit from any person as a result of the posting, viewing, or removal of the private image; and (II)(A) When the actor has not obtained the depicted person's consent; or (B) When the actor knew or should have known that the depicted person had a reasonable expectation that the image would remain private.

Dakota do Norte	<u>ESFERA PENAL</u> North Dakota Century Code Criminal Code. Assault – Threats – Coercion - harassment 12.1-17-07.2. Distribution of intimate images without or against consent	A person commits the offense of distribution of intimate images if the person knowingly or intentionally distributes to any third party any intimate image of an individual eighteen years of age or older, if: a. The person knows that the depicted individual has not given consent to the person to distribute the intimate image; b. The intimate image was created by or provided to the person under circumstances in which the individual has a reasonable expectation of privacy; and c. Actual emotional distress or harm is caused to the individual as a result of the distribution under this section.	Crime de menor potencial ofensivo de classe A (Class A Misdemeanor) Sanção: Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 2.000.
	<u>ESFERA CIVIL</u> North Dakota century Code Title 32: Judicial Remedies. Chapter 03: Damages compensatory relief. §32-03-58. Distribution of intimate images	Direito de ação: An individual whose intimate image is distributed in violation of section 1 of this Act may maintain a private right of action against each person who has distributed that image in violation of section 1 of this Act, without regard to whether the defendant has been charged with, found guilty of, or pleaded guilty to that offense.	An individual whose intimate image is distributed in violation of section 1 of this Act is entitled to pursue all of the economic, noneconomic, and exemplary or punitive damages and other remedies available by law and to obtain a temporary restraining order or a preliminary or

	without or against consent – Remedies		permanent injunction ordering the person to cease distribution of the intimate image
Delaware	Delaware Code	§ 1335 Violation of privacy; class A misdemeanor; class G felony.	Crime de menor
	Crimes and Criminal Procedure:	(a) A person is guilty of violation of privacy when, except as authorized by law, the person:	potencial ofensivo de classe A
	Chapter 5: Specific Offenses;	(9) Knowingly reproduces, distributes, exhibits, publishes, transmits, or otherwise disseminates a visual depiction of a person who is nude, or who is engaging in sexual conduct, when the person knows or should have known that the reproduction, distribution, exhibition, publication, transmission, or other dissemination was without the consent of the person depicted and that the visual depiction was created or provided to the person under circumstances in which the person depicted has a reasonable expectation of privacy.	(Class A Misdemeanor)
	Subchapter VII: Offenses against Public Health, Order and Decency;		Sanção:
	§1335: Violation of Privacy.		Prisão de até 01 ano e/ou multa de até US\$ 2.300.
Flórida	<u>Esfera Civil</u>	§784.049: (1) The Legislature finds that: (a) A person depicted in a sexually explicit image taken with the person's consent has a reasonable expectation that the image will remain private. (b) It is becoming a common practice for persons to publish a sexually explicit image of another to Internet websites without the depicted person's consent, for no legitimate purpose, with the intent of causing substantial emotional distress to the depicted person. (c) When such images are published on Internet websites, they are able to be viewed indefinitely by persons worldwide and are able to be easily reproduced and shared. (d) The publication of such images on Internet websites creates a permanent record of the depicted person's private nudity or private sexually explicit conduct. (e) The existence of such images on Internet websites causes those depicted in such images significant psychological harm. (f) Safeguarding the psychological well-being of persons	§784.049: (5) An aggrieved person may initiate a civil action against a person who violates this section to obtain all appropriate relief in order to prevent or remedy a violation of this section, including the following: (a) Injunctive relief. (b) Monetary damages to include \$5,000 or actual damages incurred as a result of a violation of this section, whichever is greater. (c) Reasonable
	Florida Statutes		
	Title XLVI: Crimes		
	Chapter: 784: Assault; battery; culpable negligence.		
	§784.049: Sexual cyberharassmen t		

	depicted in such images is attorney fees and compelling. costs.	
Geórgia	<u>Esfera Penal</u> <i>Florida Statutes</i> <i>Title XLVI:</i> <i>Crimes</i> <i>Chapter: 784:</i> <i>Assault; battery;</i> <i>culpable</i> <i>negligence.</i> <i>§784.049:</i> <i>Sexual</i> <i>cyberharassmen</i> <i>t.</i>	<i>§784.049: (1) The Legislature finds that:</i> <i>(a) A person depicted in a sexually explicit image taken with the person's consent has a reasonable expectation that the image will remain private. (b) It is becoming a common practice for persons to publish a sexually explicit image of another to Internet websites without the depicted person's consent, for no legitimate purpose, with the intent of causing substantial emotional distress to the depicted person. (c) When such images are published on Internet websites, they are able to be viewed indefinitely by persons worldwide and are able to be easily reproduced and shared. (d) The publication of such images on Internet websites creates a permanent record of the depicted person's private nudity or private sexually explicit conduct. (e) The existence of such images on Internet websites causes those depicted in such images significant psychological harm. (f) Safeguarding the psychological well-being of persons depicted in such images is compelling.</i>
	<i>Official Code of</i> <i>Georgia</i> <i>Annotated.</i> <i>Title 16. Crimes</i> <i>and Offenses.</i> <i>Chapter 11:</i> <i>Offenses against</i> <i>public order and</i> <i>safety.</i> <i>Article 3:</i> <i>invasions of</i> <i>privacy.</i> <i>§16.11.90:</i> <i>Transmission of</i> <i>photography or</i> <i>video depicting</i> <i>nudity or sexually</i>	<i>(b) A person violates this Code section if he or she, knowing the content of a transmission or post, knowingly and without the consent of the depicted person:(1)Electronically transmits or posts, in one or more transmissions or posts, a photograph or video which depicts nudity or sexually explicit conduct of an adult when the transmission or post is harassment or causes financial loss to the depicted person and serves no legitimate purpose to the depicted person; or (2) Causes the electronic transmission or posting, in one or more transmissions or posts, of a photograph or video which depicts nudity or sexually explicit conduct of an adult when the transmission or post is harassment or causes financial loss to the depicted person and serves no legitimate purpose to the depicted person.</i>
		Crime de menor potencial ofensivo de primeiro grau (Misdemeanor of the first degree) Sanção: Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 1.000. Crime de menor potencial ofensivo de natureza agravada (Misdemeanor of a high and aggravated nature) Sanção: Prisão de até 12 meses e/ou multa de até U\$ 5.000.

explicit conduct of
an adult

Havaí	Hawaii Revised Statutes	§711-1110.9: (1) A person commits the offense of violation of privacy in the first degree if, except in the execution of a public duty or as authorized by law: (b) The person knowingly discloses an image or video of another identifiable person either in the nude, as defined in section 712-1210, or engaging in sexual conduct, as defined in section 712-1210, without the consent of the depicted person, with intent to harm substantially the depicted person with respect to that person's health, safety, business, calling, career, financial condition, reputation, or personal relationships;	Crime de maior potencial ofensivo de classe C (Class C felony)
	Section 711: Offenses against Public Order. §711-1110.9: Violation of Privacy of the First Degree		Sanção: Prisão de até 05 anos e/ou multa de até U\$ 10.000.
Idaho	Idaho Code	§18.6609: (2) A person is guilty of video voyeurism when: (a) With the intent of arousing, appealing to or gratifying the lust or passions or sexual desires of such person or another person, or for his own or another person's lascivious entertainment or satisfaction of prurient interest, or for the purpose of sexually degrading or abusing any other person, he uses, installs or permits the use or installation of an imaging device at a place where a person would have a reasonable expectation of privacy, without the knowledge or consent of the person using such place; or (b) He either intentionally or with reckless disregard disseminates, publishes or sells or conspires to disseminate, publish or sell any image or images of the intimate areas of another person or persons without the consent of such other person or persons and he knows or reasonably should have known that one (1) or both parties agreed or understood that the images should remain private.	Crime de maior potencial ofensivo (felony)
	Section 18: Crimes na Punishment Chapter 66: Sex Crimes §18.6609: Crime of Video Voyeurism:		Sanção: Prisão de até 05 anos e/ou multa de até U\$ 50.000.
Illinois	Illinois Criminal Code	(b) A person commits non-consensual dissemination of private sexual images when he or she:(1) intentionally disseminates an image of another person: (A) who is at least 18 years of age; and (B) who is identifiable from the image itself or information displayed in connection with the image; and (C) who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed, in whole	Crime de maior potencial ofensivo de classe 4 (Class 4 felony)
	Title III: Specific Offenses Part B: Offenses Directed against the Person.		Sanção:

	Article 11: Sex Offenses. §11.23.5: Non-consensual dissemination of private sexual images.	or in part; and (2) obtains the image under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; and (3) knows or should have known that the person in the image has not consented to the dissemination.	Prisão de 01 até 03 anos e/ou multa de até U\$ 25.000.
Louisiana	Louisiana Revised Code Title 14: Criminal Law. §283.2: nonconsensual disclosure of a private image.	A. A person commits the offense of nonconsensual disclosure of a private image when all of the following occur: (1) The person intentionally discloses an image of another person who is seventeen years of age or older, who is identifiable from the image or information displayed in connection with the image, and whose intimate parts are exposed in whole or in part. (2) The person who discloses the image obtained it under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private. (3) The person who discloses the image knew or should have known that the person in the image did not consent to the disclosure of the image. (4) The person who discloses the image has the intent to harass or cause emotional distress to the person in the image, and the person who commits the offense knew or should have known that the disclosure could harass or cause emotional distress to the person in the image.	Sanção: Prisão de até 2 anos e/ou multa de até U\$ 10.000.
Maine	Maine Revised Statutes. Title 17-A: Substantive Offenses Chapter 21: offenses against public order §511-A: Unauthorized Dissemination of certain Private Images.	§511-A: 1. A person is guilty of unauthorized dissemination of certain private images if the person, with the intent to harass, torment or threaten the depicted person or another person, knowingly disseminates, displays or publishes a photograph, videotape, film or digital recording of another person in a state of nudity or engaged in a sexual act or engaged in sexual contact in a manner in which there is no public or newsworthy purpose when the person knows or should have known that the depicted person: A. Is 18 years of age or older; B. Is identifiable from the image itself or information displayed in connection with the image; and C. Has not consented to the dissemination, display or publication of the private image.	Crime de classe D (Class D Crime) Sanção: Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 2.000.

Maryland	Annotated Code of Maryland	Internet placement of photograph, film, videotape, or recording which exposes of intimate parts of another	Crime de menor potencial (Misdemeanor)
	Title 3: other Crimes against the Person.	(c) A person may not intentionally cause serious emotional distress to another by intentionally placing on the Internet a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of the image of the other person that reveals the identity of the other person with his or her intimate parts exposed or while engaged in an act of sexual contact:(1) knowing that the other person did not consent to the placement of the image on the Internet; and (2) under circumstances in which the other person had a reasonable expectation that the image would be kept private.	Sanção:
	Subtitle 8: Stalking and Harassment.		Prisão de até 02 anos e/ou multa de até U\$ 5.000.
	§3-809: Revenge Porn Prohibited.		
Nevada	Nevada Revised Statutes	AB.49§5: 1. Except as otherwise provided in subsection 3, a person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image when, with the intent to harass, harm or terrorize another person, the person electronically disseminates or sells an intimate image which depicts the other person and the other person: (a) Did not give prior consent to the electronic dissemination or the sale of the intimate image; (b) Had a reasonable expectation that the intimate image would be kept private and would not be made visible to the public; and (c) Was at least 18 years of age when the intimate image was created.	Crime de maior potencial ofensivo de categoria D (Category D felony)
	Chapter 200: Crimes against the Person		Sanção:
	Undesigned Legislation		Prisão de 19 meses até 04 anos e/ou multa de até U\$5.000.
Nova Jersey	New Jersey Statutes	2C:14-9. Invasion of privacy, degree of crime; defenses, privileges c. An actor commits a crime of the third degree if, knowing that he is not licensed or privileged to do so, he discloses any photograph, film, videotape, recording or any other reproduction of the image of another person whose intimate parts are exposed or who is engaged in an act of sexual penetration or sexual contact, unless that person has consented to such disclosure. -	Crime de terceiro grau. (Crime of third degree)
	The New jersey Code of Criminal Justice.		Sanção: prisão de 03 até 05 anos e/ou multa de até U\$15.000
	9 – Invasion of Privacy, third Degree.		<u>Sanção Específica:</u> 3, Notwithstanding the provisions of subsection b. of N.J.S.2C:43-3,a fine not to exceed \$30,000 may be imposed for a

violation of this subsection.

Novo México	New Mexico Statutes	A. Unauthorized distribution of sensitive images consists of distributing, publishing or otherwise making available, by an electronic communications device or other means, sensitive images of a person, with or without information identifying that person, without that person's consent: (1) with the intent to: (a) harass, humiliate or intimidate that person; (b) incite another to harass, humiliate or intimidate that person; (c) cause that person to reasonably fear for that person's own or family members' safety; (d) cause that person to suffer unwanted physical contact or injury; or (e) cause that person to suffer substantial emotional distress; and (2) where the conduct is such that it would cause a reasonable person to suffer substantial emotional distress.	Crime de menor potencial (Misdemeanor)
	Criminal Code		Sanção:
	Unauthorized distribution of Sensitive Images		Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 1.000.
Oregon	Oregon Revised Statutes.	(1) A person commits the crime of unlawful dissemination of an intimate image if: (a) The person, with the intent to harass, humiliate or injure another person, knowingly causes to be disclosed through an Internet website an identifiable image of the other person whose intimate parts are visible or who is engaged in sexual conduct; (b) The person knows or reasonably should have known that the other person does not consent to the disclosure; (c) The other person is harassed, humiliated or injured by the disclosure; and (d) A reasonable person would be harassed, humiliated or injured by the disclosure.	Crime de menor potencial de classe A
	Title 161. General Provisions		(class A Misdemeanor)
	-Short Title-		Sanção:
	Unlawful Dissemination of Intimate Image.		Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 6.250.
Pensilvânia	<u>Esfera Penal</u>	(a) Offense defined.--Except as provided in sections 5903 (relating to obscene and other sexual materials and performances), 6312 (relating to sexual abuse of children) and 6321 (relating to transmission of sexually explicit images by minor), a person commits the offense of unlawful dissemination of intimate image if, with intent to harass, annoy or alarm a current or former sexual or intimate partner, the person disseminates a visual depiction of the current or former sexual or intimate partner in a state of nudity or engaged in sexual conduct.	Crime de menor potencial de segundo grau (Misdemeanor of second degree)
	Pennsylvania Consolidated Statutes.		Sanção:
	Title 18: Crimes and Offenses		Prisão de até 02 anos e/ou multa de até U\$5.000.
	Chapter 31: Sexual Offenses		
	§3131: Unlawful dissemination of intimate image		

	<u>Esfera Civil</u>	§8316.1	(c) Damages.--A court of competent jurisdiction may award damages as set forth in this subsection. In determining the extent of injury, the court shall consider that dissemination of an intimate image may cause long-term or permanent injury. The court may award:
	Pennsylvania Consolidated Code Title 4: Judiciary and Judicial Procedure Chapter 83: Particular Rights and Immunities §8316.1 Particular Rights and Immunities	(a) Cause of action established.--A person may bring a civil cause of action based upon unlawful dissemination of intimate image, as defined in 18 Pa.C.S. § 3131 (relating to unlawful dissemination of intimate image), in order to recover damages for any loss or injury sustained as a result of the violation.	(1) Actual damages arising from the incident or \$500, whichever is greater. Damages include loss of money, reputation or property, whether real or personal. The court may, in its discretion, award up to three times the actual damages sustained, but not less than \$500. (2) Reasonable attorney fees and court costs. (3) Additional relief the court deems necessary and proper.
Texas	<u>Esfera Penal</u>	(b) A person commits an offense if: (1) without the effective consent of the depicted person, the person intentionally discloses visual material depicting another person with the person's intimate parts exposed or engaged in sexual conduct; (2) the visual material was obtained by the person or created under circumstances in which the depicted person had a reasonable expectation that the visual material would remain private;	Crime de menor potencial de classe A (class A Misdemeanor)
	Penal Code Title 5: Offenses Against the Person. Chapter 21: Sexual Offenses. §21.26: Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material	(3) the disclosure of the visual material causes harm to the depicted person; and (4) the disclosure of the visual material reveals the identity of the depicted person in any manner, including through: (A) any accompanying or subsequent information or material related to the visual material; or (B) information or material provided by a third party in response to the disclosure of the visual material.(c) A person commits an offense if the person intentionally threatens to disclose, without the consent of the depicted person, visual material depicting another person with the person's intimate parts exposed or engaged in sexual conduct and the actor makes the threat to obtain a benefit: (1) in return for not making the disclosure; or (2) in connection with the threatened	Sanção: Prisão de até 04 anos e/ou multa de até U\$ 4.000.

disclosure. (d) A person commits an offense if, knowing the character and content of the visual material, the person promotes visual material described by Subsection (b) on an Internet website or other forum for publication that is owned or operated by the person.

<u>Esfera Civil</u>	(a)A defendant is liable, as provided by this chapter, to a person depicted in intimate visual material for damages arising from the disclosure of the material if: (1)the defendant discloses the intimate visual material without the effective consent of the depicted person; (2)the intimate visual material was obtained by the defendant or created under circumstances in which the depicted person had a reasonable expectation that the material would remain private; (3)the disclosure of the intimate visual material causes harm to the depicted person; and (4)the disclosure of the intimate visual material reveals the identity of the depicted person in any manner, including through: (A)any accompanying or subsequent information or material related to the intimate visual material; or (B)A information or material provided by a third party in response to the disclosure of the intimate visual material. (b)A defendant is liable, as provided by this chapter, to a person depicted in intimate visual material for damages arising from the promotion of the material if, knowing the character and content of the material, the defendant promotes intimate visual material described by Subsection (a) on an Internet website or other forum for publication that is owned or operated by the defendant.	(a)A claimant who prevails in a suit under this chapter shall be awarded: (1)actual damages, including damages for mental anguish; (2)court costs; and (3)reasonable attorney 's fees. (b)In addition to an award under Subsection (a), a claimant who prevails in a suit under this chapter may recover exemplary damages.
Civil Practice and Remedies Code		
Title 4: Liability in Tort.		
98B: Unlawful Disclosure or Promotion of Intimate Visual Material.		

Utah	Utah Code	(2)An actor commits the offense of distribution of intimate images if the actor, with the intent to cause emotional distress or harm, knowingly or intentionally distributes to any third party any intimate image of an individual who is 18 years of age or older, if: (a)the actor knows that the depicted individual has not given consent to the actor to distribute the intimate image; (b)the intimate image was created by or provided to the actor under circumstances in which the individual has a reasonable expectation of privacy; and (c)actual emotional distress or harm is caused to the person as a result of the distribution under this section.	Crime de menor potencial de classe A (class A Misdemeanor)
	Title 76: Utah Criminal Code		
	Chapter 5b: Sexual Exploitation Act		
	Part. 2: Sexual Exploitation		Sanção:
	Section 203: Distribution of an Intimate Image.		Prisão de até 01 ano e/ou multa de até U\$ 2.500.

Vermont	<u>Esfera Penal</u>	(b)(1) A person violates this section if he or she knowingly discloses a visual image of an identifiable person who is nude or who is engaged in sexual conduct, without his or her consent, with the intent to harm, harass, intimidate, threaten, or coerce the person depicted, and the disclosure would cause a reasonable person to suffer harm. A person may be identifiable from the image itself or information offered in connection with the image. Consent to recording of the visual image does not, by itself, constitute consent for disclosure of the image.	(b)(1): A person who violates this subdivision (1) shall be imprisoned not more than two years or fined not more than \$2,000.00, or both.
	The Vermont Statutes		Sanção:
	Crimes and civil Procedure		Prisão de até 02 anos e/ou multa de até U\$ 2.000.
	Chapter 59: Lewdness and Prostitution.		
Vermont	Subchapter1: Lewd and Indecent Conduct.		
	§2606.13.59		II.
	Disclosure of Sexually Explicit Images Without Consent	II. (2) A person who violates subdivision (1) of this subsection with the intent of disclosing the image for financial profit shall be imprisoned not more than five years or fined not more than \$10,000.00, or both	Sanção:
			Prisão de até 05 anos e/ou multa de até U\$ 10.000.
Vermont	<u>Esfera Civil</u>	(e)(1) A plaintiff shall have a private cause of action against a defendant who knowingly discloses, without the plaintiff's consent, an identifiable visual image of the plaintiff while he or she is nude or engaged in sexual conduct and the disclosure causes the plaintiff harm.	(2) In addition to any other relief available at law, the Court may order equitable relief, including a temporary restraining order, a preliminary injunction, or a permanent injunction ordering the defendant to cease display or disclosure of the image. The Court may grant injunctive relief maintaining the confidentiality of a plaintiff using a pseudonym.
	The Vermont Statutes.		
	§2606.13.59		
	Disclosure of Sexually Explicit Images Without Consent		
Virgínia	Code of Virginia	A. Any person who, with the intent to coerce, harass, or intimidate, maliciously disseminates or sells any videographic or still image created by any means whatsoever that depicts another person who is totally nude, or in a state of undress so as to expose the genitals, pubic area, buttocks, or female breast, where such person knows or has reason to know that he is not licensed or authorized to disseminate or sell such videographic or still image is guilty of a Class 1 misdemeanor.	Crime de menor potencial de
	Title 18.2: Crimes and Offenses Generally		Classe 1
	Chapter 8: Crimes involving Morals and Decency		(Class 1 Misdemeanor)
	§18.2.386-2: Unlawful dissemination or		Sanção:

		<i>sale of images of another.</i>	Prisão de até 12 meses e/ou multa de até U\$ 2.500.
	<u>Esfera Penal</u>	<i>A person commits the crime of disclosing intimate images when the person knowingly discloses an intimate image of another person and the person disclosing the image: (a) Obtained it under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; (b) Knows or should have known that the depicted person has not consented to the disclosure; and (c) Knows or reasonably should know that disclosure would cause harm to the depicted person.</i>	Crime de maior potencial ofensivo (Gross Misdemeanor) Sanção: Prisão de até 364 dias e/ou multa de até U\$5.000.
	Revised Code of Washington		
	Title		
	9A.RCW:		
	Wrongful		
	Distribution of Intimate Images.		
	<u>Esfera Civil</u>	<i>(1) A person distributes an intimate image of another person when that person intentionally and without consent distributes, transmits, or otherwise makes available an intimate image or images of that other person that was: (a) Obtained under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; or (b) Knowingly obtained by that person without authorization or by exceeding authorized access from the other person's property, accounts, messages, files, or resources.</i>	<i>(2) Any person who distributes an intimate image of another person as described in subsection (1) of this section and at the time of such distribution knows or reasonably should know that disclosure would cause harm to the depicted person shall be liable to that other person for actual damages including, but not limited to, pain and suffering, emotional distress, economic damages, and lost earnings, reasonable attorneys' fees, and costs. The court may also, in its discretion, award injunctive relief as it deems necessary.</i>
Washington	Revised Code of Washington		
n	Civil Procedure		
	-Special Rights of Action and Special immunities		
	§4.24.795:		
	Distribution of intimate images		
	<u>Esfera Penal</u>	<i>I.(2) (am) Whoever does any of the following is guilty of a Class I felony:3. Possesses, distributes, or exhibits a representation that was captured in violation of subd. 1. or a reproduction made in violation of subd. 2., if the person knows or has reason to know that the representation was captured in violation of</i>	I. Crime de maior potencial ofensivo de classe I (Class I Felony)
Wisconsin	Wisconsin Statutes.		

942: Crimes Against Reputation, Privacy and Civil Liberties	subd. 1. or the reproduction was made in violation of subd. 2., and if the person who is depicted nude in the representation or reproduction did not consent to the possession, distribution, or exhibition. II. (3m) (a) Whoever does any of the following is guilty of a Class A misdemeanor: 1. Posts, publishes, or causes to be posted or published, a private representation if the actor knows that the person depicted does not consent to the posting or publication of the private representation. 2. Posts, publishes, or causes to be posted or published, a depiction of a person that he or she knows is a private representation, without the consent of the person depicted.	Sanção: Prisão de até 06 anos e/ou multa de até U\$ 10.000. II. Crime de menor Potencial ofensivo de classe A (Class A misdemeanor) Sanção: Prisão de até 09 meses e/ou multa de até U\$ 10.000.
<u>Esfera Civil</u> Wisconsin Statutes. Chapter 995. Miscellaneous Statutes. §995.50 Right to Privacy.	§995.50 (2) In this section, "invasion of privacy" means any of the following: (d) Conduct that is prohibited under s. 942.09, regardless of whether there has been a criminal action related to the conduct, and regardless of the outcome of the criminal action, if there has been a criminal action related to the conduct.	(1) The right of privacy is recognized in this state. One whose privacy is unreasonably invaded is entitled to the following relief: (a) Equitable relief to prevent and restrain such invasion, excluding prior restraint against constitutionally protected communication privately and through the public media; (b) Compensatory damages based either on plaintiff's loss or defendant's unjust enrichment; and (c) A reasonable amount for attorney fees.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de um estímulo às reflexões multidisciplinares, a abordagem proposta por esta dissertação é um exercício não convencional do confronto da ciência social aplicada com as novas formas de relacionamento através das ferramentas de internet.

Tendo-se em vista que a realidade virtual é o novo ambiente dos processos de socialização, a sexualidade humana é também objeto da migração para o mundo das redes sociais, dos aplicativos, e – agora - se registra em bancos de dados. *Sexting, doxing, revenge porn* são exemplo das descrições dos reflexos da virtualização do comportamento sexual.

Atribuem-se novos significados e significantes ao comportamento sexual, ao passo que se inauguram e se desafiam – simultaneamente – valores sociais e jurídicos sobre os limites da tolerância e da permissividade. O sexo como comportamento, como identidade e como liberdade, passa a ser ressignificado, e a nova dinâmica implica em desafios às ferramentas de controle social, quando são aventados novos tipos de danos à pessoa humana e à complexidade de sua existência e individualidade.

Novas formas de se causar danos pelo uso abusivo da identidade (nome e imagem), ou da liberdade pelo aprisionamento da personalidade a um objeto que é valor de troca, ou veículo de ameaça e violência, são riscos que a sociedade passou a conhecer nos últimos anos. E, assim, os indicadores sociais confirmam a relevância e a atualidade de se considerar os direitos sexuais como requisito ao desenvolvimento humano, e de promoção dos valores de igualdade. Os direitos sexuais são uma construção que está se consolidando na evolução dos direitos humanos e nos processos de cidadania, ganhando autonomia investigativa, teórica e pragmática.

Nesse sentido, os instrumentos de controle das normas sociais, e em especial das normas jurídicas, são exploradas no sentido de se reconhecer - no processo de socialização - o real agente catalisador da promoção dos valores democráticos da dignidade da pessoa humana, em todas as suas formas de expressão. A fixação de valores axiológicos-normativos democráticos para a

promoção da liberdade sexual é uma condição para o desenvolvimento humano e de diminuição das desigualdades de toda espécie.

O reconhecimento da importância da tutela efetiva dos direitos sexuais é tema de relevo no cenário internacional de promoção dos valores humanos e compõe parte fundamental das Agendas Internacionais para o desenvolvimento (*Goals for the Millenium 2030 - WHO*, por exemplo).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é alçada a valor fundamental e estruturante de todo ordenamento jurídico. Por meio das espécies duais (norma-princípios) dos direitos fundamentais da igualdade, liberdade e privacidade, o conteúdo da intimidade sexual ganha abrigo e proteção no nível Constitucional, e tem dado a tônica das principais políticas públicas internas aplicadas à matéria.

A proteção à pessoa é ainda garantida por meio do reconhecimento de que as normas constitucionais se aplicam diretamente no âmbito das relações privadas, ante à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal fundamento lógico, de aplicação direta das garantias e das liberdades individuais, é o que garante a possibilidade de relação multidisciplinar dos sistemas jurídicos componentes do ordenamento jurídico brasileiro, na consolidação dos direitos sexuais: que repercutem na esfera privada e pública, simultaneamente.

A regulamentação dos valores sociais pela normatividade civil-constitucional, através da eticidade, sociacialidade e operabilidade; dos direitos da personalidade, e da repreensão das condutas ilícitas também albergam a dignidade sexual dos sujeitos através das espécies geral do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e das espécies de contato do direito à identificação (nome, imagem, voz), à liberdade de comunicação (dos escritos pessoais), e à vida privada. Sob o manto de uma cláusula geral de tutela à personalidade, as vítimas da exposição não consentida da própria sexualidade podem buscar a compensação, a reparação, a restituição, a inibição da conduta lesiva ou ameaça, assim como a punição do sujeito ofensor de forma exemplar.

Há ainda no panorama normativo brasileiro uma fixação de um marco civil para as relações privadas na internet, fundando como padrão ético a proteção da pessoa humana e sua dignidade, expressando fundamental preocupação com a privacidade dos usuários dos serviços da internet e o abuso por parte de outros usuários.

As normas jurídicas brasileiras de proteção à intimidade do sujeito, no Direito Privado, operam com base em tutelas gerais de proteção, conferindo ao juízo poderes amplos para reprimir a ofensa ou ameaça de ofensa aos direitos subjetivos do demandante, bem como desenhar de acordo com o caso, as tutelas adequadas à finalidade da proteção integral da dignidade da vítima. A situação jurídica do sujeito é avaliada de forma ampla, a partir dos conteúdos essenciais da personalidade e das liberdades. O caminho hermenêutico é amplo e composto por nuances e meandros: fato que demanda grande consideração dos intérpretes.

Ainda sobre as tutelas de evidência do conteúdo da intimidade sexual, o Direito Penal, no Brasil, não protege de forma direta o conteúdo dos direitos da pessoa humana. Ao reprimir a conduta lesiva, a motivação punitiva visa à tutela dos direitos e interesses da coletividade em se repreender a ofensa contra a ordem pública e à moral. Assevere-se que a principal forma de tutela penal da exposição não consentida da sexualidade é a tipificação dos crimes contra a honra: ligando diretamente a relação da sexualidade com um padrão ético social que fica bem aquém da multiplicidade das formas de se interpretar sociologicamente a importância do sexo para a realização dos projetos individuais, os mecanismos de funcionamento e aportes das relações sexuais, bem como há uma falha de ordem lógica na abordagem adequada do instrumento de defesa como padrão terapêutico em casos de abuso: já que não se defende a individualidade, e sim a coletividade.

De forma específica, ademais, o fenômeno da exposição íntima não consentida repercutiu na atividade legislativa, e é fruto de diversos projetos de lei. Através das edições da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e Lei 12.737/2012, a violência psicológica, violência moral e a invasão de dispositivos eletrônicos para a apropriação de dados sensíveis, passaram a conferir conteúdos de adensamento dos direitos sexuais para situações especiais, visando a alcançar maior efetividade de tutela e proteção para o jurisdicionado.

No exame de aproximação com o panorama ético-normativo norte-americano, tem-se que diversamente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos da América, a proteção da privacidade encontra repercussão na Constituição como um valor de liberdade. É um padrão normativo que defende o sujeito do excesso da ingerência do Estado. Sendo ainda um conceito de

direito que se desenvolveu pelo processo de *entrenchment* do *common law* para a tutela de direitos de natureza diversa e afins, e de complexos arranjos de situações jurídicas.

Há também a evidência de que o Poder Legislativo dos Estados americanos, no período analisado de 2010-2015, ao tratar especificamente dos casos de exposição íntima não consentida, relativizou o padrão de liberdade do conteúdo a privacidade, para reconhecer uma hipótese do conteúdo essencial de um direito da dignidade da pessoa humana.

Essa foi a primeira aproximação das espécies normativas analisadas sistematicamente à normativa brasileira.

Considere-se, portanto, que na diversidade da amostra analisada: 26 legislações estatais, há um fundamento que permite a aproximação, por meio do método da comparação funcional, para a fixação de um padrão de análise do estado da arte da tecnologia legislativa aplicada.

Com o desenvolvimento da técnica legislativa americana, a descrição dos padrões de referência passa a ser possível, como - por exemplo - é a recomendação da *Civil Cyber Rights Initiative*: 1) a lei deve ser composta pela descrição clara dos elementos componentes da ofensa; 2) a lei deve conter exceções para os casos de exposição voluntária em público ou para as finalidades comerciais legítimas; 3) a lei não deve determinar como elemento do tipo o motivo da conduta, haja vista que tal inclusão causa confusão e retira a precisão da aplicação objetiva ao caso concreto; 4) a lei não pode conter definição demasiadamente ampla do conteúdo do material sob proteção, para não incorrer em risco de excessos, ou ser demasiadamente restritiva; 5) a lei deve conter ampla previsão de meios da lesão, não referendando apenas as novas tecnologias, mas também as consideradas “*low-tech*”; 6) a lei não deve limitar o âmbito da aplicação às relações aos arranjos dos relacionamentos amorosos, já que se reconhece em outros sujeitos a possibilidade de causar a lesão; 7) a lei não deve considerar responsável os prestadores de serviços de informática por danos causados por seus usuários, quando aqueles são apenas intermediários do conteúdo fornecido ilicitamente. (FRANKS, 2015, pp. 05-08)

Como visto, as normas criadas divergem enormemente quanto à topografia, à constituição dos tipos, à severidade das penas, além do fundamento legal de seu suporte. Há de regra, um reconhecimento de uma

obrigação negativa por força da lei - *erga omnes* - que limita o patrimônio de direitos dos sujeitos, no sentido de definir o dever de não disseminar conteúdos sensíveis sobre a sexualidade da pessoa, de forma originária ou vetorial.

Dentre as tutelas jurídicas específicas, considere-se como compatíveis com o direito brasileiro o recurso da vítima à mudança do nome para proteção dos demais aspectos da personalidade. É reconhecida uma forma de exercício de uma vertente do direito ao esquecimento (*right to be forgotten*) pela gravidade das consequências sociais e emocionais, da viralização do conteúdo íntimo exposto. Na dogmática nacional, o fato pode se aventar como preenchimento da cláusula geral de reserva do art. 58 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), todavia, ainda há pouco reconhecimento da hipótese, o que gera uma expectativa incerta de direitos.

Além do recurso à alteração do nome, como fortalecimento de um aspecto da personalidade, a tecnologia processual de defesa da personalidade - no curso de seu acesso à justiça -, por meio da proteção da intimidade, pelo uso de um pseudônimo, também se alinha com o padrão brasileiro axiológico-normativo dos direitos subjetivos e adjetivos.

O atual sistema de proteção da intimidade das partes do processo está em descompasso com o padrão do estado da arte apresentado pelo direito norteamericano. No Brasil, a ferramenta do trâmite sob “segredo de justiça”, opera com base na redução do nome das partes às suas iniciais, o que em análise combinatória dos dados fornecidos nas publicações dos atos não garantem de fato a efetividade do sigilo. Ainda, as partes são identificáveis ante aos olhos de todos aqueles que trabalham no ambiente da justiça, seja o próprio juiz, seja todos os outros que trabalham no ambiente do fórum.

A tecnologia do uso do pseudônimo para as vítimas das exposições da intimidade sexual se coaduna com o que se entende como o direito terapêutico, que tem por preocupação a integridade psíquica de todos os sujeitos intercedidos pelo monopólio da jurisdição estatal.

É nesse sentido que a pessoa humana assume a condição de centro de gravidade, de pedra angular, para as ações a serem desenvolvidas, inclusive quando buscam o acesso à justiça. O direito à integridade psíquica, ou ao livre desenvolvimento da personalidade, é o que Groeninga considera o mais fundamental dentre os direitos da pessoa, uma vez que o psiquismo é o que

confere ao sujeito a condição humana. E, por conseguinte, é o direito que protege o indivíduo das ameaças dos sistemas, que em tese deveriam o tutelar; o social, o familiar, e o próprio sistema jurídico. (GROENINGA, 2004, pp. 249-264)

Ademais, a tecnologia legislativa que garante à vítima a integralidade dos valores econômicos produzidos em decorrência do evento danoso; as punições exemplares decorrentes da própria lei; a obrigação de retratação; e a responsabilidade pelo simples compartilhamento, são outros instrumentos que merecem atenção especial para o desenvolvimento do estágio da arte da proteção à intimidade sexual.

Em tons de conclusão, considere-se que a ampla tutela dos direitos da personalidade no panorama ético-normativo brasileiro: - pela articulação de um conteúdo essencial dos direitos individuais à ampla instrumentalidade de tutelas de reparação da lesão ou de inibição da ameaça ao direito -, pode representar uma grande frustração daqueles que buscam efetividade do sistema de proteção da intimidade sexual:

- Seja porque há de se reconhecer que existe uma grande amplitude de interpretações possíveis para o preenchimento do conteúdo da tutela da confiança, dos atos próprios e do abuso de direitos;
- Seja porque a aplicação do que é adequado ao caso concreto depende diretamente da pré-compreensão dos julgadores, que são muitas vezes sujeitos alheios a complexidade das relações privadas desenvolvidas no âmbito do espaço virtual da internet, ou da complexidade do exercício da sexualidade na modernidade;
- Seja pela interpretação restritiva das possibilidades de exercício da individualidade (em casos que se negam a alteração do nome, por ausência de causa, por exemplo);
- Seja pela desatualização tecnológica dos institutos e instrumentos já reconhecidos pelo direito (exemplo do segredo de justiça).

Ao se atingir as últimas considerações dessa análise, tem-se forte as razões de que a criação de um direito democrático à livre expressão da sexualidade fundado na dignidade da pessoa humana depende do reconhecimento da gravidade das lesões dos direitos no ambiente das relações virtuais, e, ainda que a modernização do direito passa pelo reconhecimento de que: se a individualidade é o problema, a individualidade também pode ser a solução.

Importa para a construção democrática dos direitos e das liberdades, além de fórmulas que sirvam para o reconhecimento formal dos direitos fundamentais e formas genéricas de tutela, há de se desenvolver meios efetivos de proteção do complexo unitário somático-psíquico e da dimensão relacional da personalidade humana. Nesse sentido, também é pujante a razão de Goethe: “Tudo o que emancipa o espírito sem nos dar controle sobre nós mesmos é danosamente prejudicial”.²⁴³

²⁴³ “*Everything that emancipates the spirit without giving us control over ourselves is harmful*”. GOETHE, J. W. *Proverbs in Prose*. Dover Books on Literature & Drama, 2006.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito – ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

AGUSTINA, J. R, GÓMEZ-DURÁN, E. L. *Sexting: Research criteria of a globalized social phenomenon*. Archives of Sexual Behavior n.41, 2012. pp. 1325-1328. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1007/s10508-012-0038-0>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2015.

ALDERMAN, E.; KENNEDY-SCHLOSSBERG, C. *The right to privacy*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf Inc., 1995.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garçon Valdés. Madrid: CEPC, 1993.

AMMORI, Marvin. *The ‘new’ New York Times: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter: The first Amendment moves beyond the courts*. Harvard Law Review, n° 127, 2014.

_____. *Net neutrality’s legal binary: an either/or with no third way*. Disponível em <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/05/net-neutrality%E2%80%99s-legal-binary-eitheror-no80%9D>. Acesso em 27 de jul. de 2014.

ARCHER, Robert. *Sexuality and human rights*. Genebra: International Council on Human Rights Policy, 2009.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no CC de 2002*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 28. Rio Grande do Sul: Padma, out/dez. 2006.

_____. *Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 26. Rio Grande do Sul: Padma, abr/jun., 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização jurídica da dignidade humana*. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAAB, Otto. *Sex, Sexual behavior*. In BUTTRICK, George Arhur. *The Interpreter’s Dictionary of the bible*. Vol. 4. Nova Iorque: Abington, 1962.

BAKER, Robert; ELLISTON, Frederick; WININGER, Kathleen. *Philosophy and sex*. S.n.: Prometheus Books, 1998.

BARRET, David. *What is revenge porn? What is revenge porn and what is the law on it?* Reino Unido, *The Telegraph*. 9:18 AM BST 13 Apr 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Constitucionalização do direito e direito civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

BENOTSCH, E. G., MARTIN, A. M., SNIPES, D. J., e BULL, S. S. *Sexting, substance use, and sexual risk behavior in young adults*. Journal of Adolescent Health, n. 52, 2013a. Pp. 307-313. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1016/j.jadohealth>> Acesso em 10 de julho de 2014.

_____. *Significant and non-significant associations between technology use and sexual risk: A need for more empirical attention*. Journal of Adolescent Health, n.53, 2013b. Pp.147-148. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jadohealth.2013.03.028> . Acesso em 10 de julho de 2014.

BERLATSKY, Noah. *Doxing isn't about privacy: it's about abuse*, The Guardian, 2014. Disponível em: <http://www.dailydot.com/via/doxing-privacy-abuse-online/>

BEZEMER, Willeke; COHEN-KETTENIS, Peggy; SLOB, Koos; SON-SCHOONES, Nel Van. *Sex matters: proceedings of the Xth World Congress of Sociology*. Amrterdão: s.n, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função*; Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9a. Ed. Rev. atual. Amp. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSWELL, John. *Christianity, social tolerance, and homosexuality*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In.: *hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 103-194.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas* – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). Anuário do programa de pós-graduação em direito. São Leopoldo: Unisinos, 2001

BRECKENBRIDGE, A.C. *The Right to privacy*. University of Nebraska Press, 1971.

BROWN, Peter. *The body and society: men, women, and sexual renunciation in Early Christianity*. Nova Iorque, Columbia University Press, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento sistemático e conceito de Sistema na ciência do direito*. Trad. De A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Colouste Gulbekian, 1989.

CARPENA, Heloisa. *Abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge, Et al. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CATONNÉ, Jean-Phillippe. *A sexualidade, ontem e hoje*. Trad. de Michèle Iris Korelak. São Paulo: Cortez, 1994.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *O Direito à própria imagem*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 67, p.45-75. 2013.

CHINELLATO, S.J. *O direito do autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para o concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

COHEN, Julie. *Examined Lives: informational privacy and the subject as object*. Stanford Law Review n° 1979 (2000).

_____. *What is privacy for*. Harvard Law Review, n. 126, 2010.

COMARTIN, E., KERNSMITH, R., e KERNSMITH, P. *"Sexting" and sex offender registration: Do age, gender, and sexual orientation matter?* Taylor and Francis Publisher: Deviant Behavior Journal, n. 34, Estados Unidos, 2013. Pp.38-52.

Disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/01639625.2012.707534> . acesso em 07 de outubro de 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONNEL, R.W. *Making gendered people: bodies, identities, sexualities*. In. *Revisioning Gender*. LORBER, Judith (ed.). California: Sage Publications, 1999.

CONTI, Paulo Henrique Burg. *Crimes Contra a Honra: uma análise da liberdade de expressão como causa de justificação*. PUCRS: Anais Ciências Criminais, IV, 2013.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil / Relatório*, Universidade de Lisboa, 1987.

_____. *Tratado de direito civil V. Parte geral: legitimidade, representação, prescrição, abuso de direito, colisão de direitos, tutela privada e provas*. Lisboa, Almedina, 2011.

_____. *Tratado de Direito Civil Português, I; Parte Geral, I, 2ª Ed..* Almedina, 2000.

_____. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coleção Teses, Almedina, 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. 4ª ed. Revista e atualizada; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Almedina, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Editora Juspodium, 2009.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de Personalidade*. Lisboa: Moraes Editora, 1961.

DOTTI, R. A. *A proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidade e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ELSTER, Jon. *Strong feelings: Emotions, addictions, and human behavior*. (The Jean Nicod Lectures). Massachussetts: MIT Press, 1999.

_____. *Retribution and reparation in the transition to democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARLEY, Margareth. *Sexual Ethics*. In POST, Stephen. *Encyclopedia of bioethics*. Macmillan Reference USA, Thompson Gale, 2004.

FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. Et. Al. *Humanização do Direito Civil Constitucional: Perspectivas e desafios* – Organizadores: Adriano Marteleto Godinho; Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa - Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FOUCAULT, Michel. *The history of sexuality*. Tr. Robert Hurley. Nova Iorque: Vintage books, 1990.

FOUT, John C. *Forbidden History: the State, society, and the regulation of sexuality in Modern Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa Almedina, 2004.

FRANKS, Mary Anne. *Drafting an Effective 'Revenge Porn' Law: A Guide for Legislators*. University of Miami, UMSL Rev., 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2468823>>; acesso em: 22 de agosto de 2015.

_____. CITRON, Danielle Keats. *Criminalizing Revenge Porn*. Wake Forest Law Review, Vol. 49, 2014, p. 345 e ss.; U. of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2014-1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2368946>>. Acesso em 24 de Agosto de 2015.

_____. *Unwilling Avatars: Idealism and Discrimination in Cyberspace*. Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 20, p. 224, 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1374533>>. Acesso em 12 de agosto de 2015.

_____. *Combating Non-Consensual Pornography: A Working Paper*. University of Miami School of Law. UMSL Rev. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2336537>> Acesso em 12 de setembro de 2015.

GLUCK PAUL, Ana Carolina Lobo. *Eticidade do direito: o princípio da eticidade na nova ordem civil brasileira*. IN. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do Direito Privado no atual momento Histórico*. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11^a.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013

GREEN, Ronald. *Religion and sexual health: Ethical, Theological, and clinical perspectives*. Dordrecht, Holanda: Kluwer Editors, 1992.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico*. In *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*; coordenador Rodrigo da Cunha Pereira – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In Família e dignidade humana. ANAIS – V Congresso Brasileiro de Direito de Família*; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

GRUNDMANN, S. MENDES, G. MARQUES, C.L, BALDUS, C. e MALHEIROS, M. (org.) *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

HAYEK, F. A. The creative powers of a free civilization. In: MORLEY, F. *Essays on individuality*. Indianapolis: Liberty Press, 1977.

HEINS, Marjorie. *The brave new world of social media censorship: How 'terms of service' abridge free speech*. Harvard Law Review, nº 127, 2014.

HERZOG, Benjamin. *A interpretação e a aplicação do direito na Alemanha e no Brasil: uma análise do ponto de vista das teorias de direito comparado funcional, da teoria de direito comparado pós-moderno e da teoria do legal transplants*. In: GRUNDMANN, S. MENDES, G. MARQUES, C.L, BALDUS, C. e MALHEIROS, M. (org.) *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

IRVINE, Janice. *Disorders of desire: sex and gender in modern American Sexology*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

JANUS, Samuel; JANUS, Cynthia. *The Janus report on sexual behavior*. Nova Iorque: s.n, 1993.

JEWELL, Jennifer, BROWN, Christia Spears. *Sexting, catcall, and butt slaps: How gender stereotypes and perceived group norms predict sexualized behavior*. Sex Roles, online first, December 2013, Volume 69, Issue 11, pp 594-604. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1007/s11199-013-0320-1>. Acesso em 09 de abril de 2015.

KATZMAN, Debra. K. *Sexting: Keeping teens safe and responsible in a technologically savvy world*. Paediatrics and Child Health 15. 2010. pp. 41-45. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1177/1473225411420533>. Acesso em 07 de julho de 2015.

KINSEY, Alfred Charles; POMEROY, Wardell B.; MARTIN, Clyde. *Sexual behavior in the human male*. Philadelphia: WB Saunders, 1948.

KELSO, J. Clark. *False Light Privacy: A requiem*; 32 Santa Clara L. Rev. 783, 1992.

KREPS, David. *Foucault, exhibitionism and voyeurism on Chatroulette*. In: F. SUDWEEKS, H., et al.. *Proceedings Cultural Attitudes Towards Communication and Technology*. Murdoch University Press, Australia, 2010, pp. 207-216.

_____. *Performing the Discourse of Sexuality Online: Foucault, Butler, and Videosharing on Sexual Social Networking Sites*. AMCIS 2009 Proceedings. Paper 517. Disponível em <http://aisel.aisnet.org/amcis2009/517s>, acesso em 02 de setembro de 2015.

KRISZTAN BORCSIK, Sandor. *Do acompanhamento de processos gravados com 'segredo de justiça' pelo sistema informatizado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. 2007.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*; traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de derecho Privado, 1978.

LAUMANN, Edward O., MICHAEL, Robert T. *Sex, Love, and health in America: Private choices and public policies*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

_____. GAGNON, John H. *The social Organization of sexuality: sexual practices in the United States*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

LENHART, A. *'Teens and Sexting: How and why minor teens are sending sexually suggestive nude or nearly nude images via text messaging'*. Pew Research Centre Report, 2009. Disponível em: <http://pewresearch.org/assets/pdf/teens-and-sexting.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2005.

LIVINGSTONE, Sonia; RINGROSE, Jessica; GILL, Rosalind; HARVEY, Laura. *A quality study of children, young people and sexting*. A report prepared for the NSPCC, 2011. Disponível em: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/qualitative-study-children-young-people-sexting-report.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2015.

LÔBO, Paulo. *Metodologia do direito civil constitucional*. in. TEPEDINO, G. FACHIN, E. e LÔBO, P. (Coord.) *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis, Conceito Editorial, 2014.

_____. *Direito Civil: Parte Geral – 2ed*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYON, David. *Surveillance Studies: an overview*. Massachusetts: Polity Press, 2007.

MAC NEIL, M. Cyberspace governance: canadian reflections. In: MAC NEIL, M. S. N. S. P. *Law, Regulation, and Governance*. Toronto: Oxford University Press, 2002.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Privado: a gestão dos problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexos em torno de uma notícia jornalística*. Revista de direito do consumidor. São Paulo: RT, vol. 4, p. 140-172, 1992

_____. *O novo código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. In GL Branco, J. MARTINS-COSTA. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor, v. 45, jan.-mar. 2003, p. 71 e ss.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004

MAYER, M. F. *Rights of privacy*. Nova Iorque: Law-arts Publishers, 1972.

MCGOVERN, W. M. Collectivism and Individualism. In: MORLEY, F. *Essays on individuality*. Indianapolis: Liberty Press, 1977. p. 339-366.

McDONALDS, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. *The cost of reading privacy policies*. A Journal of Law and Policy for the Information Society (2008) Privacy Year in Review issue, 2008.

McKINNEY, Kathleen; SPRECHER, Susan. *Human Sexuality: the societal and interpersonal Context*. Norwood, Nova Jersey: Ablex, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade*. 3 ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, João de Castro. *Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais*. In. Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Livraria Petrony, v. 01: 93-116, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Nota técnica – Crimes cibernéticos*, 2015. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal. Acesso em: 07 de abril 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

MONTEIRO, Patrícia Ferreira de Almeida. *A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

MONTEIRO FILHO, R.W. *Direitos da Personalidade e Dignidade humana*. In L.I. Florisbal de Souza Del'Olmo. *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Pp 261-302. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos direitos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123

_____. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. 1991.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do Direito Privado no atual momento Histórico*. São Paulo: RT, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAK, David. *Some aspects of sex, society, and God in Judaism*. In. *Jewish Social Ethics*. Nova York: Oxford University Press, 1992.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional – Volume Único*, 8ª Ed. Editora Método, 2013.

OKIN, Susan Moller. *Justice, Gender, and the Family*. New York: Basic Books, 1989.

ORAVEC, Jo Ann. *The ethics of sexting: Issues involving consent and the production of intimate content*. In HEIDER, Don; MASSANARI (Eds.): *Digital Ethics: Research and Practice* (pp. 129-145). New York: Lang, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Nações Unidas no Brasil, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

PARKER, Richard. *Sexuality, Health and Human Rights*. Am J Public Health, 2007a; 97(6): p. 972–973.

_____. *Culture, Society and Sexuality*. 2a ed. Nova Iorque, NY: Routledge; 2007b.

PARSONS, Anne. *Belief and anonymity: essays in psychosocial anthropology*. Nova Iorque: Free Press, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed., rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTIT, Philip. *Uma teoria de la libertad: de la psicología a la acción política*. Madrid: Editorial Losada, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.

POSNER, Richard. *Sex and Reason*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

POST, Stephen. *Encyclopedia of bioethics*. Macmillan Reference USA, Thompson Gale, 2004.

RAUPP RIOS, Roger. *Para um direito democrático da sexualidade*. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, jul./dez. 2006

RICHARDS, Neil M. *The danger of surveillance*. Harvard Law Review n. 126, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROWLAND, Lee. *Naked statue reveals one thing: Facebook censorship needs better appeals process*. Disponível em: <https://www.aclu.org/blog/technology-and-liberty-national-security/naked-statue-reveals-one-thing-facebook-censorship>. Acesso em: 15. Jul. de 2014.

REALE, Miguel. *Problemas de nosso tempo*. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1969.

_____. *Experiência e cultura*. São Paulo: Grijalbo-Edusp, 1977.
 _____. *O direito como experiência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIMAN, Jeffrey H. *Privacy, intimacy, and personhood*. Philosophy & Public Affairs 6-1 (1976)

REISS, Ira L. *Society and sexuality: A sociological theory*. In *Human Sexuality: The societal and interpersonal context*, ed. Katheleen Mckinney and Susan Sprecher. Noorwood, Nova Jersey, Ablex. 1999.

REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. Lemos & Cruz: 2004.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Tutela Penal da Intimidade: Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: ATLAS, 2008.

ROSEN, Jeffrey. *The right to be forgotten*. 64 Stanford Law Review Online 88. (13. Fev. 2012). pp. 91.

RUIZ MARCO, Francisco. *Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*. Madrid: Colex, 2001.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito*. Cadernos de ciência e técnica fiscal. Centro de estudos fiscais da direção-geral das Contribuições e Impostos. Ministério das Finanças. Lisboa, 1973.

SANTOS, Soraya Vieira. *A relação entre o Público e privado: um estudo inicial do pensamento de Hannah Arendt*. Goiânia: Inter-ação. V-37, nº2, jul/dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 8ª ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005

_____. *Direito Civil e Consituição*. São Paulo, Atlas, 2013.

_____. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCOGGIO, Steffano. *Transforming privacy: a transpersonal philosophy of rights*. Westport: Praeger Publishers, 1976.

SILVA, Célia Regina da. *Deslocamentos bios politikos na esfera pública de visibilidade da comunicação*. Itercom. XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Natal, RN – 2 a 6 de setembro de 2008.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOBLE, Alan. *Philosophy of sex: contemporary readings*. 4th ed. Totowa, Nova Jersey: Rowman and Littlefield Editors, 2002.

SOLOMON, Robert; NICHOLSON, Linda. *Sexual Identity*. POST, Stephen. *Encyclopedia of bioethics*. Macmillan Reference USA, Thompson Gale, 2004.

SOLOVE, Daniel. *Introdution: Privacy self-management and the consent dilemma*. Harvard Law Review n. 126 (20 de maio de 2013)

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STROLLER, Robert J. *Porn: myths for the twentieth century*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1991.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

STRAHILEVITZ, Lior Jacob. *Toward a positive theory of privacy law*. Harvard Law Review, n° 126 (2010). pp. 2013.

STEWART, Jon. *Idealism and Existencialism: Hegel and nineteenth and twentieth-century European philosophy*. Nova York: Continuum International Publishing, 2010.

SYKES, G.S. *The right to be let alone: privacy in the United States*. Messnes Publishers, 1976.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2013.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função do código civil*. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do direito civil*. In. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMPSON, John B. *Los límites cambiantes de la vida pública y la privada*. México: Universidad de Guadalajara. Nueva época, núm. 15, jan-jun., 2011.

TIEFER, Leonore. *The context and consequences of contemporary sex research: a feminist perspective*. In. *Sex and behavior: status and prospectus*. McGill, Thomas; DEWSBURY, Donald; SACHS, Benjamin. Nova Iorque: Plenum, 1978.

TUROW, Joseph; FELDMAN, Lauren; MELTZER, Kimberly. *Open to exploitation: American shoppers online and offline*. University of Pennsylvania, The Annenberg Public Policy Center, jun. 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2005.

WALLWORK, Ernest. *Social Control of Sexual Behavior*. In. POST, Stephen. *Encyclopedia of bioethics*. Macmillan Reference USA, Thompson Gale, 2004.

WASSERSTROM, Richard. *Morality and the law*. Michigan: Wodsworth Publishing CO, 1971.

_____. *Today's moral problem*. Michigan: Wodsworth Publishing CO, 1985.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. *Sexual Health for the Millennium. A Declaration and Technical Document*. Minneapolis, MN, USA: World Association for Sexual Health, 2008. Disponível em: www.europeansexology.com/files/WAS_2008.pdf, acesso em: 17 de junho de 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Defining sexual health*, 2010. Disponível em: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/sexual_health/sh_definitions/en/

_____. *Sexual health, human rights and the law*, 2014. Disponível em: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/sexual-health-human-rights-law/en/. Acesso em 08 de fev.2015.

_____. *Sexual and reproductive health and rights: a global development, health, and human rights priority*, 2015. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/srh-rights-comment/en/ Acesso em: 08 de fev.2015.

_____. *Gender and reproductive health: working definitions*. Disponível em http://www.who.int/reproductive-health/gender/sexual_health.html.> Acesso em 08 de fev.2015.

VENTURA, Miriam (Org.). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

VERSTRYGNE, Karl. *Digital technology, virtual worlds, and ethical change*. In: *Techné: Research in philosophy and technology*: Vol. 17. Issue 1, 2013.

YOLOKH, Eugene. *Tort law vs Privacy*. *Columbia Law Review*, nº 114:879, 2014.