

APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À IMAGEM NA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

HORIZONTAL APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO IMAGE IN REVENGE PORNOGRAPHY

Vanessa Lopes Vasconcelos¹

Francisco Damázio de Azevedo Segundo²

RESUMO: O conceito de privacidade foi relativizado com o desenvolvimento da informática, o crime de pornografia de vingança (*revenge porn*) é praticado por usuários comuns de internet. Como o nome já antecipa trata-se de um crime de vingança, praticado por terceiros, na maioria, ex-parceiro, que possuem fotos ou vídeos íntimos com outra pessoa e os publicam na internet sem autorização da pessoa filmada ou fotografada. Nos casos de pornografia de vingança a vítima tem sua vida devastada, é um crime que pode ocorrer com homens e mulheres, no entanto, existe a predominância de vítimas mulheres, constituindo também uma forma de discriminação sexual. No presente artigo tem-se como objetivo analisar o crime de pornografia de vingança e aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares. Como objetivos específicos tem-se o estudo do crime de pornografia de vingança, crime que fere o direito fundamental a privacidade, a honra e a imagem, delimitar-se-á na violação do direito à imagem, a análise das teorias de aplicação horizontal de normas de direitos fundamentais, Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, tema inicialmente debatido na Alemanha, afastado do Direito dos Estados Unidos e já aceito no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à imagem; Pornografia de Vingança; Teoria da Aplicação horizontal dos direitos fundamentais; Direitos Fundamentais

ABSTRACT: The concept of privacy has been made relative with the advent of the internet. The crime of revenge porn, practiced by average internet users. As the name indicates, it is a crime of vengeance, practiced by third parties, mostly ex-partners, that possess intimate photos or videos with another person, and share them online without the other person's consent. In the cases of revenge porn, the victim's life is devastated, and while this is a crime that can occur to both men and women, the victims are mainly women, which is also a way of sexual discrimination. The present article aims to analyse the crime of revenge porn, and how fundamental rights are applied to individuals. As specific objectives, one has the study of revenge porn, a crime that goes against the fundamental right to privacy and one's honour and image, we shall identify the violation of image rights, an analysis of the theories of horizontal application of fundamental rights, the theory of horizontal efficacy of fundamental rights, a theme initially debated in Germany, away from the rights of the US, and already accepted in Brazil.

KEYWORDS: Image rights; Revenge porn; Theories of horizontal application of fundamental rights; Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A criação e implementação da internet no cotidiano da sociedade foi um avanço, com ela vieram a facilidade e a rapidez da informação, a barreira da distância física é facilmente resolvida por meio de mensagens, vídeos e fotos enviadas. No entanto, já se vem sofrendo com diversos crimes cometidos pela internet, desde crimes que foram aperfeiçoados pelo seu uso, desde estelionato, falsidade ideológica, furto, extorsão, até aos que possuem na internet o início de sua prática.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional Público pela Universidade de Fortaleza, Mestre em Ciências Jurídico Constitucional pela Universidade Lisboa. Professora EBTT do Instituto Federal do Amapá.

² Mestre em Filosofia pela UFPB, Especialista e Graduado em Filosofia e Direito. Professor EBTT do Instituto Federal do Amapá.

No presente artigo, postula-se como objetivo analisar o crime de pornografia de vingança e aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares. Como objetivos específicos tem-se o estudo do crime de pornografia de vingança, crime que fere o direito fundamental à privacidade, à honra e à imagem. O trabalho em questão delimitar-se-á na análise da violação do direito à imagem e a análise das teorias de aplicação horizontal de normas de direitos fundamentais.

Justifica-se o trabalho pois os direitos fundamentais emergem para proteger a população das arbitrariedades cometidas pelo Estado, cabendo a este uma posição abstencionista. Entre as relações privadas e as ações do Estado existe uma nítida desigualdade, devendo aquela ser protegida e esta regulada, assim é a eficácia vertical dos direitos fundamentais. Nos casos de pornografia de vingança, no entanto, é claro que ocorre a violação de direitos fundamentais praticada pela conduta dos particulares, sendo que na própria relação privada ambos encontram-se em situação de desigualdade: um o violador e a outra, a vítima, que sofre com medo de ver sua imagem-qualificação exposta.

A metodologia adotada para o presente estudo tem natureza básica ou pura, tendo como objetivo aumentar o conhecimento sobre a pesquisa. Quanto aos meios para o estudo, a pesquisa bibliográfica é o alicerce, partindo da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações de artigos científicos. Quanto à abordagem do problema é pesquisa qualitativa. Quanto aos fins: Pesquisa descritiva, buscando descrever e analisar o objeto e aos métodos de abordagem indutivo, do particular para o geral, da decisão do tribunal para a resposta ao problema.

Em um primeiro momento, far-se-á um repasse sobre o conceito de direito à personalidade como direito fundamental, incluindo entre esses direitos da personalidade o direito à imagem.

No segundo capítulo, abordar-se-á a violação do direito à imagem é o que ocorre na pornografia de vingança, da imagem-retrato e imagem-qualificação, afetando a honra, gerando graves danos.

No terceiro capítulo será abordado a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, tema inicialmente debatido na Alemanha, afastado do Direito dos Estados Unidos e já aceito no Brasil, sendo necessário o repasse pelas teorias e correntes sobre o tema.

2. ESTUDO DOS DIREITOS À PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade, como próprio nome já diz são personalíssimos, foram introduzidos no Código Civil de 2002³, com características de intransmissibilidade e irrenunciabilidade, não podendo sofrer nenhum tipo de limitação mesmo que voluntária (art.11, CC/02). Diante dele, o Estado deve adotar uma postura de não intervenção, privilegiando a liberdade dos indivíduos.

Para alguns doutrinadores, o Código Civil já nasceu velho, pois não considerou os direitos de personalidade como mais importante que os de propriedade, tal como já havia feito a Constituição Federal de 1988, o Código destinou apenas um pequeno capítulo aos direitos de personalidade⁴.

Tais direitos são direitos fundamentais, ou seja, princípios constitucionais positivados numa ordem constitucional traduzindo a concepção de dignidade humana de uma sociedade⁵. São balizadores do Estado Democrático de Direito, segundo Alexy⁶, pois eles sustentam as garantias dos direitos de liberdade e igualdade, assegurando condições funcionais do processo democrático. A CRFB/88⁷ vários direitos e garantias constitucionais são fundamentos do Estado Democrático, tais como liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana. Para Venosa⁸, a personalidade é um conceito básico, não é exatamente um direito, que é resguardado pela dignidade humana.

Os Direitos Fundamentais surgiram como categoria autônoma na dogmática civilista, possuindo características jusnaturalistas. O direito de personalidade como direito fundamental foi alvo de críticas que afirmavam não ser possível aceitá-lo como objeto de direitos, já que é titularidade de direitos. Refuta-se, no entanto, tal

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 23 ago 2019.

⁴MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugenia. "A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre Particulares". In Clémerson Merlin Cléve (Org.): *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵LOPES, Ana Maria D'Ávila. "Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais". Passo Fundo: UPF, 2001.

⁶ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional". In *Revista Direito Administrativo*, n. 217, jul/set 1999, Rio de Janeiro, p. 55-66. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47413/45319> Acesso em: 23ago. 2019.

⁷BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 ago. 2019.

⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. "Direito civil: parte geral". São Paulo: Atlas, 2013.

crítica sob o argumento que a personalidade é centro de imputação e pressuposto de aquisição⁹. Nas palavras de Venosa¹⁰:

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo.

Segundo a teoria das gerações dos Direitos Fundamentais de Vasak¹¹, seriam direitos de primeira geração, direitos de liberdade, sendo esta composta por direitos civis e políticos, classificados como libertadores do povo das mãos do Estado soberano. Com o passar do tempo, visualizaram-se os direitos de segunda geração, denominados de direitos econômicos, sociais e culturais que traziam um dever de realização por parte do Estado de promoção da igualdade material entre os indivíduos. Posteriormente, os direitos de terceira geração, vislumbravam uma ótica bem mais atual: derivado do conceito advindo da fraternidade entre os povos este tinha por objetivo a promoção de direitos como a paz e a dignidade humana.

Os direitos de personalidades são caracterizados por serem inatos, não sendo vinculado a nenhuma vontade humana; vitalícios, perene ou perpétuos, continuam mesmo depois da morte, transcendendo a própria vida; inalienáveis; absolutos, opostos *erga omnes*. Afirma que os direitos de personalidades são divididos em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade, não sendo uma classificação exaustiva¹².

São bens imateriais, sem conteúdo patrimonial, *extra commercium extra patrimonium*, inalienáveis e perpétuos, protege a pessoa desde antes do nascimento até depois da morte, não podendo ser privada por ação Estatal ou particulares¹³.

Encontram-se no Direito à personalidade, os direitos à liberdade de ação em geral, liberdade de associação, de expressão, autonomia necessária ao desenvolvimento humano. Beltrão¹⁴ salienta que seria a “qualidade do indivíduo

⁹SARMENTO, Daniel. “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: parte geral”. São Paulo: Atlas, 2013.

¹¹VASAK, Karel. “Les Dimensions internationales des droits de l'homme: manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités”. Unesco, 1979.

¹²VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: parte geral”. São Paulo: Atlas, 2013.

¹³FERRAJOLI, Luigi. “Por uma carta dos bens fundamentais”. In Seqüência, n. 60, jul. 2010, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, p. 29-73. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29>. Acesso em 24ago 2019.

¹⁴BELTRÃO, Sílvio Romero. “Direito de Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil”. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

humano em relação com os outros homens, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia”¹⁵.

O direito à imagem tem especial proteção de acordo com o artigo 20, do Código Civil de 2002, sendo vedada sua utilização sem autorização, exceto se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, sendo demanda personalíssima, no entanto em caso de morto ou ausente, caberá a interposição pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes.

A Constituição Federal trata do direito à imagem no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, protegendo a intimidade, vida privada, a honra e a imagem, no art. 5º X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Cabendo direito de resposta e indenização quando houver dano material, moral ou à imagem, assegurando também proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁶ consideram a imagem como a “essência da individualidade humana”, sendo cabível uma resposta judicial diante de sua violação, seja por meio de sua utilização indevida ou diante do desvio de finalidade do uso autorizado. Alertam, porém, que se pode admitir a sua cessão de uso com autorização expressa do seu titular.

Na internet, com um clique pode-se visitar museus, ler livros em bibliotecas virtuais, fazer transações bancárias, conversar com parentes, amigos e até namorados, foi o que Zygmunt Bauman¹⁷, chamou de amor líquido, “relações mais banais, mais intensas e mais breves”, por detrás da tela do computador ou do celular as pessoas estão protegidas, não existe obstáculo para o contato, mas ao mesmo tempo para isso não se demanda esforço, ‘estar conectado’ exige menos esforço do que ‘estar engajado’, complementa o autor: “o outro lado da moeda da *proximidade virtual* é a *distância virtual*: a suspensão, talvez até a anulação, de qualquer coisa que transforme a contiguidade topográfica em proximidade”.

Além da fluidez dos relacionamentos criados e mantidos por meio da internet houve o surgimento de novos tipos penais, ou simplesmente a aplicação da internet

¹⁵ Ibid., p. 100

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Novo curso de direito civil”. São Paulo : Saraiva, 2012

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. “Amor líquido, Sobre a fragilidade dos laços humanos”. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

em crimes já existentes, chamados crimes eletrônicos, digital, informático, cibernético, cybercrime, e-crime ou crime.com. Para a prática de alguns crimes virtuais não se precisa necessariamente um conhecimento técnico específico, não são crimes restritos aos *trackers* ou *hackers*, alguns dos crimes podem ser praticados por pessoas comuns, com o acesso à internet, que em segundos pratica vários crimes, dentre eles crime contra a honra, contra intimidade, privacidade e violação do direito à imagem.

3. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E A VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM:

O conceito de privacidade foi relativizado com o desenvolvimento da informática, “um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em bancos de dados”¹⁸.

A França é o país que possui a lei mais severa, punindo com detenção e multa aquele que atentar contra a intimidade da vida privada. Nos EUA, na Suprema Corte em 1890 o juiz L. Brandies formulou o conceito de privacidade como “o direito de ficar só” (*right to be let alone*), baseado no princípio da propriedade, posteriormente afastou-se a ideia de propriedade e usou-se princípio da “inviolabilidade da personalidade”¹⁹. O direito à imagem também foi brutalmente afetado com as novas mídias e a facilidade de informação e transmissão de mensagens e imagens.

Não se falava em tutelar a “imagem-retrato”, pois para a confecção de um retrato, um busto, precisava-se necessariamente da presença física do titular da imagem, não se falava em uma imagem sem o consentimento. O direito à “imagem-qualificação” foi fruto da legislação francesa no ano de 1957²⁰. Afastou a ideia que o direito à imagem é unicamente o direito à reprodução das feições físicas do outro, indo muito além, trazendo a ideia da imagem sentimental, social, que se quer passar para os outros ou que se tem de si mesmo.

Buscar-se-á no presente trabalho analisar os crimes de pornografia de vingança (*revenge porn*), praticados por usuários comuns de internet. Como o nome já antecipa trata-se de um crime de vingança, praticado por parceiros, na maioria,

¹⁸PAESANI, Lílana Minardi. “Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil”. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹Ibid.

²⁰BELTRÃO, Silvio Romero. “Direito de Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil”. São Paulo: Atlas, 2005.

ex-parceiro, que possuem fotos ou vídeos íntimos com outra pessoa e os publicam na internet sem autorização da pessoa filmada ou fotografada. O intuito do feito não é receber recompensa, é pura e simplesmente humilhar a outra parte, ferindo sua imagem e honra, gerando exposição e humilhação pública, além de ferir sua “imagem-retrato”, também fere sua “imagem-qualificação”.

Segundo a ONG Safernet²¹, no ano de 2015, o número de *sexting*²², que é o ato de trocar mensagens com texto erótico e com imagens sem roupa ou com pouca roupa, foi de 322 atendimentos, sendo ainda um número reduzido diante da realidade.

No Brasil a primeira condenação na justiça foi em 2006 no caso de Rose Leonel, que atualmente administra a ONG Marias da Internet, que teve fotos nuas publicadas em sites pornôns, enviadas por e-mails para os moradores de sua cidade, Maringá, pelo seu ex-namorado. Por anos ela lutou judicialmente para conseguir a condenação do culpado e ter suas fotos retiradas da internet. Foram quatro processos contra seu agressor, houve uma condenação para pagamento de 3 mil reais em multa, no segundo foi pena de um ano, 11 meses e 20 dias de detenção e, durante esse tempo, teria de entregar R\$ 1,2 mil mensais à ex-namorada, bem como uma medida de distância de Rose e dos filhos dela, logo depois houve, em outra condenação, a obrigação de entregar os computadores para as investigações e a última ação movida por Rose ainda corre na Justiça²³.

Nos casos de pornografia de vingança a vítima tem sua vida devastada, é um crime que pode ocorrer com homens e mulheres, no entanto, estudos feitos por *Cyber Civil Rights Initiative*, nos Estados Unidos, 90% das vítimas são mulheres, constituindo também uma forma de discriminação sexual²⁴. As mulheres sofrem uma cobrança muito maior, advindo de uma sociedade machista, passam por várias

²¹ Segundo o site da ONG <http://www.safernet.org.br/site/institucional>, ela foi criada no ano de 2005, por diversos pesquisadores que desenvolveram estudos inicialmente sobre pornografia infantil na internet no Brasil, tal objetivo, no entanto, foi ampliado, analisa-se dados de racismo, apologia e incitação a crimes contra a vida, xenofobia, neo nazismo, maus tratos contra animais, intolerância religiosa, homofobia, tráfico de pessoas e também sobre exposição íntima na internet. “SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial”.

²² “É a junção da palavra *sex* (sexo) + *texting* (torpedo), tem origem inglesa e surgiu quando a Internet nem era 3G e as pessoas enviavam mensagens de texto por sms (*Short Message Service*) de caráter erótico e sexual, hoje as mensagens são fotos e vídeos por mms (*multimediamessagemservice*)” (SAFERNET, 2016)

²³ BUZZI, Vitória De Macedo. “*Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*”. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

²⁴ CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. “*Criminalizing Revenge Porn*”. In 49 Wake Forest Law Review, 2015. p. 345-391. Disponível em <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1420/>. Acesso em: 23 ago 2019.

formas de preconceito e humilhação, desestabilizando suas vidas sociais, afetivas e profissionais. Diante da publicização das fotos e vídeos da sua privacidade as vítimas assumem o papel de réis, sendo cruel e desumanamente condenadas pela sociedade.

Danielle Keats Citron e Mary Anne Franks²⁵ explicam que a pornografia de vingança é uma espécie dentre da “pornografia não consensual”. Na “pornografia não consensual” são distribuídas imagens gráficas de cunho sexual sem o consentimento do indivíduo, dividindo em imagens que foram conseguidas sem o consentimento ou desconhecimento e imagens conseguidas originalmente com conhecimento e consentimento no contexto de um relacionamento íntimo, conhecidas por *revenge porn* ou pornografia de vingança.

As autoras afirmam que a quebra da confiança e divulgação de imagens sem autorização não é algo novo, já acontecia antes, no entanto, com a internet, a propagação da informação acontece de forma bem mais rápida, gerando danos como perder a profissão e oportunidades de educação, problemas psicológicos²⁶.

No Brasil somente em 24 de setembro de 2018, foi editada a Lei 13.718/18²⁷, modificando o Código Penal em relação aos crimes sexuais, não trouxe a denominação específica sobre *revenge porn* como um crime por si só, no entanto, existe o aumento de penal do crime de divulgação de cena de sexo ou nudez sem o consentimento da vítima, novo tipo penal incluído através do art. 218-C:

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

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

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

²⁵Ibid.

²⁶Ibid.

²⁷BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em 24 ago 2019.

A Lei vem para coroar a ideia que existe na relação uma desigualdade entre os envolvidos, um opressor e uma vítima, em que o opressor e violador de direito fundamental não é o Estado e sim o particular.

4. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram criados para proteger a população das arbitrariedades cometidas pelo Estado, cabendo a este uma posição abstencionista. Entre as relações particulares com o Estado existe uma nítida desigualdade, devendo ser protegida e regulada. Caracterizada a eficácia vertical dos direitos fundamentais, buscar-se-á analisar os casos de pornografia de vingança como agressão ao direito fundamental à imagem, pertencente aos direitos de personalidade, e sua aplicação entre sujeitos no âmbito privado.

Segundo Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft²⁸, os direitos fundamentais aplicados em relações horizontais ocorrem de forma equitativa, sem relação de desigualdade, essa vinculação ocorrerá de forma plena, por não existir relação de superioridade; direta, não precisade elaboração de lei, busca-se a fonte como fonte de aplicação; irradiante, pois aplica-se em todos os ramos do direito, relações trabalhistas, de consumo, biodireito.

Ingo Sarlet²⁹ argumenta que, com a superação da ideia de Estado clássico e liberal de Direito, onde os direitos fundamentais representavam a proteção dos indivíduos contra os arbítrios do Estado, no Estado social de Direito as atividades e funções Estatais aumentaram e a sociedade começou a participar mais ativamente do exercício do poder, foi o início para reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. As relações de trabalho, de consumo, tutela de grupos socialmente fragilizados e vulneráveis afetam não somente particulares e Estado, como também particulares e particulares.

Eficácia horizontal, eficácia privada, eficácia externa, eficácia em relação a terceiro são sinônimos para aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, fruto da doutrina alemã, mas também aplicada no Brasil, cita-se como exemplo, direito à indenização por dano moral ou material, direitos de manifestação de

²⁸MOREIRA, op. cit.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *"A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

pensamento, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência, direitos sociais, como já citado, empregados versus empregadores particulares³⁰.

Alexy³¹ explica que a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares já não gera polêmica, mas como (a construção) e em que extensão (colisão) essa aplicação será feita é ponto controverso. Pois, na aplicação vertical, fala-se na relação entre um titular de direitos fundamentais (o cidadão) e um não titular (o Estado), na relação entre cidadão-cidadão os dois são titulares de direitos fundamentais, geraria então, como o autor denominou, um “problema de construção” e “um problema de colisão”.

Quanto à construção, o autor cita três teorias, teoria de efeitos indiretos perante terceiros, mediata, de efeitos diretos, imediata e por último, efeitos mediados por direitos em face do Estado, teoria da imputação. Tais teorias permitem a aplicação dos direitos fundamentais entre os cidadãos, modulam, no entanto, quem será o seu destinatário no âmbito estatal, se o juiz, o legislador ou os dois, as três aceitam que o efeito dos direitos fundamentais na relação entre particulares será uma questão de sopesamento. Para ele existiria um modelo de três níveis, integrando as teorias, não sendo excluídas, as duas primeiras teorias são voltadas ao Poder Judiciário, já a teoria da imputação vincula o Poder Legislativo e o Poder Judiciário³².

O principal representante da teoria de efeito indireto, mediata, é Dürig, a teoria defende que o direito privado possui suas normas próprias, estabelecendo direitos e deveres no âmbito privado, no entanto, os direitos fundamentais, por serem “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, influenciam na interpretação e concretização das cláusulas gerais do direito privado, mas também pode influenciar normas de direito privado em casos especiais, podendo até ir contra o teor literal da lei. O julgador, como seu principal destinatário, também sofre o efeito dos direitos fundamentais, devendo ele interpretar as normas de direito privado de acordo com os direitos fundamentais³³.

Na teoria de efeitos diretos perante terceiros, cita-se Nipperdey como principal defensor, tem-se os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, sendo o Estado o seu principal ofensor, não se fala em efeito dos direitos fundamentais na

³⁰Ibid.

³¹ALEXY, Robert. “*Teoria dos direitos fundamentais*”. São Paulo: Malheiros, 2015.

³²Ibid.

³³Ibid.

relação cidadão-cidadão, o que ocorrerá é que os direitos fundamentais influenciarão diretamente nos direitos subjetivos privados para os indivíduos, os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto, o destinatário da teoria é também o juiz.

De acordo com Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft³⁴, a aplicação imediata previsto no art. 5, § 1º e a garantia de imutabilidade dos direitos fundamentais trazem uma reordenação do direito civil, Direito Civil-Constitucional, cabendo agora uma postura constitucional dos indivíduos no respeito aos direitos fundamentais. Não se busca com essa afirmação um maior controle estatal perante os particulares, mas sim uma maior liberdade, que só existirá quando houver o respeito integral dos direitos humanos de terceiros, concluem os autores afirmando ser essa “a nova e correta leitura da liberdade”.

Para Ingo Sarlet³⁵ a corrente de Durig considera direitos fundamentais os direitos de defesa contra o Estado, somente caberia aplicação entre os particulares após um processo de “transmutação”, em que cláusulas gerais e conceitos abertos seriam aplicados, interpretados e integrados de acordo com os direitos fundamentais. No entanto, a Teoria de efeitos imediatos defende que os direitos fundamentais, como já dito, são absolutos e por isso o direito privado não poderia ser excluído da esfera de aplicação de todo ordenamento jurídico.

Na terceira teoria, chamada também de teoria da imputação foi proposta por Schwabe. Traz a ideia que o Estado seria também responsável pelas violações aos direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares. Como os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, o Estado deve então ter condição de protegê-lo, seriam responsáveis o Poder Legislativo e Judiciário.

A teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais teve sua origem na Alemanha, idealizada por Günter Dürig, na década de 50, é o entendimento ainda hoje dominante entre os juristas do país e pela Corte Constitucional³⁶.

Nos Estados Unidos, a teoria não é aceita, o país prima pela autonomia privada, acredita que os direitos fundamentais positivados são unicamente aplicados na relação particulares e Estado para limitar seu poder. Uma das poucas aplicações horizontais feitas no país foi quanto a abolição da escravidão. A *StatesAction*, que busca preservar o espaço da autonomia entre os Estados e entre particulares, foi

³⁴MOREIRA, op. cit.

³⁵SARLET, op. cit. 2009.

³⁶SARMENTO, op. cit, 2008.

fixada, após decisões da Suprema Corte, que os direitos fundamentais constitucionais vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares e que o Congresso Nacional não poderá editar leis regulando direitos fundamentais nas relações privadas, sendo competência exclusiva do legislador estadual. No entanto, já houve modificação quanto ao poder de legislar, cabendo a União também legislar sobre direitos humanos e, na década de 40, a Suprema Corte adotou a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares quando houvesse “*public function theory*”³⁷. Daniel Sarmiento³⁸ critica a teoria do *State Action*:

Enfim, a doutrina da state action, apesar dos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standards minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional.

A teoria da eficácia horizontal recebe críticas enumeradas por Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft (2015), a primeira delas é que seria uma supressão do legislador e aumentaria o poder do juiz, já que a aplicação não tem previsão legal; outra crítica que iria ferir a autonomia privada e a invasão dos direitos fundamentais, dentre outras críticas.

A primeira vez no Brasil que explicitamente houve a aplicação horizontal ocorreu no RE 201.819/RJ pelo STF, de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie no ano de 2005. O caso foi contra a União Brasileira de Compositores – UBC devido a exclusão do sócio sem direito de defesa. Gilmar Mendes, que redigiu o acórdão, ao proferir seu voto admitiu expressamente que o caso era um exemplo claro de direitos fundamentais nas relações privadas, como exposto no trecho do acórdão:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Os casos anteriores somente tocavam implicitamente no tema, Daniel Sarmiento³⁹ relata que no Brasil a Carta de 1934 já aplicava os direitos fundamentais contra os particulares nos direitos trabalhistas. O primeiro caso de aplicação

³⁷SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

³⁸Ibid.

³⁹Ibid.

implícita depois da CRFB/88 foi contra uma fábrica de roupas íntimas que constrangia os funcionários a revistas íntimas diárias. Depois de então vários outros julgamentos trouxeram a ideia de eficácia horizontal, de forma implícita ou explícita, deixando claro sua possível aplicação no Direito Brasileiro. Como já explicado a pornografia de vingança é um crime que, dentre outros direitos fundamentais, fere o direito à imagem, como ela é praticada por um particular sendo vítima outro particular, sendo perfeitamente possível a aplicação da teoria no caso.

CONCLUSÃO

Com a evolução dos meios de comunicação surgiram novos meios de interação entre as pessoas, como as redes sociais que criam ambientes de socialização virtuais, que tendem a estreitar laços entre indivíduos, por meio do compartilhamento de informações, sejam elas mensagens de texto, áudio, fotos ou vídeos. Diretamente proporcional ao crescimento das novas vias de comunicação está o nascimento de novos crimes.

A sociedade depara-se com uma nova forma de violação de direitos da personalidade: a pornografia de vingança. A *revenge porn* tem sido cada vez mais comum em casos de mulheres, o que demonstra uma seletividade no polo passivo, que tem sua vida devastada após serem vítimas de tal crime, sofrendo danos à sua intimidade, sua honra e imagem.

O problema basilar aqui existente se situa entre a liberdade e a intervenção do Estado, na viabilidade que este tem ou não em intervir nas relações privadas. A questão problema é que diante dessas novas relações, a *revenge porn* é um crime que fere a vida íntima do ofendido, analisou-se aqui o seu direito de imagem, tendo-se em vista que o conteúdo compartilhado fora feito sob circunstâncias particulares, que garantiram à vítima ter confiança.

A clara violação ao direito fundamental causada por outro particular, acarreta então uma discussão em torno dos direitos fundamentais, sendo aqui observada a sua eficácia horizontal, tendo em vista a incidência na relação privada. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicado inicialmente na Alemanha, o Brasil já fez adoção explícita da teoria, deixando o STJ claro que o país é capaz de fazer tal aplicação.

A pornografia de vingança, desta forma, em razão da eficácia horizontal aos direitos fundamentais, por observar-se como uma agressão ao direito de imagem, esta garantida pelo direito de propriedade que o indivíduo fundamentalmente possui.

Assim, por mais que o compartilhamento de imagens próprias tenha sido por livre arbitrariedade, contudo, fora realizada em circunstâncias que a encarceram àquele momento, não tendo o conteúdo enviado ares públicos. Assim, diante de tal violação, a proteção à vítima e punição do agente é uma questão de garantia fundamental da própria dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. “*Teoria dos direitos fundamentais*”. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. “*Amor Líquido, Sobre a fragilidade dos laços humanos*”. Rio de Janeiro: Zahar, 2004

BELTRÃO, Silvio Romero. “*Direito de Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*”. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 ago 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 20 ago 2019.

_____. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em 24 ago 2019.

BUZZI, Vitória De Macedo. “*Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*”. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. “*Criminalizing Revenge Porn*”. In 49 Wake Forest Law Review, 2015. p. 345-391. Disponível em <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1420/>. Acesso em: 23 ago 2019.

FERRAJOLI, Luigi. “*Por uma carta dos bens fundamentais*”. In Seqüência, n. 60, jul. 2010, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, p. 29-73. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29>. Acesso em 24 ago 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “*Novo curso de direito civil*”. São Paulo : Saraiva, 2012.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. “*Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*”. Passo Fundo: UPF, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugenia Bunchaft. “*A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre Particulares*”. In Clémerson Merlin Cléve (Org.): *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. “*Direito e Internet : liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*”. SãoPaulo : Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. “*A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. “*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. “*A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*”. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011

VASAK, Karel. “*LesDimensionsinternationalesdesdroits de homme: manueldestiné à enseignementdesdroits de hommedanslesuniversités*”. Unesco, 1979.

VENOSA, Sílvio de Salvo. “*Direito civil: parte geral*”. São Paulo: Atlas, 2013.