



**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GILBERTO SARMENTO MARQUES DE LIMA**

**HISTORICIDADE DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DOS DELITOS  
NA PEDOPORNOGRAFIA: debatendo os casos de autolesão a  
partir da jurisprudência norte-americana**

**RECIFE**

**2017**

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GILBERTO SARMENTO MARQUES DE LIMA**

**HISTORICIDADE DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DOS DELITOS  
NA PEDOPORNOGRAFIA: debatendo os casos de autolesão a  
partir da jurisprudência norte-americana**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: História das Ideias Penais

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira

Coorientador: Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima

**RECIFE**

**2017**

## **RESUMO**

A expansão tecnológica – que produziu, facilitou, difundiu e unificou, numa grande rede, os novos meios de comunicação em massa – culminou em vertiginoso aumento da pedopornografia. Por conseguinte, a comunidade global se mobilizou, objetivando combater o avanço deste tipo de conteúdo. A solução comum: criminalizar e punir, do produtor ao consumidor, autores e partícipes. Entretanto, o paradigma hodierno de “tolerância zero” acabou criando um estorvo jurídico ao vilipendiar os jovens, cuja proteção se almejava. Indaga-se, então, se haveria legitimidade penal na limitação da liberdade humana para tutelar o menor em face de situações pornográficas. Esta pesquisa propõe, a partir de estudo de casos estadunidenses, debater a justificação teleológica dos estatutos, as balizas fixadas pelo princípio do dano e a responsabilidade de adolescentes. Trata-se de discussão relevante, tendo em vista problemática da imputação de pena, ao considerar a autoprodução de pedopornografia ofensa criminosa punível, apesar da confusão entre sujeito ativo e passivo, ofensor e vítima.

**Palavras-chave:** Pedopornografia. Autolesão. Responsabilidade Juvenil.

## **ABSTRACT**

*The technological expansion – which produced, facilitated, disseminated and unified, in a great network, new means of mass communication – culminated in a vertiginous increase of child pornography material. As a result, the global community mobilized in order to combat the spread of this type of content. The common solution: to criminalize and punish, from the producer to the consumer, authors and participants. However, the current paradigm of "zero tolerance" ended up creating a legal nuisance by vilifying young people, whose protection was sought. It is questioned, then, whether there would be criminal legitimacy in limiting human freedom to protect the minor in the face of pornographic situations. This research proposes, through the study of US case law, to discuss the teleological justification of the statutes, the limits established by the harm principle and the responsibility of teenagers. It is a relevant discussion, in view of the matters of penalty imputation, when considering the self-production of child pornography as a punishable criminal offense, despite the confusion between active and passive subject, offender and victim.*

**Keywords:** *Child Pornography. Self-harm. Juvenile Liability.*

## **RÉSUMÉ**

*L'expansion technologique – qui a produit, facilité, diffusé et unifié, dans un grand réseau, de nouveaux moyens de communication de masse – a abouti à une augmentation vertigineuse du matériel de pédopornographie. En conséquence, la communauté mondiale s'est mobilisée afin de lutter contre la propagation de ce type de contenu. La solution collective : criminaliser et punir, du producteur au consommateur, des auteurs et des participants. Cependant, le paradigme actuel de la "tolérance zéro" a fini par créer une nuisance juridique en vilipendant les jeunes, dont la protection a été ambitionnée. On demande, alors, s'il y aurait légitimité criminelle pour limiter la liberté humaine, afin de protéger le mineur contre des situations pornographiques. Cette recherche propose, à travers l'étude de la jurisprudence américaine, discuter la justification téléologique des statuts, des limites établies par le principe de non-nuisance (ou principe du tort) et de la responsabilité des adolescents. Il s'agit d'une discussion pertinente, compte tenu des questions de l'imputation des responsabilités, lorsqu'on considère l'autoproduction de pédopornographie comme une infraction pénale punissable, malgré la confusion entre sujet actif et passif, délinquant et victime.*

**Mots-clés** : Pédopornographie. L'automutilation. Responsabilité juvénile.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO: as (in)consequências penais nos Estados Unidos da América em casos de autolesão nos delitos referentes à pedopornografia.....</b>	<b>13</b>
<b>1 DA MORAL AO DANO: o princípio do dano como argumento para a justa criminalização .....</b>	<b>22</b>
1.1 John Stuart Mill e o seu <i>Harm Principle</i> (Princípio do Dano) .....	23
1.2 O Relatório Wolfenden e o embate Hart-Devlin .....	29
1.2.1. O contexto histórico para as teorias liberal e iliberal .....	29
1.2.2. Os argumentos e contra-argumentos entre Hart e Devlin .....	34
1.3 Joel Feinberg: <i>harm</i> e <i>offense principles</i> (princípios do dano e da ofensa) .....	39
1.3.1 <i>Harm principle</i> (Princípio do Dano).....	40
1.3.2 <i>Offense principle</i> (Princípio da Ofensa) .....	43
<b>2 A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA NOS CASOS DE PEDOPORNOGRAFIA .....</b>	<b>46</b>
2.1 Constituição: limite ao <i>stare decisis</i> .....	46
2.2 Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: liberdade de expressão e da pornografia .....	49
2.3 <i>Case law</i> : os precedentes vinculantes sobre pedopornografia na jurisprudência norte-americana .....	55
2.3.1 <i>Caso A: State v. ARS, 684 So. 2d 1383 (Fla. Dist. Ct. App. 1996)</i> .....	55
2.2.2 <i>Caso B: AH v. State, 949 So. 2d 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007)</i> .....	57
2.2.3 <i>Caso C: Clark v. Rocanova, 772 F. Supp. 2d 844 (E.D. Ky. 2011)</i> .....	60
2.2.4 <i>Caso D: People in the Interest of T.B, 2016 COA 151</i> .....	62
2.2.5 <i>Caso E: In re L.Z., 2016 Ohio 1337</i> .....	68
2.2.6 <i>Caso F: State of Washington v. E.G, 32354-4 (WA. Ct. Ap. 2016)</i> .....	70
<b>3 RESPONSABILIDADE E AUTONOMIA: definindo o equilíbrio entre liberdade e vulnerabilidade para uma justa criminalização .....</b>	<b>76</b>
3.1 O argumento do dano na pornografia .....	76
3.2 Liberdade e autonomia <i>versus</i> paternalismo .....	80
3.3 Entre responsabilidade e vulnerabilidade: o paradoxo do fundamento punitivo nos casos de “ <i>sexting</i> ” .....	82
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>

## **INTRODUÇÃO: as (in)consequências penais nos Estados Unidos da América em casos de autolesão nos delitos referentes à pedopornografia**

O caráter basilar do sexo nas relações humanas é inegável. A pornografia, por sua vez, não é exclusividade da sociedade contemporânea. Porém, foi na pós-modernidade que a pornografia explícita entre capazes conquistou status de direito fundamental, derivada da liberdade, da autonomia do indivíduo.

A revolução da tecnologia digital trouxe, ainda, novas perspectivas neste contexto. A falta de unidade e a fragmentação de perspectivas éticas é o que caracteriza a modernidade exacerbada, ou como já se chamou a pós-modernidade. A expansão e a democratização dos computadores e o avanço das tecnologias de comunicação, por exemplo, permitiram a extensão do real. Ou seja, a rede mundial de dispositivos (internet) ampliou definições e fronteiras, exigindo readequação a novos paradigmas.

Decorrente destes processos, em 1991, refletindo o discurso em voga, o Conselho da Europa, na *Recommendation No. R (91) 11* (FRANÇA, 1991), relacionou, baseado na resolução de nº 3, da 16ª Conferência de Ministros de Justiça da Europa (sobre exploração sexual, pornografia, prostituição e tráfico de crianças e jovens adultos, ocorrida em Lisboa, no ano de 1988), a pedopornografia como causa e efeito na exploração sexual e violência contra crianças.

Esse entendimento se consubstanciou, naquele período, na expansão de novas tecnologias, especialmente o Sistema de Vídeo Caseiro (VHS). Assim, a

repetição convalidou a ideia de relação entre a pedopornografia e a violência contra menores, mundialmente. Contudo, o “relacionamento causal entre pedopornografia e a prática de crimes contra crianças não é comprovado<sup>1</sup>” (FISHER et al., 2013). Nunca foi.

Mesmo assim, em resposta às mudanças, cresceu a articulação para estabelecer novas incriminações, visando o amplo combate a pedopornografia. Ou seja, a criminalização do produtor ao consumidor. De todas as partes envolvidas. Abrangeu, inclusive, a ampliação do conceito de pedopornografia.

O “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil” define esta última como:

... qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais (BRASIL, 2004).

É inequívoco o argumento de que os legisladores consideraram as condutas relacionadas à ‘pornografia infantil’, indiscriminadamente, comportamento por si só perigoso. É o que se presume. É o senso comum. Entretanto, a aparente nobreza da intenção em salvaguardar os vulneráveis, seguiu o entendimento que a pedopornografia serve de estímulo para a continuação do consumo, o cultivo de novos materiais e o estímulo da prática de abuso sexual contra a criança. A questão é que, na prática, tal arquétipo não é absoluto nem cientificamente demonstrado. Há, somente, conjecturas e abstrações.

---

<sup>1</sup> Texto original: “*causal relationship between use of child pornography and hands-on offending against children has not been established*”.



Acontece que as leis (punições) sobre pedopornografia quando aplicadas indistintamente podem acabar por vilipendiar exatamente aqueles que, fundamentalmente, tentava-se proteger: as crianças e os adolescentes.

Não há qualquer dúvida de que a pornografia infantil produzida por uma pessoa capaz mediante a violação de uma pessoa vulnerável é uma conduta que dever ser reprovada e combatida. Inclusive, pois, a própria violência sexual e não apenas o produto pornográfico dela derivado é, per si, um crime. Não é isso que se quer discutir aqui. Este trabalho não se presta a defender a violência contra criança e os abusos, mas exatamente o contrário.

A nova tendência entre púberes desencadeou, recentemente, preocupação entre pais e educadores e fascinou a mídia. Entretanto, ao contrário de outros modismos que provocam consternação das gerações mais velhas, “sexting” – a transmissão de fotos sexualmente explícitas por mensagem de texto – resultou em sérias consequências para alguns participantes. Criar, possuir, ou disseminar fotos sexualmente explícitas de um menor, mesmo quando autoproduzida, pode violar leis estaduais e federais sobre pedopornografia. Embora as leis proibindo a pedopornografia (assim como as penas severas pela violação) foram implementadas para fazer face a outro crime muito diferente – “o estupro e abuso de crianças, capturadas em filme ou outro formato visual” – as leis não explicitam a exceção as imagens que foram voluntariamente produzidas ou disseminadas pelos próprios menores. Como resultado, promotores moveram acusações contra alguns “sexters”, e outros usaram a ameaça de sanção criminal para encorajar a cooperação com ações não penais projetadas para dissuadir a prática do sexting e educar os menores sobre seus perigos<sup>2</sup> (WASTLER, 2010, p. 687-688).

---

<sup>2</sup> Texto original: “A new trend among teenagers has recently triggered concern among parents and educators and fascinated the media. However, unlike many adolescent fads that provoke dismay from the older generation, “sexting” – the transmission of sexually explicit photos via text message – has resulted in serious consequences for some participants. Creating, possessing, or disseminating sexually explicit photographs of a minor, even when self-produced, may violate state and federal child pornography statutes. Although the statutes prohibiting child pornography (as well as the severe penalties for violation) were enacted to address a very different crime - “the rape and molestation of children, captured on film or in other visual formats” – the laws do not explicitly exempt images that were voluntarily produced and disseminated by the minors themselves. As a result, prosecutors have brought child pornography charges against some “sexters,” and others have used the threat of prosecution to encourage cooperation with non-penal actions designed to deter the practice of sexting and to educate minors about its dangers”.

Por exemplo, *State of Washington v. E.G* (STATE OF WASHINGTON, 2016) é um caso em que um jovem rapaz foi condenado por ter enviado a uma mulher adulta uma foto de seu pênis ereto. E.G, então menor de 18, assediou uma jovem mulher, T.R., de 22 anos, com diversas ligações anônimas de cunho claramente sexual. Posteriormente, enviou-lhe duas mensagens, uma das quais contendo a fotografia explícita de seu falo.

A receptora procurou a polícia que rastreou E.G. atribuindo-lhe a autoria das mensagens. E.G, por sua vez, com apenas 17 anos de idade, reconheceu como seu o pênis anexo à mensagem. Pouco antes de completar 18 anos, ele foi acusado<sup>3</sup>, na Divisão Juvenil da Corte Superior do Condado de Spokane, de disseminar representações de um menor (ele próprio) em conduta sexualmente explícita.

A defesa argumentou pelo indeferimento da denúncia uma vez que a lei, no caso específico, não seria aplicável para menores que também eram vítimas da ofensa. Todavia, o juízo negou o pedido. Diante da negativa, as partes transacionaram, tendo a corte condenado E.G. por disseminar representações de um menor em conduta sexualmente explícita.

A Sentença, porém, foi mitigada, sendo declarada como cumprida, já que E.G. é portador de uma forma leve de autismo, a Síndrome de Asperger. Mesmo assim, ele ficou obrigado a se registrar publicamente como ofensor sexual. A Terceira Divisão da Corte de Apelação do Estado de Washington concluiu que

---

<sup>3</sup> Acusação no vernáculo original: “*one count of second degree dealing in depictions and one count of making harassing telephone calls*” (STATE OF WASHINGTON, 2016).

não há violação ao direito garantido pela Primeira Emenda<sup>4</sup>, aferindo a constitucionalidade do estatuto, mesmo quando aplicada em desfavor de menores nos casos de autoprodução.

Este é apenas um dos casos que demonstram a relevância da pesquisa proposta. Ainda mais quando a conduta imputada ao jovem infrator se tornou prática corriqueira entre jovens, facilitada pelo o amplo acesso à tecnologia. Jovens que, na fase de descobrimentos, em pleno exercício dos alvedrios sexuais, estão sendo penalmente constrangidos a uma pudicícia umbrática por comportamentos em que vítima e ofensor se confundem.

A pauta da discussão se abaliza pelo contexto histórico. Não há dúvidas, diante da demonstração que a pornografia infantil seria produto da violência contra a criança, que, por óbvio, haveria o rechaço social. Todavia, a liberdade, como mediadora dos excessos, impõe-se como limite à autoridade paternalista.

De tal modo, questiona-se se haveria legitimidade penal na limitação da liberdade humana para tutelar criminalmente o menor em face de situações pornográficas? Seria legítima a imputação de uma pena quando há confusão entre sujeito ativo e passivo nos delitos de pedopornografia, à luz do sistema de justiça juvenil norte-americano?

---

<sup>4</sup> "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances" (U.S. Const. amend I). Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/constitution/first\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment)>. Acesso em: 02 abr. 2017. Tradução nossa: "O Congresso não fará nenhuma lei relacionada ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício dela; não restringirá a liberdade de expressão ou da imprensa, nem o direito das pessoas de se reunirem pacificamente e de solicitarem uma emenda de apelações".

Tem-se como objetivo um estudo analítico em torno dos limites à responsabilidade juvenil, principalmente nos casos de autolesão, fazendo um paralelo com a justificação teleológica dos crimes relativos à pedopornografia. Assim, as discussões político-criminais são intrínsecas à pesquisa e centrais na aplicação normativa adequada à hodierna realidade. Isto, pois, “as valorações político-criminais fundamentam o sistema do Direito penal e a interpretação de suas categorias” (ROXIN, 2002, p. 249).

Ou seja, de modo reflexo, tem-se aqui a política criminal como elemento estratégico na interpretação dos limites da punibilidade, como “a forma por intermédio da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no modus da validade jurídica” (DIAS, 2007, p. 34), de forma que os princípios são elementares na legitimação penal.

Não há melhor paradigma do que a pornografia para demonstrar tais argumentos. Ainda mais, quando circunscrita à pornografia infantil. Isto, pois, o ser humano é produtor de cultura e, como tal, expressa-se de diversas formas.

Seja através de gravuras, esculturas, pinturas, escritos ou fotografia, a humanidade interpretou o seu cotidiano em diferentes meios e modos. A pornografia é uma dessas expressões culturais, tendo múltiplas formas de apresentação. Daí seu estabelecimento como direito fundamental como liberdade de expressão.

A proteção (da liberdade) deve existir em contraposição a opiniões e sentimentos predominantes, como indicação da baliza para a legítima intromissão da opinião pública na esfera privada. “Achar tal limite, mantendo-o oposto às

ingerências, é tão indispensável a um bom estado das coisas humanas, quanto a proteção contra o despotismo político<sup>5</sup> (MILL, 1859, p. 14).

No entanto, a indicação da linha limítrofe entre independência e controle social não é óbvia. A inépcia de se criar consenso quanto ao que pode ser compelido, as diferenças etárias, ou culturais, por vezes, geram respostas diversas para uma mesma questão. Cada qual crendo na autoevidência e autojustificação de suas presunções e predileções. Debate argumentativo inexaurível, estruturante da “moral social” que determina uma conduta como reprovável.

No Sistema Criminal de Justiça Norte-americano, a maioria das discussões sobre a criminalização de uma determinada conduta, por certo, terá o princípio do dano (*harm principle*) como ponto de partida. De tal sorte, é este princípio, bem como seu desenvolvimento, o objeto do capítulo um, através de um resgate histórico do conceito da forma como foi cunhado por John Stuart Mill.

“A única legítima razão para uma comunidade de empregar a força pública contra um indivíduo é para impedi-lo de danar os outros<sup>6</sup>” (SALLE, 2009, p. 173). Ou seja, o constrangimento de alguém não é justificável se pautado apenas no seu próprio bem, físico e moral. Se não há dano a outro, impera a soberania do indivíduo sobre o seu corpo e seu espírito.

Ininterruptamente, explora-se, em razão do *Relatório Wolfenden*, o embate Hart-Devlin, manifestado na dicotomia “teoria liberal” versus “moralismo

---

<sup>5</sup> Texto original: ... “to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism”.

<sup>6</sup> Texto original: “La seule raison légitime, pour une communauté, d’employer la force publique contre un individu, c’est de l’empêcher de nuire aux autres”.

legal". Bem como, a reinterpretação e o aprimoramento do Princípio do Dano pelo filósofo Joel Feinberg.

No segundo capítulo, faz-se uma breve exposição sobre o sistema criminal norte-americano, a partir da Constituição e dos estatutos legais federais e estaduais sobre ofensas relativas à pedopornografia.

Entretanto, ao se considerar que o sistema criminal é baseado no modelo do *common law*, não há como fugir à metodologia do estudo de casos (*case law*). De tal modo, inicia-se o exame pelos precedentes gerais relacionados, erigindo as bases para controverter os casos reais específicos e os conjecturados.

Por fim, no último capítulo, trabalha-se, com base nos casos alvitados, a questão da responsabilidade juvenil pela participação espontânea na manufatura de conteúdos pornográficos. Assim, além dos princípios limitadores da sanha punitivista estatal, perscrutam-se os conceitos de autonomia e consentimento para determinar os limites à legitimidade penal na tutela de situações pornográficas e à imputação de uma pena. Ou seja, o equilíbrio entre liberdade e vulnerabilidade.

Na seara penal contemporânea, deste modo, a questão, aqui mencionada, é de grande relevância social, uma vez que, dependendo do país e do sistema a que se está sujeito, pode-se haver uma extrapolação na aplicação e na interpretação das medidas protetivas, molestando justamente aqueles a quem se pretendia resguardar.

Demonstrando-se, ao fim, a título de conclusão, que não há legitimidade penal na limitação da liberdade sexual do menor, quando o exercício de tal liberdade for consensual e ocorrer fora do contexto de exploração, sendo ilegítima, portanto, a aplicação de uma pena ao menor, considerando as intenções legislativas e os princípios constitucionais e supralegais que se vinculam. A punição, nestes casos, é um grave erro interpretativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio do Dano surge como limite entre autonomia e controle autoritário. Apenas para defender contra um mal seria razoável interferir na liberdade de alguém. Se não houver dano direto a terceiro, prepondera a liberdade individual.

Em função dele, o Estado Democrático de Direito não pode intervir em função de suposta imoralidade ou por lesão autoimposta, criminalizando expressões pornográficas pois, os danos contingentes causados a sociedade "por conduta que não viole dever público específico ou não acarrete ferida perceptível a alguém designável" (MILL, 1859), é um inconveniente a ser absorvido.

É intrínseca a relação entre o princípio do dano e a moralidade. A moral<sup>7</sup> não deve sozinha fundamentar um crime. Porém, algumas condutas podem ser censuradas em função da moral se resultem em lesão a alguém.

A prevalência da teoria liberal e a adoção generalizada, inclusive conservadora, do *harm principle*, enfraqueceu-o e alterou a ênfase da celeuma. Mesmo assim, continua sendo essencial quando se quer discutir a criminalização de condutas no *common law*.

---

<sup>7</sup> Na modernidade, com o fenômeno da positivação do direito (dogmatização, autorreferência do sistema jurídico, institucionalização da mutabilidade do direito, legitimação do direito pelo procedimento etc.) há uma separação entre os subsistemas sociais. Direito não se confunde com outros ramos da ética como a moral, a religião e a política. Claro que toda norma jurídica tem alguma perspectiva moral como suporte. Mas não se pode dizer que é uma moral específica, defendida por um grupo social com uma ideologia própria. Esse debate começa com a oposição dos positivistas em relação aos jusnaturalistas e depois se transforma num debate entre pós-positivistas e positivistas.



A abrangência das leis contra a exploração sexual de crianças acarretou interpretação tortuosa, vilipendiando até mesmo quem se visava proteger. Confundi-se *sexting* (uma forma de flerte pós-moderno) e o abuso sexual de crianças, sem sopesar os danos atribuídos, ou não, a cada um.

Não previram que os adolescentes, normalmente mais abertos às inovações e às mudanças, com acesso livre e irrestrito aos instrumentos de rede, participariam ativamente e espontaneamente dessa nova tendência pornográfica, incorporando-a as suas rotinas de desenvolvimento e descobertas sexuais.

Boa parte das discussões, por outro lado, perderam sentido diante das inovações tecnológicas das últimas décadas. A análise sobre possível obscenidade, por exemplo, pede apreço dos “padrões comunitários”, segundo os critérios adotados pela Suprema Corte Americana. Algo hoje intangível por causa da internet. O mesmo ocorre no caso da pornografia infantil virtual, que não utiliza crianças, sendo apenas desenhos realistas. Não há como falar de dano em função de violência contra criança. Mesma coisa ocorre nas autoproduções.

Ou seja, o princípio do dano, a liberdade de expressão, a privacidade e o devido processo são todos elementos que podem contribuir para o efetivo controle em relação a pornografia, mas que ainda não se apresentam como a resposta adequada às novas realidades. O tratamento atual deslegitima todos os sistemas penais. A falta de coerência impera. O terrorismo moral aflora. Insistem num remédio impotente contra os sintomas. Ignoram-se as causas. Sobram boas intenções que, todavia, acabam infligindo um mal maior, molestando justamente aqueles a quem se pretendia resguardar.

Definir que o *sexting* não pode ser proibido constitucionalmente como uma forma de pedopornografia, contudo, não significa a defesa de um completo desregulamento. Os Estados são livres para propor novas legislações, todavia, não podem esquecer dos limites norteadores da atividade legislativa.

A pesquisa, entretanto, nunca se propôs a resolver todas as questões sobre o tema, o que deixa pormenores em aberto. Portanto, não há legitimidade penal na limitação da liberdade sexual do menor, quando o exercício de tal liberdade for consensual e ocorrer fora do contexto de exploração, sendo ilegítima a aplicação de uma pena ao menor, considerando as intenções legislativas e os princípios constitucionais e supralegais que se vinculam. A punição, nestes casos, é um grave erro interpretativo.

A resposta apropriada a celeuma da autoprodução de pedopornografia deve balancear as consequências da conduta com os direitos de adolescentes a expressão das suas liberdades sexuais e autodeterminações, evitando assim solapar a legitimidade dos casos tradicionais (com abuso) de pedopornografia.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva. 2007;

\_\_\_\_\_. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, n. 11, p.149-170, 6 ago. 2012. Sociedade de Ensino Superior de Vitoria. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i11.203>>. Acesso em: 06 jul. 2017;

\_\_\_\_\_. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 110, p.35-73, 17 jun. 2015. Semestral. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.9732/p.0034-7191.2015v110p35>>. Acesso em: 02 jun. 2017;

AGUSTINA, J. R. **La pornografía, sus efectos sociales y criminógenos**: una aproximación multidisciplinar. 1. ed. Madrid: Edisofer S. L., 2011;

AMBOS, Kai. The overall function of international criminal law: Striking the right balance between the Rechtsgut and the Harm Principles. **Criminal law and philosophy**, v. 9, n. 2, p. 301 - 329, 2013. ISSN 1871-9805. Acesso em 08 Fev. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1007/s11572-013-9266-1>>;

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. **Principles of criminal law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Law Trove, 2013. Disponível em: <<http://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780199672684.001.0001/he-9780199672684>>. Acesso em: 03 jun. 2017;

BALL, Terence. James Mill. In: EDWARD N. ZALTA (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/james-mill/>>. Acesso em: 08 jul. 2016;

BIRKHOLD, Matthew H. Freud on the Court: re-interpreting sexting & child pornography laws. **Fordham Intellectual Property, Media And Entertainment Law Journal**, New York, v. 23, n. 3, p.897-941, abr. 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2364537>>. Acesso em: 02 fev. 2017;

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almedina, 2012;

BRASIL. Decreto nº 5.007, de 08 de março de 2004. **Protocolo facultativo à convenção sobre os direitos da criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2016;

DEVLIN, Patrick. **The enforcement of morals**. New York: Oxford University Press, 1975. 139 p. Reimpressão. Disponível em: <[https://www.academia.edu/6371496/Patrick\\_Devlin\\_The\\_Enforcement\\_of\\_Morals\\_Entire\\_book?auto=download](https://www.academia.edu/6371496/Patrick_Devlin_The_Enforcement_of_Morals_Entire_book?auto=download)>. Acesso em: 03 mar. 2017;

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. **The Yale Law Journal**, [s.i.], v. 75, n. 6, p.986-1006, maio 1966. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3611](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611)>. Acesso em: 02 jul. 2016;

EKO, Lyombe. Suffer the virtual little children: the European Union, the United States, and International Regulation of online child pornography. **U. Balt. J. Media L. & Ethics**, HeinOnline, Spokane, v. 1, n. 3/4, p. 107-149, 2009. ISSN 1940-9389. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 10 Dez. 2015;

ESER, Albin. The principle of harm in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests. **Duq. UL Rev.**, HeinOnline, Pittsburgh, v. 4, p. 345 – 417, 1966. Disponível em: <<https://www.freidok.uni-freiburg.de/dnb/download/3655>>. Acesso em 10 Fev. 2016;

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. (The Moral Limits of the Criminal Law). ISBN 0-19-503409-0;

\_\_\_\_\_. **Harm to self**. New York: Oxford University Press, 1986. (The Moral Limits of the Criminal Law, v. 3). ISBN 0-19-503746-4;

\_\_\_\_\_. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985. (The Moral Limits of the Criminal Law, v. 2). ISBN 0-19-503449-X;

FISHER, William A. et al. Pornography, Sex Crime, and Paraphilia. **Current Psychiatry Reports**, [s.i.], v. 15, n. 6, p.1-8, 2 maio 2013. Springer Nature. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1007/s11920-013-0362-7>>. Acesso em: 02 jun. 2017;

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999;

FRANÇA. COUNCIL OF EUROPE. (Ed.). **Council of Europe Committee of Ministers recommendation nº. R(91) 11 to member states concerning sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults.** 1991. Disponível em: <<https://polis.osce.org/file/8566/download?token=zOhE0t0J>>. Acesso em: 03 jul. 2017;

HARCOURT, Bernard E.. The collapse of the Harm Principle. **The journal of criminal law and criminology**, Northwestern University School of Law, Chicago, v. 90, n. 1, p. 109 – 194, 1999. ISSN 0091-4169. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol90/iss1/3/>>. Acesso em 15 Dez. 2015;

HART, H. L. A.. **Law, liberty, and morality.** Stanford: Stanford University Press, 1963. 96 p.;

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization: The limits of the criminal law.** New York: Oxford University Press, 2008. 231 p.;

JENKINS, John Philip. **Pornography.** Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/pornography>>. Acesso em: 14 maio 2017;

LANDINI, Tatiana Savoia. Pornografia infantil na Internet: violência sexual ou pornografia? **Plural**, São Paulo, v. 7, p. 39 – 60, 2000. ISSN 2176-8099. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/68065/70635>>. Acesso em 10 Fev. 2016;

LONDRES. John Federick Wolfenden. Office Of Public Sector Information (Org.). **Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution.** 1957. "Relatório Wolfenden". Disponível em: <<http://discovery.nationalarchives.gov.uk/details/r/C1386377>>. Acesso em: 10 jun. 2017;

MARIS, Cees. Pornography is going on-line: the harm principle in Dutch law. **Law, democracy & development**, JUTA Publishers, Bellville, v. 17, n. 1, p. 1 – 23, 2013. ISSN 2077-4907. Disponível em: <<http://www.ajol.info/index.php/idd/article/view/88869/78452>>. Acesso em 15 Dez. 2015;

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal.** 2010. 297 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE\\_versao\\_final.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2016;

MILL, John Stuart. **On liberty**. 2. ed. London: John W. Parker And Son, West Strand, 1859. 207 p. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=3xARAAAYAAJ&dq=john stuart mill on liberty 1969&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=3xARAAAYAAJ&dq=john+stuart+mill+on+liberty+1969&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 08 fev. 2016;

OXMAN, N. Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica. **Política Criminal**, v. 6, n. 12, p. 253-295, Dezembro 2011;

PARINI, Pedro. Censura e paternalismo contra autodeterminação e liberdade de expressão: o caso parents' music resource center versus Frank Zappa. In: SCHWARTZ, Germano; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Another Brick in the Law: Ensaio sobre Direito & Rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 163-203;

PASCULLI, Lorenzo. **The harm principle between statutory criminalization and judicial interpretation: lessons from Italy**. 2016. SLS 2016 Annual Conference: "Legislation and the Role of Judiciary". Disponível em: <[http://www.lorenzopasculli.com/uploads/2/7/3/8/27389245/pasculli\\_sls\\_paper\\_harm\\_italy-uk.pdf](http://www.lorenzopasculli.com/uploads/2/7/3/8/27389245/pasculli_sls_paper_harm_italy-uk.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2017;

PORNOGRAFIA. In: WEISZFLOG, Walter (Ed.). **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. [s.i.]: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em: 08 jun. 2017;

RODRÍGUEZ, A. W.; RODRÍGUEZ, B. G. D. **Delitos contra la integridad sexual**. 1. ed. Rosario: Juris, 2005. (Colección Delitos especiales – Vol. 5);

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal**. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

SALLE, Corentin de. **La Tradition de la Liberté** : synthèse détaillée de textes majeurs de la tradition libérale. Tome I. Bruxelles : Forum Libéral Européen, 2009. 372 p. Disponível em: <[http://ecoleliberte.fr/wp-content/uploads/2016/02/La\\_tradition\\_de\\_la\\_liberte\\_I-1.pdf](http://ecoleliberte.fr/wp-content/uploads/2016/02/La_tradition_de_la_liberte_I-1.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2017;

STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for? **Criminal Law And Philosophy**, [s.i.], v. 10, n. 2, p.329-353, 1 maio 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1007/s11572-014-9311-8>>. Acesso em: 02 fev. 2016;

WASTLER, Sarah. The harm in “sexting”? : analyzing the constitutionality of child pornography statutes that prohibit the voluntary production, possession, and dissemination of sexually explicit images by teenagers. **Harvard Journal Of Law & Gender**, Cambridge, v. 33, n. 2, p.687-702, verão de 2010. Semestral. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlg/vol332/687-702.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.