



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

NOTA TÉCNICA Nº 11/2017/PFDC/MPF

Assunto: Liberdade de expressão artística em face da proteção de crianças e adolescentes.

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão e liberdade artística. 2.1. Há limites para a liberdade de expressão? 2.2. O que está protegido pela Constituição? 2.3. A liberdade artística é diferente das demais? 3. “Isto” não é pedofilia? 3.1. Pedofilia ou violência sexual contra crianças e adolescentes? 3.1.1. No Código Penal. 3.1.2. No Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.2. Um desenho ou pintura retratando cena de sexo com crianças constitui crime? 3.3. A nudez de um adulto, perante audiência composta por menores de dezoito anos, constitui crime? 3.4. É vedado o acesso de crianças e adolescentes a obras ou performances artísticas nas quais haja a nudez ou a representação de corpos nus? 3.5. Retratar uma cena (fictícia) de abuso sexual de uma criança não é apologia ao crime? 4. Conclusões e sugestões de critérios interpretativos. 4.1. Quanto à liberdade de expressão em geral. 4.2. Quanto à liberdade de expressão artística. 4.3. Quanto à proteção de crianças e adolescentes contra todas as formas de violência sexual. 4.4. Quanto à proteção de crianças e adolescentes contra conteúdos inapropriados para sua faixa etária.

1. INTRODUÇÃO

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC é órgão do Ministério Público Federal incumbido de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Compete à PFDC, também, integrar, coordenar e revisar a atuação dos Procuradores Regionais dos Direitos do Cidadão em cada Estado da Federação, subsidiando-os na sua atuação e promovendo ação unificada em todo o território nacional.

No exercício destas atribuições, e considerando especialmente que compete à PFDC a defesa tanto dos direitos de crianças e adolescentes¹, quanto da liberdade de expressão em suas múltiplas formas, torna-se necessário, ante os recentes episódios de cerceamento a obras e performances artísticas classificadas como “imorais” ou de natureza “pedófila”, analisar o problema em perspectiva jurídico-constitucional, buscando contribuir para a discussão pública de forma técnica e racional.

O tema da proteção à infância é um dos que, com razão, causam maior mobilização social. É a própria Constituição quem determina a absoluta prioridade na atenção a crianças e adolescentes. Esta prioridade, contudo, deve ser orientada segundo argumentos jurídicos e estudos de base científica voltados a identificar os fatores de maior risco no que se refere à violência sexual infantojuvenil, bem como melhores formas de enfrentá-los com razoabilidade e eficácia. Sabe-se, por exemplo, que, na maioria dos casos de violência sexual infantojuvenil notificados no Brasil, o agressor é um familiar ou outra pessoa integrante do ambiente doméstico onde ocorre a violência².

1 A PFDC tem assento no Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA e na Comissão

2 Em 2006, o Ministério da Saúde implantou a Vigilância de Violências e Acidentes (Viva), com dois componentes: a) Vigilância por Inquérito, realizada por meio de pesquisa nas portas de entrada de emergências de municípios selecionados; e, b) Vigilância Contínua, feita por meio da notificação compulsória das violências doméstica, sexual e outras interpessoais ou autoprovocadas. Este sistema, a partir 2009, estendeu-se para todos os serviços de saúde, integrando o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN). Analisando 17.900 notificações de violência em crianças na faixa etária entre 0 e 9 anos, ocorridas no Brasil, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2011, Rates, Melo, Mascarenhas e Malta registraram que, dos tipos de violência, as predominantes foram a negligência (n = 7.716; 47,5%), seguidas da violência física (n = 5.969, 38,5%), sexual (n = 5.675, 37%) e psicológica/moral (n = 3.772; 25,2%). A violência sexual predominou em meninas, da cor parda/preta (RP 1,12; IC 95%: 1,06- 1,19), sendo a maior chance no grupo de 6 a 9 anos (RP 4,63; IC 95%: 4,22-5,08), seguida de 2 a 5 anos (RP 3,97; IC 95%: 3,62-4,36). A

Mais especificamente, a presente Nota Técnica pretende apresentar argumentos que permitam melhor definir o conteúdo e os limites da liberdade de expressão artística perante o direito fundamental de crianças e adolescentes à proteção integral. Parte-se da premissa de que, em caso de possível colisão de direitos fundamentais, o intérprete deve buscar soluções proporcionais, razoáveis e amparadas em argumentos jurídicos, preservando-se, ao máximo, o núcleo de cada direito envolvido.

Esta nota técnica está dividida em três partes: na primeira, buscou-se aprofundar a análise do conteúdo do direito fundamental à liberdade de expressão em geral, e da liberdade artística, em específico.

Na segunda parte, são apresentados todos os crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes previstos em nosso ordenamento jurídico, bem como o sistema atual de classificação de diversões e espetáculos públicos, voltado a proteger o público infantojuvenil de conteúdos inapropriados para sua faixa etária. Pretende-se, com isso, informar os Procuradores Regionais dos Direitos do Cidadão e o público em geral a

maior chance de ocorrer foi no domicílio (RP 1,38; IC 95%: 1,29-1,48), os mais prevalentes autores da agressão foram outros que não os pais e a maior chance foi ser de repetição (RP 1,44; IC 95%: 1,35-1,54) (“Violência infantil: uma análise das notificações compulsórias, Brasil 2011” in *Ciência e Saúde Coletiva*, 20(3):655-665, 2015. Disponível em http://www.scielo.org/pdf/csc/v20n3/pt_1413-8123-csc-20-03-00655.pdf. Em sentido convergente, Dorian, Arpini e Goetz (“Registros de Notificação Compulsória de Violência envolvendo crianças e adolescentes” in *Psicologia: Ciência e Profissão*, Abr./Jun. 2017 v. 37 n°2, 432-445, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v37n2/1982-3703-pcp-37-2-0432.pdf>) citam: “Uma pesquisa realizada na Região Metropolitana de Porto Alegre/RS investigou 1.754 registros de crianças e adolescentes, na faixa etária entre 0 e 14 anos, que foram vítimas de violência entre 1997 e 1998. Foram consultadas 75 instituições que realizavam atendimento a crianças e adolescentes, como Conselhos Tutelares, Casas de Passagem, Hospitais, Órgãos do Ministério Público, entre outros. Os resultados desta investigação apontaram que, em relação à violência sexual, 79,4% das vítimas eram meninas. O local de ocorrência dessas violências foi, em 65,7% dos casos, na residência da vítima (Kristensen, Oliveira, & Flores, 1999). A análise de todos os processos de violência sexual ajuizados pelas Promotorias Especializadas na Infância e na Juventude de Porto Alegre/RS e Ministério Público do Rio Grande do Sul, durante 1992 e 1998, apontou que as crianças e os adolescentes vítimas de violência sexual eram do sexo feminino em 80,9% dos casos. No que diz respeito ao local de ocorrência da violência, observou-se que, em 66,7% dos casos, o abuso aconteceu na casa da vítima. Além disso, o agressor era, em 98,8% dos casos, do sexo masculino e possuía vínculos afetivos e de confiança com a vítima. O pai apareceu como agressor em 57,4% das ocorrências, seguido pelo padrasto em 37,2% (Habigzang, Koller, Azevedo & Machado, 2005). Outra pesquisa, realizada por meio do acesso às fichas de atendimento no período de 2002 a 2006 no Centro de Referência no Atendimento Infantojuvenil em Porto Alegre, identificou que 75,0% das vítimas de violência eram do sexo feminino. Os registros de 2006 demonstraram que 82,5% dos casos notificados referiram-se à violência sexual. Desses abusos, 59,3% foi caracterizado como intrafamiliar, nos quais os padrastos e os pais apareceram como os maiores abusadores (Pelisoli, Pires, Almeida, & Dell’Aglio, 2010).

Em consulta à base aberta do DATASUS, disponível na Internet, verifica-se que, das 323 notificações registradas na categoria “violência doméstica, sexual e outras violências” no ano de 2015, 152 ocorreram na própria residência da vítima, 103 na via pública, 36 em local ignorado ou resposta em branco, 13 em “outros”, 11 em bares ou similares, 4 em estabelecimentos comerciais ou de serviços, 2 em escolas e 2 em habitações coletivas. A consulta está disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sinannet/cnv/violebr.def>.

respeito do que é lícito e do que não é lícito no que se refere à proteção de crianças e adolescentes.

Por fim, elaborou-se um sumário com as conclusões extraídas das duas seções anteriores.

A convicção firme da PFDC é de que, no contexto atual, é de extrema importância compatibilizar os múltiplos direitos e interesses em questão, de forma a se preservar, a um só tempo, os direitos de crianças e adolescentes e a liberdade artística.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE ARTÍSTICA.

2.1. HÁ LIMITES PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Sim. Os limites à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicações (art. 5º, IX, c.c. o art. 220) estabelecidos na Constituição são os seguintes:

a) a vedação do anonimato (art. 5º, inciso IV), como meio necessário para se assegurar eventual posterior responsabilização por danos a terceiros;

b) a ofensa à honra e à imagem de terceiros acarretará a possibilidade de direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V do art. 5º);

c) o direito de crianças e adolescentes a diversões e espetáculos públicos adequados à sua faixa etária deverá ser regulado exclusivamente por lei federal, cabendo ao Poder Público “informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”, sendo vedada “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, §§ 2º e 3º, inciso I). Este ponto será retomado no item 3.4., *infra*.

d) o direito das pessoas e das famílias de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente também poderá ser objeto de regulação por lei federal, segundo igualmente vedada a censura (art. 220, §§ 2º e 3º, inciso II);

e) manifestações de caráter racista ou dirigidas à propagação do ódio (art. 5º, XLII). A exclusão do discurso de ódio do âmbito de proteção da liberdade de expressão foi reconhecida pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* 84.424, impetrado em favor de um editor de livros de conteúdo nazista³.

Fora dessas hipóteses, é vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer qualquer espécie de limitação à liberdade de expressão; restrições diversas ao direito somente podem decorrer da ponderação com outros princípios constitucionais fundamentais.

No direito constitucional brasileiro mais recente, assim como no direito comparado, a liberdade de expressão ocupa o que o ministro Luís Roberto Barroso chamou de “posição de preferência” com relação aos demais direitos fundamentais⁴, isto é, uma “prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade”.

“Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que (...) apenas os abusos mais graves, que colocuem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”. Referida doutrina tem

3 A mais importante decisão do STF a respeito do *hate speech* foi proferida no *habeas corpus* 84.424-2/RS - impetrado em favor do editor de livros revisionistas Siegfried Ellwanger. O acórdão ressalta que “o direito fundamental à liberdade de expressão não assegura o 'direito à incitação do racismo'”, pois a proibição à divulgação de ideias de conteúdo racista decorre de restrição diretamente constitucional (o inciso LXII do art. 5º). Semelhante conclusão chegou o Ministro Celso de Mello, ao negar proteção constitucional a “publicações que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do **insulto, da ofensa, e, sobretudo do estímulo à intolerância e ao ódio aos judeus**”. O método de ponderação de princípios constitucionais usualmente utilizado no sistema jurídico alemão foi aplicado de forma explícita por Gilmar Mendes, para quem a condenação do paciente era *adequada* para alcançar o fim almejado, qual seja, “a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância”. Era também *necessária*, pois a própria Constituição ordenava a repressão penal ao racismo, sendo certo que a conduta de Ellwanger não estava adstrita à pesquisa histórica, pois destinava-se à propagação do ódio. Quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, Mendes afirmou que inúmeros bens jurídicos de base constitucional estariam sacrificados se se desse à liberdade de expressão amplitude absoluta. No mesmo julgado, o STF debateu o conteúdo da liberdade negativa de expressão, em confronto com o direito à não-discriminação e ao princípio constitucional da dignidade humana. Especificamente, as questões relevantes enfrentadas foram: a) se a publicação de livros pode ser considerada como “prática de racismo”, para fins penais; b) se o revisionismo histórico pregado pelo paciente configurava abuso no exercício da liberdade de expressão; c) se a proteção constitucional conferida à igualdade também abrangia a proteção penal contra manifestações de preconceito. A tese preponderante foi no sentido de definir que a “incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”. É importante destacar que a maioria dos Ministros do STF (vencidos os Ministros Ayres de Britto e Marco Aurélio) entendeu que as obras de Ellwanger extravasavam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, pois visavam ao “insulto, à ofensa, e ao estímulo à intolerância e ao ódio público”. Assim, a condenação de Ellwanger foi mantida não apenas em nome de uma “verdade histórica” não passível de contestação (a existência do holocausto), o que obrigaria o tribunal a enfrentar insolúveis problemas de natureza epistemológica (a condenação criminal de alguém que contesta uma “verdade histórica” tida, majoritariamente, por incontestada) e jurídica (o controle estatal sobre asserções atinentes a “fatos”).

4 STF, julgamento da ADI 4815/DF, referente ao caso das chamadas “biografias não-autorizadas”.

sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 187. Ela também é reconhecida por tribunais internacionais e pelas cortes constitucionais de diversos países, como a Espanha e a Colômbia”.

Conforme desenvolvido em seu voto, a posição de preferência da liberdade de expressão abrange o estabelecimento de três presunções:

“A primeira e mais conhecida delas é a presunção de primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação. Ela se funda na ideia de que as colisões com outros valores constitucionais (incluindo os direitos da personalidade) devem se resolver, em princípio, em favor da livre circulação de ideias e informações. Isso não significa, por evidente, que a liberdade de expressão ostente caráter absoluto. Excepcionalmente, essa prioridade poderá ceder lugar à luz das circunstâncias do caso concreto. Sua posição preferencial deverá, porém, servir de guia para o intérprete, exigindo, em todo caso, a preservação, na maior medida possível, das liberdades comunicativas.

Uma segunda presunção se refere à suspeição de todas as medidas – legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a liberdade de expressão. Tais restrições deverão, por isso, submeter-se a um controle mais rigoroso, no qual se proceda a uma espécie de inversão da presunção de constitucionalidade das normas restritivas e se atribua um ônus argumentativo especialmente elevado para que se possa justificá-las.

Por fim, a terceira presunção é a da proibição da censura e, conseqüentemente, da primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. A vedação à censura constitui, em verdade, uma das principais garantias da liberdade de expressão. A proibição prévia de divulgação de uma ideia, informação ou obra representa a violação mais extrema deste direito, uma vez que implica a sua total supressão. Tal opção não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos. No entanto, ela decorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar a priori os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados, como a dignidade humana, a busca da verdade e a preservação da cultura e da memória coletivas. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco da sua supressão. Disso resulta a necessidade de conferir à liberdade de

expressão uma maior margem de tolerância e imunidade e de estabelecer a vedação à censura.”⁵

Havendo abuso no exercício da liberdade e dano a direito de terceiros, portanto, a regra adotada pela Constituição é a da responsabilização ulterior do autor da expressão⁶. Isto porque o art. 220, § 1º, faz remissão expressa aos incisos V e X do art. 5º, que tratam justamente do direito de resposta e da responsabilização civil, ambas garantias exercidas posteriormente à difusão da mensagem ofensiva. A solução da responsabilização ulterior é ainda mais clara na Convenção Americana de Direitos Humanos⁷.

2.2. O QUE ESTÁ PROTEGIDO PELA CONSTITUIÇÃO?

Na doutrina constitucional brasileira, a liberdade de expressão é tratada como um “direito-mãe”, a partir do qual são desenvolvidas as liberdades comunicativas específicas (artística, científica, religiosa etc.), cada qual com suas especificidades, mas todas sujeitas ao mesmo tratamento constitucional geral.

Como registra Sarlet:

“É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade

5 STF, ADI 4.815/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015.

6 A solução pela responsabilização ulterior foi ratificada pelos ministros Carlos Ayres Britto e Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 84.424. Ambos explicitaram o entendimento de que a liberdade de expressão não assegura ao seu titular imunidade quanto à responsabilidade civil ou penal ulterior.

7 Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio 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.

do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições de garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social”⁸.

O âmbito de proteção da liberdade, segundo o mesmo autor, abarca:

“(…) um conjunto diferenciado de situações, cobrindo, em princípio, uma série de liberdades (faculdades) de conteúdo espiritual, incluindo expressões não-verbais, como é o caso da expressão musical, da comunicação pelas artes plásticas, entre outras. (...) Importa acrescentar que, além da proteção do conteúdo, ou seja, do objeto da expressão, também estão protegidos os meios de expressão, cuidando-se, em qualquer caso, de uma noção aberta, portanto inclusiva de novas modalidades, como é o caso da comunicação eletrônica.

Para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito da proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais, escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, blogs etc.”⁹

A expressão corporal e os chamados “comportamentos expressivos” também encontram-se, *prima facie*, compreendidos no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

A propósito, um precedente relevante na jurisprudência do STF a respeito da inclusão de comportamentos expressivos no âmbito de proteção da liberdade de

⁸ Ingo Sarlet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 492.

⁹ Idem, p. 493. O Plenário do STF, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. Ellen Gracie, DJE de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (RE 795.467, rel. min. Teori Zavascki, j. 5-6-2014, P, *DJE* de 24-6-2014, tema 738).

expressão artística foi o julgamento do *habeas corpus* 83.996/RJ, impetrado em favor do diretor de teatro Gerald Thomas. Thomas, em 2003, foi denunciado criminalmente por ato obsceno porque, ao final de uma apresentação no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, teria simulado masturbar-se e em seguida abaixou as calças e mostrou as nádegas ao público.

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes formulou a seguinte observação:

“No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público. (...)”

Não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral. (...) Com efeito, não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado. O roteiro da peça, ressaltado-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto, admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público.

A rigor, um exame objetivo da querela, há de indicar que a discussão está inteiramente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada.

De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso o enquadramento penal”¹⁰.

Deste trecho do julgado, é possível extrair alguns critérios de julgamento importantes, a respeito do âmbito de proteção da liberdade de expressão:

Em primeiro lugar, a liberdade constitucional abrange inclusive “manifestações deseducadas, inadequadas e de extremo mau gosto”. O “incômodo” provocado pela manifestação em certas audiências não é justificativa para que a expressão não esteja constitucionalmente protegida.

Em segundo lugar, “não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato”. Ou seja, a manifestação controversa deve ser julgada no contexto em que foi produzida e/ou recepcionada, e não considerada isoladamente.

10 STF, 2ª Turma, HC 83.996-7/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 17.08.2004, DJ 26.08.2005.

Com relação ao primeiro ponto, o STF voltou a debatê-lo extensamente por ocasião da ADPF 187/DF, referente à constitucionalidade da chamada “Marcha da Maconha”. Destaca-se o seguinte trecho do voto do ministro Celso de Mello, relator da ação:

“O sentido de fundamentalidade de que se reveste essa liberdade pública permite afirmar que as minorias também titularizam, sem qualquer exclusão ou limitação, o direito de reunião, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos e de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.”

Daí a correta observação feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, (...) ao destacar “a garantia do dissenso como condição essencial à formação de uma opinião pública livre”, enfatizou “o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais em causa”:

A reivindicação por mudança, mediante manifestação que veicule uma ideia contrária à política de governo, não elide sua juridicidade. Ao contrário: a contraposição ao discurso majoritário situa-se, historicamente, no germe da liberdade da expressão enquanto comportamento juridicamente garantido. (...). Os direitos fundamentais em causa, vocacionados à formação de uma opinião pública livre, socorrem fundamentalmente as minorias políticas, permitindo-lhes a legítima aspiração de tornarem-se, amanhã, maioria; esta é a lógica de um sistema democrático no qual o poder se submete à razão, e não a razão ao poder.

Decerto, inexistiria qualquer razão para que os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de manifestação fossem alçados a tal condição caso seu âmbito normativo garantisse, exclusivamente, a exteriorização de concepções compartilhadas pela ampla maioria da sociedade ou pela política em vigor. Se para isso servissem, comporiam uma inimaginável categoria de ‘direitos desnecessários’; não seriam, pois, verdadeiros direitos.

A proibição do dissenso equivale a impor um ‘mandado de conformidade’, condicionando a sociedade à informação oficial – uma espécie de ‘marketplace of ideas’ (Oliver Wendell Holmes) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (‘chilling effect’), culminando,

progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão (...)¹¹.

2.3. A LIBERDADE ARTÍSTICA É DIFERENTE DAS DEMAIS?

Como observam Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos, na doutrina constitucional brasileira não encontramos reflexões mais aprofundadas sobre a liberdade artística, limitando-se os autores a análises genéricas sobre a liberdade de expressão. Para eles, “isso gera problemas, pois as especificidades da produção artística modificam a área de proteção do direito”:

“Em primeiro lugar a arte não se limita à manifestação de pensamento. Inclui ações (...) e envolve manutenção de estruturas de produção (teatro, cinema). Em segundo lugar, a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento. Os artistas reivindicam uma liberdade quase absoluta, isto é, uma tutela particularmente intensa privilegiada de seu direito em comparação com os demais titulares de direitos de liberdade de expressão. Aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista.”¹²

A opção por um regime jurídico “diferenciado” para a liberdade de expressão artística acarreta, porém, problemas de duas ordens, a saber: a) a definição do objeto protegido, isto é, o que deve *ser* considerado “arte” para fins de proteção constitucional; b) a definição sobre a quem cabe afirmar a natureza “artística” de uma determinada expressão, para os mesmos fins.

Segundo Dimoulis e Christopoulos, na doutrina e jurisprudência de vários países se cristalizaram quatro critérios de definição sobre o conceito jurídico de arte:

a) Material - arte consiste no trabalho criativo que permite se expressar dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão;

11 STF, pleno, ADPF 187/DF, j. 15/06/2011, votação unânime.

12 Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos, “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística” in Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, v. 3, n. 10, pp. 49-65.

b) Formal - possibilidade de classificar certa produção em uma categoria de obras que são reconhecidamente artísticas (pintura, teatro, dança etc.);

c) Significado - a obra permite várias interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias e estímulos;

d) Reconhecimento - Atribuição do predicado “arte” a certa obra por terceiros que têm conhecimentos na área¹³.

Beatriz Bastide Horbach, em artigo sobre o tema, registra haver consenso na doutrina alemã de que uma manifestação artística:

“[D]eve ser interpretada de maneira aberta e também de forma a abranger formas expressivas fora do comum e surpreendentes (‘happening’, autocolante satírico, provocação pornográfica, prova de cheiros em que os participantes estão com os olhos vendados, grafite, etc.). Do mesmo modo, o fato de a obra ter procurado um fim político ou religioso não altera sua classificação como ‘obra’”¹⁴.

O Tribunal Constitucional alemão, em ao menos dois julgados relevantes, desenvolveu alguns parâmetros para responder a essas questões.

13 No direito norte-americano, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Miller v. California* (1973), fixou-se o entendimento de que a ausência de “sério valor artístico” é causa para a exclusão da obra do âmbito de proteção da 1ª Emenda, que garante a liberdade de expressão, porém exclui expressões obscenas. Porém, como observa a professora da NYU Amy Adler: “What did the *Miller* Court mean by “serious artistic value”?” There are at least three plausible interpretations: (1) the artwork makes an important and original rather than a marginal and derivative contribution to art. (2) the artwork is “serious” in that it reflects the sanctity and solemnity of high art; (3) the artist was serious and sincere in his attempt to make art (rather than obscenity), no matter how successful his ultimate achievement”. Para a autora, as três interpretações não são compatíveis com exemplos extraídos da Arte pós-moderna. (“Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law”, *The Yale Law Journal*, 99:1359). Disponível em: http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/AAdler%20-Postmodern_07456975-948A-42BD-E869D7280BB3D38B.pdf.

14 Beatriz Bastide Horbach, “Liberdade artística, obscenidade e Supremo Tribunal Federal: HC 83.996” in Beatriz Bastide Horbach e Luciano Felício Fuck (coord.), *O Supremo por seus assessores*, São Paulo, Almedina, 2014. A mesma autora cita obra do português Eduardo André Folque Ferreira, que assim sistematiza as questões relacionadas à liberdade de criação artística: a) a liberdade de criar (produzir) e a de não criar, independentemente do talento ou gênio do artista; b) o direito de divulgar a obra; c) a liberdade de escolha do gênero, das técnicas e dos meios de manifestação artística, bem como o de fazer surgir novas modalidades de intervenção artística; d) a liberdade de acompanhar ou de dissentir das tendências e movimentos artísticos; e) a proteção contra intromissões (por direção ou orientação) não consentidas (livremente), relativas ao tempo da criação, ao seu conteúdo (significante), ao seu objeto (significado) e os direitos a reagir e a exigir defesas contra as mesmas ingerências; f) o direito a ver acompanhada a exteriorização da obra pelo reconhecimento do vínculo desta com a personalidade do artista, por forma a ver respeitada a paternidade e a integralidade da obra; g) o direito a introduzir modificações sobre a obra produzida; h) o direito de acesso aos meios necessários à criação artística; i) o direito de praticar atos jurídicos concernentes, quer ao processo criativo, quer ao seu resultado; j) o direito ao segredo sobre a atividade criadora e sobre a obra não divulgada; k) o direito a não ser privado da atividade artística; l) garantia contra os efeitos discriminatórios por conta de apreciações não artísticas da obra de arte; m) garantia contra apreciações estéticas negativas da obra, lesivas da atividade artística (a liberdade artística não pode depender da qualidade da obra, nem ser reservada aos autores de reconhecido talento)”.

No caso *Mephisto*¹⁵ (BVERFG 30, 173), definiu os contornos do âmbito de proteção específico da liberdade artística, inclusive para nela abranger as atividades de intermediação artística, tais como (naquele caso) o editor do livro de Klaus Mann, cujo personagem principal era inspirado em ator comprometido com o nazismo:

“O âmbito da arte deve ser definido por meio das características estruturais próprias a ela e moldadas por sua essência. Delas deve partir a interpretação do conceito de arte da Constituição. O essencial da atividade artística é a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências do artista são trazidas à exposição direta pelo *medium* de uma certa linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista.

A garantia da liberdade artística abrange de igual modo tanto o “âmbito do obra” quanto o “âmbito do efeito” da criação artística. Ambos os âmbitos formam uma unidade indissolúvel. Não apenas a atividade artística (âmbito do obra), mas, além disso, a apresentação e a divulgação da obra de arte são objetivamente necessárias para o encontro com a obra como um processo específico da arte; esse “âmbito do efeito” no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do Art. 5 III GG (...).

O Art. 5 III 1 GG garante amplamente a liberdade da atividade no campo da arte. Por isso, se para se estabelecer as relações entre artista e público são necessários meios editoriais, também as pessoas que exercem uma tal atividade intermediadora são protegidas pela garantia da liberdade artística. (...)

No caso “*Teatro de Rua*” (BVerfGE 67, 213)¹⁶, no qual o político conservador Franz Josef Strauss era representado em uma série de manifestações teatrais de rua, inspiradas em poema de Bertold Brecht, a Corte Constitucional alemã afirmou

15 O autor da ação era o filho adotivo do ator Gustav Gründgens, que, devido a sua falta de escrúpulos durante os anos 1930, se tornou uma grande celebridade sob a égide da Alemanha nazista. O personagem principal do romance, Hendrik Höfgen, era notoriamente, em especial para os leitores habituais de Klaus Mann, inspirado em Gründgens. O julgado pode ser consultado em: Jürgen Schwabe, Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

16 Disponível em inglês em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_32858-1522-1-30.pdf?121123115540.

que as controvérsias históricas da Teoria da Arte, em torno da definição do seu objeto¹⁷, não poderiam implicar na exoneração do dever constitucional de se proteger a arte.

O tribunal constitucional ainda formulou três observações importantes a respeito da interpretação constitucional da liberdade artística:

a) Os limites contidos em dispositivos constitucionais que servem para proteger outros interesses fundamentais também podem ser aplicados à liberdade artística. Isto ocorre, em particular, com os direitos de personalidade. No entanto, a liberdade artística, por sua vez, também impõe limites ao direito da personalidade. Ao definir esses limites em um caso concreto, não basta estabelecer através de processos judiciais a existência de um prejuízo ao direito de personalidade alheio (sob a forma de difamação, naquele caso), sem levar em consideração a liberdade artística: é necessário determinar se este dano é tão grave que exige a subordinação da liberdade artística; um pequeno dano ou a mera possibilidade de dano não são suficientes para este propósito, tendo em conta a importância considerável da liberdade artística. Um dano sério aos direitos de personalidade, por outro lado, não pode ser justificado com base na liberdade artística.

b) As manifestações artísticas estão sujeitas a um trabalho de interpretação, e uma visão geral do trabalho do artista constitui um elemento indispensável dessa interpretação. Por conseguinte, não é permitido remover partes individuais de uma obra de arte do seu contexto e sujeitá-los a um exame independente para se determinar se devem ser considerados como delitos.

c) Uma pessoa que desconhece as formas em que a arte se manifesta não pode definir os padrões quando se trata de entender a arte. Por outro lado, no entanto,

17 “The area of life referred to as “art” must be defined in terms of the structural characteristics that are determined by the nature of art and unique to art alone. It is not possible to describe by a term that is equally valid for all forms of expression of artistic activity and for all classes of artistic Endeavour how far this extends the scope of the guarantee of artistic freedom under the Basic Law and what it entails in detail. (...) One cannot infer an adequate definition from previous attempts undertaken in the area of the theory of art (including the reflections of practicing artists on their activities) to achieve clarity as to the nature of art so that it is not possible to proceed from an established definition of art in the extrajudicial area. The fact that there is a lack of any consensus as regards objective standards in the theory of art also has to do with a special characteristic of artistic life: the specific objective of the “avant-garde” is to expand the boundaries of art. This and widespread mistrust on the part of artists and art theoreticians of rigid forms and strict conventions are characteristics of the area of life referred to as art that must be respected and indicate in themselves that only a broad definition of art can lead to appropriate solutions.”

também não é possível tomar como referência uma pessoa com uma educação abrangente em arte em qualquer caso, especialmente quando a manifestação é dirigida a uma audiência aleatória em uma rua pública. Nesse caso, o critério definido pela Corte seria “perguntar como um transeunte que estava *preparado para levar em consideração toda a performance*” poderia perceber a retratação ofensiva da imagem do político (figura denominada de “expectador reflexivo”, no julgado).

Em favor de uma maior tolerância social com relação à liberdade artística, podemos citar muitos casos envolvendo reações escandalizadas da sociedade, com relação a obras que hoje reconhecemos como clássicos da pintura ou literatura universais.

O quadro de Édouard Manet, “Almoço na Relva” (abaixo reproduzido), hoje exposto no Museu D’Orsay, por exemplo, causou enorme reação contrária do público, quando foi primeiramente exibido, em 1863, em razão da nudez da modelo:



Não menos rumorosa foi a ação penal movida em 1856, pelo Ministério Público francês, em face de Gustave Flaubert, pelo “duplo delito de ofensa à moral pública e à religião”, causado pela publicação de *Madame Bovary*¹⁸. O promotor do caso acusou o autor de promover a apologia do adultério em sua obra.

¹⁸ No referido processo, o promotor conclui a acusação contra o romance de Flaubert dizendo: “A arte sem regras não é mais arte; é como uma mulher que tirasse todas as roupas. Impor à arte, como única regra, a decência pública, não é escravizá-la, mas honrá-la. Somente se cresce com regras” (*Madame Bovary: Costumes da Província*. Tradução, apresentação e notas de Fúlvia M. L. Moretto. São Paulo, Nova Alexandria, 2007, p. 318).

Não se está, com isso, afirmando que a liberdade artística deve ser absoluta, ou que possa licitamente causar dano a direitos de terceiros. O que se está dizendo é que, pelo menos na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, reconhecidamente um dos tribunais que melhor desenvolveu a técnica de ponderação de princípios constitucionais, não basta a mera ameaça de lesão ou a lesão menor a direitos de terceiros para afastar o âmbito de incidência da liberdade de expressão artística. É preciso que se faça uma análise do dano concreto causado¹⁹.

É evidente que, dentre os direitos fundamentais de terceiros a serem considerados, os direitos de crianças e adolescentes encontram-se em primeiro lugar, por força do próprio mandamento constitucional de absoluta prioridade contido no art. 227 da Carta de 1988.

É preciso, então, examinar especificamente os pontos do eventual confronto entre os dois interesses fundamentais protegidos.

3. “ISTO” NÃO É PEDOFILIA?

3.1. PEDOFILIA OU VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

O termo “pedofilia” não pertence ao campo semântico do direito, mas sim ao da medicina. Na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10), a pedofilia integra – juntamente com o fetichismo, o exibicionismo, o voyeurismo e o sadomasoquismo – os chamados “transtornos de preferência sexual” ou “parafilias”²⁰ (classificação F65), uma subcategoria dos

19 Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto na ADI 4815/DF, referente às chamadas “biografias não-autorizadas”: “Diga-se que afirmar que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais, porque, como disse, não há hierarquia entre eles. Porém, dizer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, *uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, prima facie, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.* (...) Como escrevi em artigo doutrinário e reproduzi em decisão recente, na Reclamação 18.638: “Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi”.

20 Como registram Elisabeth Roudinesco e Michel Plon, o termo originalmente empregado pela psiquiatria e pelos fundadores da sexologia era “perversão”, significando as práticas sexuais consideradas como

transtornos de personalidade e comportamento adulto²¹. Sua especificidade, como transtorno, consiste na “*preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade*”. O diagnóstico psiquiátrico é realizado a partir da observação dos seguintes elementos: a) impulsos e fantasias sexuais intensos e recorrentes de atividades sexuais com crianças; b) o portador do transtorno age de forma impulsiva ou é permanentemente atormentado pelas fantasias; c) os impulsos e fantasias têm, no mínimo, seis meses de duração²².

É importante enfatizar que o direito penal brasileiro, assim como a maioria dos sistemas penais do ocidente, NÃO criminaliza nem sanciona a pedofilia, concebida como transtorno mental, mas sim a violência sexual (*lato sensu*) contra crianças e adolescentes, em suas múltiplas formas. O motivo dessa distinção é que nosso sistema jurídico não adota, em geral, concepções do chamado direito penal do autor, pois segue a tradição continental europeia vinculada ao direito penal do fato. Em outras palavras, no direito penal brasileiro pune-se alguém por uma ação ou omissão antijurídica, mas não pela mera existência ou desvio comportamental do agente autor da ação²³.

Infelizmente, a utilização frequente – mesmo entre operadores do direito – do termo “pedofilia” para caracterizar situações de violência sexual contra crianças, gera,

desvios em relação a uma norma social e sexual. Em 1987, a palavra “perversão” foi substituída na terminologia psiquiátrica mundial, por parafilia, “que abrange práticas sexuais nas quais o parceiro ora é um sujeito reduzido a um fetiche (pedofilia, sadomasoquismo), ora o próprio corpo de quem se entrega a parafilia (exibicionismo), ora um animal ou um objeto (zoofilia, fetichismo)” (Dicionário de Psicanálise, verbete “perversão”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998, pp. 583-584).

21 Para a Organização Mundial de Saúde, “este agrupamento compreende diversos estados e tipos de comportamento clinicamente significativos que tendem a persistir e são a expressão característica da maneira de viver do indivíduo e de seu modo de estabelecer relações consigo próprio e com os outros. Alguns destes estados e tipos de comportamento aparecem precocemente durante o desenvolvimento individual sob a influência conjunta de fatores constitucionais e sociais, enquanto outros são adquiridos mais tardiamente durante a vida. (...) Eles representam desvios extremos ou significativos das percepções, dos pensamentos, das sensações e particularmente das relações com os outros em relação àquelas de um indivíduo médio de uma dada cultura. Tais tipos de comportamento são geralmente estáveis e englobam múltiplos domínios do comportamento e do funcionamento psicológico. Frequentemente estão associados a sofrimento subjetivo e a comprometimento de intensidade variável do desempenho social” (Disponível em: http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm#F65).

22 Organização Mundial de Saúde, “*The ICD-10 Classification of Mental and Behavioral Disorders: Diagnostic criteria for research*”. World Health Organization, Geneva, 1993. Disponível em: <http://www.who.int/classifications/icd/en/GRNBOOK.pdf>.

23 Assim, por exemplo, não é a cleptomania que é sancionada pelo art. 155 do Código Penal, mas o furto, isto é, o ato (ou tentativa) de subtração de algo alheio.

por um lado, a não-sensibilização da opinião pública para gravíssimas situações cotidianas de exploração sexual infantojuvenil, e por outro a patologização e criminalização de ideias e fantasias que não causam risco ao bem jurídico constitucional protegido (a dignidade e a liberdade de crianças).

Para o direito, o termo “pedofilia” é pouco operativo²⁴, pois há pessoas diagnosticadas como pedófilas que nunca cometeram nenhuma violência concreta contra crianças; e, por outro lado, há pessoas que não são diagnosticadas como portadoras do transtorno algum, mas que aliciam crianças para a exploração sexual, produzem pornografia infantil e praticam abuso sexual contra menores de catorze anos²⁵.

Portanto, NÃO é a pedofilia que é criminalizada no Brasil, mas um conjunto de ações atentatórias à liberdade e à dignidade sexual de crianças e adolescentes reais.

Especificamente, a violência sexual contra crianças e adolescentes (em sentido amplo, compreendendo tanto o abuso como a exploração sexual) é sancionada em nosso direito pelos seguintes artigos do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

3.1.1. NO CÓDIGO PENAL

A violência sexual praticada contra crianças e adolescentes está tipificada em quatro artigos do Título VI, Capítulo II, do Código Penal. São eles:

24 Como registra a publicação “*Child Molesters: a Behavioral Analysis For Professionals Investigating the Sexual Exploitation of Children*”, editada pelo *National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC)*, órgão do governo norte-americano encarregado de receber e encaminhar denúncias de abuso sexual de crianças: “Embora o uso do termo ‘molestador de crianças’ tenha sido comum por muito tempo, a publicidade e a conscientização sobre a vitimização sexual de crianças resultaram em uso mais frequente do termo pedófilo. Um problema é o fato de o termo pedófilo ter uma definição leiga pouco precisa e uma definição diagnóstica bastante específica” (Kenneth V. Lanning, *Child Molesters: a behavioral analysis for professionals investigating the sexual exploitation of children*, *National Center for Missing and Exploited Children*, 2010, p. 19. Disponível em: http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC70.pdf).

25 Cf., por exemplo, Paul H. Blaney e Theodore Millon, *Oxford Textbook of Psychopathology* (Oxford Series in Clinical Psychology). Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 528, sustentando que “em alguns casos de abuso sexual, especialmente aqueles envolvendo incesto, a violência é cometida sem que haja qualquer preferência identificável pelo transtorno de preferência etária”. Sobre o número de notificações envolvendo violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, cf. nota 2, *supra*.

TÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
CAPÍTULO II - DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(...)

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º. Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

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

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º. Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º. Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo.

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo (...).

Como se depreende da leitura dos artigos citados, os elementos do tipo comuns a todos os quatro crimes são a prática de ação de natureza libidinoso (isto é, voltada à satisfação da lascívia própria ou alheia) contra um menor de catorze anos ou (no caso do crime de exploração sexual) também contra alguém menor de dezoito e maior de catorze anos.

3.1.2. NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ECA (Lei Federal 8.069/90), por sua vez, sanciona a produção, comercialização, transmissão, publicação e posse de imagens e representações de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo criança ou adolescente (arts. 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C), bem como o aliciamento, assédio e instigação de criança para a prática de atos libidinosos (art. 241-D), e ainda a exploração da prostituição infantojuvenil (art. 244-A). Não é demais lembrar que, em razão da garantia constitucional da legalidade penal estrita (*nullum crimen sine lege stricta*), nenhuma conduta que não esteja perfeitamente descrita na legislação penal vigente deve ser considerada como criminosa. Os tipos penais lá previstos são os seguintes:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena. (...)

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º. As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º. A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. (...)

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

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

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

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

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena – reclusão de quatro a dez anos e multa, além da perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé.

§ 1º. Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.

§ 2º. Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Foge aos propósitos da presente Nota Técnica uma análise detida de cada um dos crimes tipificados no Código Penal e no ECA. Chama-se a atenção, contudo, para o fato de que o elemento objetivo comum dos tipos penais dos arts. 240, 241, 241-A, 241-

B e 241-C do ECA é o envolvimento de uma criança ou adolescente real²⁶ em “cena de sexo explícito ou pornográfica”.

O legislador, no ano de 2008, acrescentou o art. 241-E do ECA para definir “cena de sexo explícito ou pornográfica” como sendo “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

A regra interpretativa em questão reproduz a definição jurídica de pornografia infantil constante da normativa internacional relativa ao assunto, qual seja, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro em 2004²⁷.

Registre-se que, na doutrina e jurisprudência penal, há uma divergência com relação à interpretação – extensiva ou restritiva – do art. 241-E do ECA, particularmente no que se refere a crianças ou adolescentes retratadas em poses sensuais, ainda que não desnudas. A questão foi debatida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.543.267/SC, julgado em 2015.

No recurso, o STJ, por maioria de votos, entendeu que a caracterização do crime tipificado no art. 240 do ECA não exige que a criança ou adolescente envolvida na cena esteja, necessariamente, nua ou com seus órgãos genitais expostos. No caso, as fotografias incriminadoras retratavam “adolescentes usando vestidos, com as roupas íntimas à mostra, sendo que muitas fotos enquadravam única e exclusivamente essas partes dos corpos das infantes”.

Reproduz-se abaixo os principais trechos do voto da Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, que resume, também, o entendimento doutrinário nacional a respeito desse dispositivo do ECA:

26 Cf. item 3.2., *infra*.

27 Publicado através do Decreto Presidencial n.º 5007/2004. O artigo 2º do Protocolo dispõe que: “Para os propósitos do presente Protocolo: (...) c) Pornografia infantil significa 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.” A íntegra do tratado está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm.

“A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do ECA não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei 11.829/2008, como os ora em análise, sem contudo restringir-lhes o alcance.

A propósito do tema, leciona Eduardo Luiz Michelan Campana que: (...), o artigo 241-E traz uma norma penal explicativa, que não incrimina condutas ou determina a sua impunidade, mas, sim, procura aclarar o conteúdo dos tipos penais. No dispositivo em questão, o legislador define o que se compreende pela expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica": qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas (visíveis), reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. A definição não é completa, pois não abarca todas as situações de encenação que ensejam representação de pornografia infantojuvenil, necessitando de uma valoração cultural pelo intérprete, o que caracteriza os novos tipos penais como abertos.

Do mesmo sentir é o escólio de Valter Kenji Ishida, que entende que não é obrigatória que a criança ou adolescente esteja nua para que consumados os delitos de pornografia infantil: “A criança ou adolescente não precisa só estar nua, mas pode estar, p. ex. com as vestes íntimas. Foi o que acertadamente mencionou a procuradora Patrícia Carneiro Tavares: "A *prima facie* e, em uma interpretação puramente literal, poder-se-á entender que o delito do art. 240 do ECA só ocorreria no caso de fotografias ou filmes em que as crianças ou adolescentes estivessem despídos. Entretanto, tal não é a interpretação cabível, posto que, se assim fosse, não seria típico a fotografia dos seios de uma criança, já que estes, literalmente falando, não são 'órgãos genitais' ou, para piorar, só se consideraria a ocorrência deste delito, no caso de crianças ou adolescentes do sexo feminino, caso tenhamos uma ultrassonografia dos seus ovários, já que os 'órgãos genitais' femininos, literalmente falando, repita-se, são internos. A meu sentir, a melhor interpretação (...) é a de que o legislador quis se referir a 'zonas erógenas', também não condicionando a incidência do tipo aberto do art. 240 do ECA à nudez das vítimas. Assim, o tipo penal do art. 240 do ECA terá incidência não só no caso de fotografias de crianças desnudas, mas também nos casos em que a nudez não é expressa, como no caso presente, em que as crianças foram fotografadas 'de calcinha' e, em posições que evidenciam a finalidade sexual do paciente, perfazendo, assim, o elemento subjetivo do injusto, ou 2º dolo, do tipo penal. Este 2º dolo, aliás, é o que distingue as meras 'fotografias familiares' das pornográficas, já que, para que se complete o tipo penal do art. 240 do ECA, em sua combinação com o art. 241-E, do mesmo Estatuto, além do 1º dolo de fotografar ou praticar qualquer outra conduta do referido tipo misto alternativo, mister a ocorrência do 2º dolo, consistente na

finalidade sexual exigida expressamente pelo art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em sendo assim, considerando que o conceito de pornografia infantojuvenil pode abarcar hipóteses em que não haja a exibição explícita do órgão sexual da criança e do adolescente, é de rigor a manutenção do acórdão recorrido que, feita a ressalva quanto a entendimento divergente de Guilherme de Souza Nucci (para quem a tentativa de clarificar a redação dos tipos penais acabou por delimitar a sua incidência), concluiu que a definição de material pornográfico acrescentada pelo artigo 241-E do ECA não restringiu a abrangência do termo"²⁸.

O voto-divergente, do Ministro Sebastião Reis Júnior, por sua vez, registra que o art. 241-E do ECA delimita o que deve ser, para efeitos daquela lei, considerado como "cena de sexo explícito ou pornográfica".

“Precisa é a lição de Nucci: ‘[...] pretendendo evitar contratempos em matéria de interpretação, define o legislador o que vem a ser a cena de sexo explícito ou pornográfico. É um conceito amplo, que, embora possível de captação pela vivência cultural, tornou-se legalmente explicitado. Entretanto, a busca pela definição perfeita não foi atingida. A pornografia pode envolver atividades sexuais implícitas e poses sensuais, sem a expressa mostra dos órgãos genitais, constituindo situações igualmente inadequadas. Entretanto, não há previsão, para tanto, no art. 241-E. Infelizmente, a tentativa de tornar mais clara a redação dos tipos penas incriminadores trouxe a redução do contexto de pornografia. Teria sido melhor permitir a interpretação dos operadores do Direito em relação às cenas de sexo explícito e, sobretudo, à cena pornográfica’.

Não vejo como condenar o recorrente por ação não prevista expressamente como crime, ainda mais quando diante de um texto legal que tem como objetivo justamente definir quais são as hipóteses de cenas pornográficas. Se o legislador, ao definir cenas pornográficas, não incluiu aquelas em que a adolescente aparece apenas de roupas íntimas, sem a exposição de seus órgãos genitais, não vejo como o operador do direito possa fazê-lo.

Interessante é o comentário de Josiane Rose Perry Veronese e Mayra Silveira sobre o objetivo da inclusão do art. 241-E no Estatuto da Criança e do Adolescente: “De todos os dispositivos acrescentados pela nova Lei, o art. 241-E guarda uma peculiaridade. Antes de sua inclusão ao texto estatutário, a carga de subjetividade facultada ao operador jurídico era demasiada, sendo-lhe até permitido classificar determinada cena como pornográfica ou não. A expressão 'sexo explícito é de

28 STF, 6ª Turma, RESE 1.543.267/SC, j. 03.12.2015, maioria de votos, DJ. 16.02.2016.

evidente cunho objetivo, no entanto o 'conteúdo pornográfico', salvo quando muito grosseiro, poderia facilmente ser justificado enquanto arte. As margens interpretativas e as zonas de penumbra foram abolidas, listando o legislador situações que, por força do art. 241-E, possuem conteúdo pornográfico quais sejam: 1) cena de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, com a participação de criança ou adolescente; 2) cena que exiba os órgãos genitais da criança ou do adolescente para fins primordialmente sexuais”.

A divergência doutrinária e jurisprudencial assinalada refere-se, como se vê, a situações em que uma criança ou adolescente *real* é retratada em posição ou situação que evidencie a finalidade sexual da encenação. Uma interpretação *restritiva* do tipo penal incrimina exclusivamente a participação da criança ou adolescente em cena de atividade sexual explícita ou a exibição de seus órgãos genitais; uma interpretação *extensiva*, por outro lado, incrimina também atividades sexuais implícitas e poses sensuais envolvendo menores de dezoito anos.

De qualquer modo, não há controvérsia acerca do elemento subjetivo exigido pelos tipos penais citados, qual seja, a intenção do agente em satisfazer a lascívia própria ou alheia, utilizando-se, para tanto, de uma criança ou adolescente. Ausente tal intenção, resta descaracterizada a conduta criminosa. É o caso, por exemplo, da imagem de um bebê desnudo, contida em um álbum familiar ou na capa de um disco de rock:



Não há que se falar, neste caso, em crime, justamente porque está ausente o elemento subjetivo específico consistente no fim lascivo da cena.

Em síntese, não é propriamente a retratação da nudez da criança ou do adolescente que é objeto da incriminação, mas sim a intenção sexual do agente em produzir ou divulgar, por qualquer forma, conteúdo envolvendo uma criança ou adolescente real, em cena de natureza pornográfica, ainda que não explícita, definida a partir de seu conteúdo lascivo.

3.2. UM DESENHO OU PINTURA RETRATANDO CENA DE SEXO COM CRIANÇAS CONSTITUI CRIME?

O art. 241-E do ECA, já mencionado, define como “cena de sexo explícito ou pornográfica” “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Os adjetivos “reais” e “simuladas” (usados no plural pela norma do art. 241-E) referem-se às atividades sexuais explícitas representadas, e não à criança ou adolescente (se reais ou produto de ficção)²⁹. Ou seja, o que o ECA sanciona é a participação, real ou simulada (através, por exemplo, do uso de técnica de fotomontagem), de uma criança ou adolescente (real) em cena de conteúdo sexual explícito.

Por outro lado, desenhos e outras representações gráficas não realistas, por mais ofensivas que sejam (caso, por exemplo, da pornografia dos subgêneros de mangá/hentai japonês shotacon e lolicon) NÃO constituem ilícito penal em nosso ordenamento jurídico.

29 Ministério Público Federal, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Roteiro de Atuação: Crimes Cibernéticos, Série Roteiros de Atuação - vol.5, Brasília, MPF, 2016, pp. 293-294. Segundo o roteiro: “O “simuladas” é adjetivo que modifica o substantivo “atividades sexuais”, e não “crianças”. Assim, a redação do art. 241-E do ECA só tipifica a disseminação de imagens que sejam, efetivamente, a reprodução de cenas que envolvam a participação real de menores. Dessa forma, desenhos seriam atípicos. Só registros visuais (imagens) que contenham crianças reais (não desenhos ou imagens virtuais) caracterizam a prática delituosa. (...) Os procuradores de SP distinguem o desenho caricato (ex. Os Simpsons etc.) daqueles que são uma simulação quase perfeita (foto ou pintura) de crianças reais (as chamadas imagens realistas) e, nesses casos, os considera crime também, pois, o bem jurídico, que é a imagem da criança, é violado, já que o desenho teria uma aparência natural de criança”.

Esta interpretação do ECA foi corroborada pela Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Penal do MPF, em bem fundamentada decisão relatada pela Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia:

“PROCEDIMENTO CRIMINAL. SUPOSTA PRÁTICA DE PORNOGRAFIA INFANTIL PELA INTERNET. ARTS. 240 A 241-E DO ECA. ARQUIVAMENTO REQUERIDO COM BASE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. NULLUM CRIMEN SINE LEGE STRICTA (TIPICIDADE FECHADA). INSISTÊNCIA NO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO.

1. O bem jurídico protegido pelas normas de caráter penal contidas no ECA, editadas em consonância com as disposições do artigo 227, da Constituição, é a própria criança ou adolescente, com quem não se confundem desenhos ou imagens que nada têm de real.

2. Ao tipificar condutas envolvendo pornografia infantil, o legislador ordinário fez sempre referência à própria criança ou adolescente, não se preocupando com imagens como desenhos, *cartoons*, *animês* ou outras representações gráficas não realistas de crianças ou adolescentes. É que, a criança e o adolescente são pessoas, sujeitos de direitos e especialmente protegidas desde a Constituição, não se confundindo com desenhos ou *cartoons* não realistas, que não gozam desse mesmo status e não merecem, por óbvio, o mesmo tipo de tratamento.

3. Ampliar a figura dos tipos penais dos artigos 240 a 241-E do ECA para abranger, além da divulgação de fotos reais de crianças na prática de atos sexuais ou com conotação sexual, também imagens do tipo fantasia (desenhos, *cartoons*, *mangás*), implica o emprego de interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu (*in malam partem*) em violação ao princípio da estrita legalidade, pedra de toque do direito penal.

3. Voto pela insistência no arquivamento. (..)

Em atenta análise às fotos postadas no perfil em questão, verificou-se a publicação de uma imagem retratando um personagem infantil do desenho animado *Os Simpsons* em situação pornográfica e desenhos – no estilo *hentai* - nos quais foram retratadas crianças/adolescentes em situações pornográficas.

A leitura de todos esses dispositivos, aliada à circunstância de que encontram-se eles inseridos dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja finalidade precípua é a proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º) autoriza a conclusão de estar com a razão, *in casu*, a Procuradora da República, ao afirmar que não há crime na divulgação de imagens de personagens de desenhos animados contendo pornografia.

Realmente, todos os dispositivos supra transcritos tipificam condutas que envolvem ou das quais participe criança ou adolescente, ou seja, que envolvem ou das quais participe a pessoa até 12 anos de idade

incompletos (criança) ou aquela entre 12 e 18 anos de idade (adolescente) (art. 2º da Lei 8.069/90).

A necessidade do envolvimento ou participação de criança ou adolescente para que se caracterize a conduta delituosa é absolutamente compreensível, na medida em que, como salientado no artigo 1º do próprio ECA, o que a lei quer proteger é a própria criança ou adolescente, para dar cumprimento, em última análise, à disposição constitucional que assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, da Constituição da República).

Ainda nos termos da Constituição, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente não de ser severamente punidos (parágrafo 4º, do artigo 227).

Nessa ordem de consideração, ao tipificar condutas envolvendo pornografia infantil, o legislador ordinário fez sempre referência à própria criança ou adolescente, não se preocupando com imagens como desenhos, *cartoons*, animês ou outras representações gráficas não realistas de crianças ou adolescentes. É que, a criança e o adolescente são pessoas, sujeitos de direitos e especialmente protegidas desde a Constituição, não se confundindo com desenhos ou *cartoons* não realistas, que não gozam desse mesmo status e não merecem, por óbvio, o mesmo tipo de tratamento. (...)

Como bem colocado pela Procuradora da República que oficiou no feito: “O núcleo do tipo “simular” (presente no artigo 241-C do ECA) significa representar ou reproduzir algo com aparência de realidade, ou seja, fazer parecer real algo que não é. Sendo assim, para que a fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica constitua crime, é necessário que a imagem retratada aproxime-se ao máximo da realidade, vale dizer, de uma criança e adolescente reais.

Nesse contexto, não há como negar que uma pintura ou um desenho de criança ou adolescente em cenas sexuais ou pornográficas pode caracterizar o crime tipificado no artigo 241-C da Lei nº 8.069/90, mas desde que a reprodução gráfica seja de seres humanos reais ou com aparência de reais. Isto porque, nessa hipótese, a conduta estará lesando o bem jurídico tutelado, qual seja, a boa formação moral da criança e do adolescente que tenham acesso ao conteúdo criminoso, além de estimular pessoas a buscarem cenas efetivamente reais.

E não poderia ser diferente, já que por vezes a destreza e boa técnica do agente o permitem reproduzir, em desenhos e pinturas, seres humanos absolutamente idênticos ao retratados em fotografias, atingindo da

mesma forma e com igual intensidade o bem jurídico penalmente tutelado.

Diferentes são as situações envolvendo personagens infantis e caricato, que não se assemelham a crianças reais, como é o caso dos presentes autos. Nessas hipóteses, a imagem não imita a realidade, logo não há o ato de “simular”, núcleo do tipo sem o qual não resta configurado o crime investigado”.

Por tudo isso, a manifestação judicial esbarra no princípio da tipicidade fechada. É a lei que estabelece a fato humano como típico, culpável e punível, e não o senso comum da sociedade.

Um dos pilares do direito penal garantista é a existência de tipos penais “cerrados”, ou seja, que não admitem interpretação extensiva ou analógica para determinar que outra conduta se subsuma à regra típica.

Não há, *in casu*, como se subsumir a conduta investigada a qualquer dos tipos previstos nos artigos 240 a 241-E da Lei 8.069/90, por não haver envolvimento ou participação de criança ou adolescente, donde estar correta a promoção da Procuradora da República, no sentido do arquivamento do feito”³⁰.

Confirmando tal entendimento, na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a representação ficcional (ou seja, que não envolva nenhuma criança real) da pornografia infantil está abrangida na esfera de proteção da 1ª Emenda da Constituição, que garante a liberdade de expressão.

A questão foi extensamente debatida no caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, julgado em 2002³¹. A disputa dizia respeito a lei relativa à pornografia infantil

30 VOTO Nº 533/2010. PROCESSO MPF Nº 1.34.001.006177/2009-12 (2009.61.81.010799-9). ORIGEM: 9ª VARA FEDERAL CRIMINAL EM SÃO PAULO. RELATORA: MÔNICA NICIDA GARCIA. No mesmo sentido: VOTO Nº 4783/2016. PROCEDIMENTO MPF Nº 1.23.000.002574/2015-57 - ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PAR - PROCURADORA OFICIANTE: NAYANA FADUL DA SILVA - RELATOR: JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO. MATÉRIA: Notícia de fato. Representação. Suposto crime do artigo 241-A da Lei nº 8.069/90. Relato de paródia de animação infantil com conotação sexual. Revisão de arquivamento (LC nº 75/93, art. 62, inc. IV). Diligência. Publicação que foi veiculada em sítio eletrônico humorístico direcionado ao público adulto. Da visualização do conteúdo objeto da representação (mídia), se verifica não versar a animação sobre cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Conforme precedente deste Colegiado: “A legislação brasileira atual não criminaliza o que tem sido chamado pelos estudiosos do tema de ‘terceira geração de pornografia infantil’, que abrange as imagens no estilo fantasia, a exemplo de cartoons, desenhos animados, pinturas e toda a forma de material visual descrevendo cenas de sexo com adolescentes, mas que não se confundem com fotografias, o que as torna facilmente distinguíveis de cenas reais. 2. ‘Dessa forma, ampliar a figura do tipo penal do artigo 241 do ECA para abranger, além da divulgação de fotos reais de crianças na prática de atos sexuais ou com conotação sexual, também imagens do tipo fantasia, implica no emprego de interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu (in malam partem) em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade, pedra de toque do direito penal.” (Procedimento MPF nº 1.00.000.004367/2008-11). Homologação de arquivamento.

31 Suprema Corte dos EUA, *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 535 U.S. 234 (2002).

que ampliava as condutas incriminadoras em âmbito federal para incluir, também, “qualquer representação visual, ainda que gerada por computador”, de alguém que seja “ou aparente ser” um menor envolvido em conduta sexualmente explícita, bem como “qualquer imagem sexualmente explícita” que seja “divulgada, promovida, apresentada, descrita ou distribuída de modo a dar a impressão de que há um menor envolvido em uma conduta sexualmente explícita”. O argumento apresentado pelos autores da ação (uma associação de entretenimento adulto da Califórnia, um editor de livros em defesa do estilo de vida naturista e dois artistas especializados em arte erótica e representação do nu) era o de que a legislação federal aprovada era excessivamente ampla, vaga e capaz de produzir um efeito inibidor (“*chilling effect*”) no trabalho legítimo desenvolvido pelos petionários.

No julgado em questão, a Suprema Corte efetivamente considerou que os dispositivos questionados da lei eram inconstitucionais, destacando-se, dentre os principais argumentos desenvolvidos, os seguintes:

a) Um grande número de obras aclamadas, filmadas sem a participação de nenhum menor de dezoito anos, explora temas abrangidos pela proibição legal. Se tais obras contiverem uma única descrição gráfica de uma atividade sexual dentro da definição da lei, seu possuidor estaria sujeito a severas punições sem nenhum tipo de apuração acerca do valor artístico da obra. Isto seria inconsistente com a 1ª Emenda da Constituição norte-americana.

b) Segundo o critério adotado pela Suprema Corte no caso *Miller v. California*³², o eventual valor artístico de uma cena ou imagem é dado a partir da consideração da obra em seu conjunto, isto é, ainda que uma cena isolada possa ser considerada ofensiva e sem valor artístico, a obra apreciada como um todo pode não sê-lo.

c) No precedente *New York v. Ferber* (1982)³³, a Suprema Corte sustentou que a proibição da distribuição e venda de pornografia infantil, assim como sua produção, estão intrinsecamente relacionadas ao abuso sexual de crianças por dois modos. Em

32 Suprema Corte dos EUA, *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

33 Suprema Corte dos EUA, *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

primeiro lugar, porque são um registro permanente do abuso de uma criança, agravado pela possibilidade de circulação contínua da imagem. Em segundo lugar, porque o comércio de pornografia infantil é um estímulo econômico forte para sua produção havendo um interesse estatal legítimo em encerrar a rede de distribuição de imagens de crianças sexualmente abusadas. No caso da pornografia infantil virtual, estão ausentes estes dois motivos desenvolvidos no precedente anterior.

d) O argumento de que a pornografia infantil virtual pode alimentar o apetite de pedófilos e encorajá-los a aliciar ou seduzir crianças reais não deve prevalecer porque a mera tendência de um discurso a incitar atos ilegais não é uma razão suficiente para bani-lo (precedente citado *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 447).

3.3. A NUDEZ DE UM ADULTO, PERANTE AUDIÊNCIA COMPOSTA POR MENORES DE DEZOITO ANOS, CONSTITUI CRIME?

A mera nudez de um adulto, ainda que perante audiência composta por menores de dezoito anos, NÃO constitui crime.

Conforme já apresentado, os crimes envolvendo o abuso sexual de crianças e adolescentes são aqueles tipificados nos artigos do Código Penal e do ECA citados.

Como também já referido, tais crimes têm como elemento subjetivo específico a finalidade de satisfação da lascívia própria ou alheia, mediante o abuso de uma criança ou adolescente, envolvida de alguma forma na cena sexual.

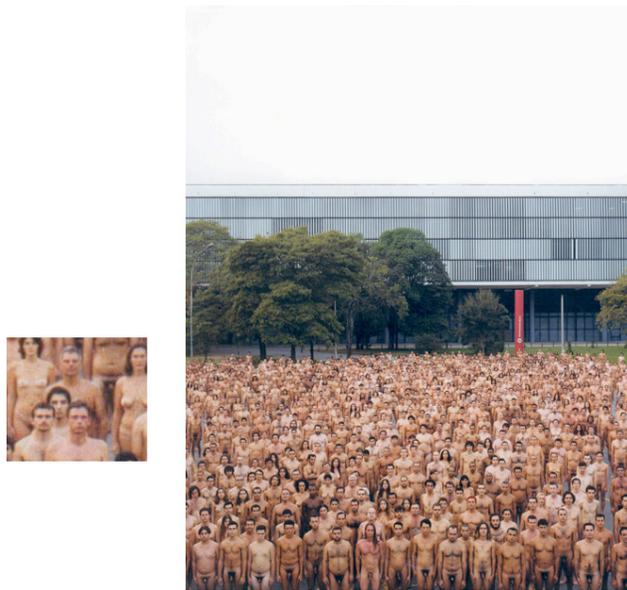
Ocorre que nem toda nudez possui caráter sexual ou finalidade lasciva. Não apenas em culturas indígenas, como também em muitas práticas comuns no Brasil e em outros países, a nudez está desprovida de qualquer conteúdo lascivo. É o que ocorre, por exemplo, com o naturismo.

No âmbito da arte contemporânea, as performances de Marina Abramovic são exemplos de exploração artística (e não-sexual) da nudez. Na performance

Imponderabilia, por exemplo, apresentada originalmente em 1977³⁴, a artista e seu parceiro Ulay permaneciam nus, frente a frente, na entrada da Galeria Comunal de Arte Moderna de Bolonha, obrigando os espectadores a passarem entre eles para prosseguir na mostra:



Em 2002, como parte da Bienal Internacional de Arte de São Paulo, cerca de 1.200 pessoas posaram nuas, no Parque do Ibirapuera, para o ensaio “*Nude Adrift*”, do fotógrafo norte-americano Spencer Tunick:



34 A performance foi reapresentada no Museu de Arte Moderna de Nova York, em 2010, durante a retrospectiva “*The Artist is Present*”, organizada pelo museu.

Nos dois casos citados, há uma tolerância social maior com a exibição pública de corpus nus porque os atos não buscam a satisfação da lascívia dos artistas ou do público, mas sim a expressão de uma ideia ou de um sentimento esteticamente apreciável e/ou reconhecido.

3.4. É VEDADO O ACESSO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES A OBRAS OU PERFORMANCES ARTÍSTICAS NAS QUAIS HAJA A NUDEZ OU A REPRESENTAÇÃO DE CORPOS NUS?

A Constituição brasileira NÃO PROÍBE o acesso acompanhado de menores de dezoito anos a espetáculos ou diversões de nenhum tipo, mesmo aqueles com conteúdo erótico ou pornográfico.

As normas constitucionais que regulam a matéria são as seguintes:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

No Estatuto da Criança e do Adolescente, os dispositivos que tratam da matéria são os seguintes:

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as

faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.

Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infantojuvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Os artigos 252 a 258 do Estatuto³⁵, por sua vez, trazem as sanções administrativas (multa) aplicáveis aos responsáveis pela diversão ou espetáculo público

35 Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem: Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.

Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo [em horário diverso do autorizado ou] sem aviso de sua classificação:

no caso de descumprimento da obrigação de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, informação sobre a natureza da diversão e a faixa etária especificada.

Por fim, em âmbito infralegal, a matéria é tratada pela Portaria do Ministério da Justiça de nº 368, de 11 de fevereiro de 2014, que regulamenta as disposições relativas ao processo de classificação indicativa no âmbito daquele ministério. Nos termos dos arts. 3º e 4º da Portaria em questão:

Art. 3º. Sujeitam-se à classificação indicativa pelo Ministério da Justiça:
I - obras audiovisuais destinadas à televisão e aos mercados de cinema e vídeo doméstico;
II - jogos eletrônicos e aplicativos; e
III - jogos de interpretação de personagens.

Art. 4º. Não se sujeitam à classificação indicativa pelo Ministério da Justiça:
I - exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows musicais;
II - competições esportivas;
III - programas e propagandas eleitorais;
IV - propagandas e publicidades em geral; e
V - programas jornalísticos.

Art. 7º. A classificação indicativa tem natureza pedagógica e informativa capaz de garantir à pessoa e à família conhecimento prévio para escolher diversões e espetáculos públicos adequados à formação de seus filhos, tutelados ou curatelados de:
Parágrafo único. O poder familiar se exerce pela escolha de conteúdos, com possibilidade de:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias. [A expressão “em horário diverso do autorizado” foi julgada inconstitucional pelo STF na ADI 2.404/DF].

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congênere classificado pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente: Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo: Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

- I - bloqueio de acesso a programas ou canais de televisão, quando aplicável;
- II - bloqueio de acesso a jogos eletrônicos e aplicativos, quando aplicável; e
- III - autorização de acesso a diversões e espetáculos públicos, seja por meio do ingresso a salas de cinema, compra ou aluguel de vídeos e de jogos para uso doméstico, ainda que a classificação indique faixa etária superior à da criança ou do adolescente.

Art. 8º. A prerrogativa dos pais e responsáveis em autorizar o acesso a obras classificadas para qualquer idade, exceto não recomendadas para menores de dezoito anos, não os desobriga de zelar pela integridade física, mental e moral de seus filhos, tutelados ou curatelados.

Da leitura das normas constitucionais e infraconstitucionais citadas, depreende-se que:

a) Como princípio geral aplicável, toda criança ou adolescente terá acesso a diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária (art. 220, § 3º, inciso I, da CR, c.c. os arts. 71 e 75 do ECA).

b) A atual regulamentação infraconstitucional e infralegal da matéria não obriga todo e qualquer espetáculo ou diversão a requerer prévia classificação etária ao Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação – DJCTQ, órgão integrante da Secretaria Nacional de Justiça³⁶. Apenas as obras audiovisuais destinadas à televisão e aos mercados de cinema e vídeo doméstico, os jogos eletrônicos e aplicativos e os chamados Role-Playing Games devem ser previamente submetidos à análise do Poder Público Federal (art. 3º da Portaria 368/2014).

c) Por outro lado, estão excluídos da classificação indicativa efetuada pelo Poder Público os espetáculos circenses, teatrais e shows musicais, as competições esportivas, propagandas e publicidades em geral e os programas jornalísticos (art. 4º da Portaria 368/2014).

d) Conteúdos divulgados em sites de Internet e obras literárias ou visuais não veiculadas em televisão não se encontram regulados pelo atual sistema de classificação indicativa. Desta forma, uma apresentação teatral ou uma exposição de

36 Por motivos óbvios, tal procedimento seria impossível de ser aplicado a qualquer espetáculo público realizado em território nacional.

esculturas ou pinturas em um museu dispensa qualquer tipo de prévia classificação etária por parte do Poder Público (art. 4º da Portaria 368/2014).

e) Os responsáveis pelo espetáculo ou diversão têm como obrigação geral apenas INFORMAR ao público, prévia e adequadamente (em local visível e de fácil acesso) sobre a natureza do evento e as faixas etárias a que não se recomende, de forma a permitir a escolha livre e consciente da programação, por parte de pais e responsáveis por crianças ou adolescentes (art. 220, § 3º, inciso I, da CR, c.c. os arts. 74, 76 e 78 do ECA).

f) Os responsáveis pela diversão ou espetáculo devem também impedir o acesso e permanência de crianças menores de dez anos nos locais de apresentação ou exibição desacompanhadas dos pais ou responsável (art. 75, parágrafo único do ECA).

g) A classificação etária, seja a efetuada pelo Poder Público, seja aquela feita pelo próprio responsável pelo espetáculo ou diversão, é INDICATIVA, isto é, deve possuir “natureza pedagógica e informativa capaz de garantir à pessoa e à família conhecimento prévio para escolher diversões e espetáculos públicos adequados à formação de seus filhos, tutelados ou curatelados” (art. 7º da Portaria do Ministério da Justiça de nº 368/2014).

Por ser “indicativa”, a classificação etária efetuada pelo Poder Público não possui força vinculante; assim, não cabe ao Estado (nem aos promotores do espetáculo ou diversão) impedir o acesso de crianças ou adolescentes a eventos tidos como “inadequados” à sua faixa etária, especialmente quando estejam elas acompanhadas por seus pais ou responsáveis.

Em outras palavras, no sistema adotado pela Constituição, compete exclusivamente aos pais ou responsáveis decidir sobre o acesso de menores de 18 anos a programas televisivos e diversões e espetáculos em geral.

Este ponto restou pacificado pelo STF no julgamento da ADI 2.404/DF, justamente relacionada à natureza não-obrigatória (para as emissoras de TV) da classificação etária realizada pelo Ministério da Justiça. Segundo o julgado:

“[A Constituição] buscou [...], em última *ratio*, conferir aos pais, como

reflexo do exercício do poder familiar, o papel de supervisão efetiva sobre o conteúdo acessível aos filhos, enquanto não plenamente aptos a conviver com os influxos prejudiciais do meio social.

Muitos são os fatores que pluralizam as concepções morais e comportamentais das famílias, sejam eles religiosos, econômicos, sociais ou culturais. Firmou-se, porém, como resguardado, o direito dos dirigentes da entidade familiar a seu livre planejamento, respeitados os postulados da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. (...)

Dessa forma, a classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. Essa classificação desenvolvida pela União possibilita que os pais, calcados na autoridade do poder familiar, decidam se a criança ou o adolescente pode ou não assistir a determinada programação.

José Cretella Júnior (...) leciona: “(...) O constituinte de 1988, preocupado com o problema da censura, no regime anterior, cai em outro extremo e, com prudência, emprega ‘a União tem competência para exercer a classificação PARA EFEITO INDICATIVO’. A União, agora, não veda, não proíbe, não censura. Indica, tão-só. Recomenda. Classifica os filmes, espetáculos, as exposições. Às vezes, nem classifica. Enumera apenas (...). As diversões públicas podem ser classificadas ‘para efeito indicativo’, ou seja, ‘sem censura’, ‘sem vedação’, ‘sem proibição’, apontando o classificador, nos grupos aglutinados, alguns aspectos, como, por exemplo, ‘aconselhável’ ou ‘não-aconselhável’ para menores ou maiores de certa idade; ‘drama’, ‘comédia’, ‘tragédia’. Relembre-se que *diversão pública* é expressão que designa toda atividade recreativa proporcionada, publicamente, ao público” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense. p. 1410).

Vide, ainda, os esclarecimentos de Luís Roberto Barroso: “(...) Note-se que a finalidade da norma é apenas oferecer informação ao telespectador, e não determinar a conduta das emissoras, caso contrário a classificação não seria *indicativa*, mas *cogente, obrigatória*” (“Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 90, v. 790, p. 129-152, ago. 2001. p. 147).

É inequívoca, portanto, a percepção de que O MODELO DE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA É O INSTRUMENTO DE DEFESA QUE A CONSTITUIÇÃO OFERECIU AOS PAIS E AOS RESPONSÁVEIS CONTRA PROGRAMAÇÕES DE CONTEÚDO INADEQUADO, GARANTINDO-LHES O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES, MAS SEM DEIXAR DE LADO A PREOCUPAÇÃO COM A GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, POIS NÃO SURGE COM O CARÁTER DE

IMPOSIÇÃO.

[É] importante salientar que permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA, sendo seu descumprimento tipificado como infração administrativa pelo art. 254, ora questionado (não sendo essa parte objeto de impugnação). Pensar de forma diversa frustraria o próprio objetivo da classificação, qual seja, indicar ao espectador sobre a natureza do conteúdo veiculado e, por conseguinte, da faixa de público a que idealmente se destina.

Essa, sim, é uma importante área de atuação do Estado. É importante que se faça, portanto, um apelo aos órgãos competentes para que reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, (...), de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir programas inadequados para sua faixa etária.

Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infanto-juvenil.

(...) Ao se esclarecer as faixas etárias para as quais as atrações não são apropriadas, exige-se reflexão por parte do telespectador e dos responsáveis, os quais são chamados a decidir se assistem ou não a determinada programação ou se permitem, ou não, que seus filhos o façam. É dever do Estado, nesse ponto, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infanto-juvenil. É fundamental que a sociedade atraia para si essa atribuição, cabendo ao Estado incentivá-la nessa tomada de decisão, e não tutelá-la.”

Convém registrar que a natureza indicativa (não-obrigatória) da classificação etária foi reconhecida pelo STF mesmo para as emissoras de TV aberta, as quais alcançam potencialmente todos os domicílios brasileiros e, portanto, têm um alcance muitíssimo superior a espetáculos locais não televisionados (como uma peça de teatro, por exemplo).

Portanto, como mencionado, a legislação brasileira NÃO PROÍBE o acesso de menores de dezoito anos a espetáculos ou diversões de nenhum tipo, mesmo aqueles com conteúdo erótico ou pornográfico. Compete exclusivamente aos pais ou

responsáveis pela criança ou adolescente autorizar seu ingresso em espetáculos ou diversões públicas.

Em contrapartida, os responsáveis pelos estabelecimentos onde ocorrem os espetáculos ou diversões devem atentar para fornecer ao público, previamente e também durante o evento, informações claras, afixadas em local visível, sobre a natureza do espetáculo e as faixas etárias a que não se recomende, de forma a permitir a escolha livre e consciente da programação por parte de pais e responsáveis por crianças ou adolescentes.

Registre-se, por fim, a relevante informação que, segundo os critérios adotados pelo próprio Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, do Ministério da Justiça, para a classificação de obras audiovisuais destinadas à televisão, a NUDEZ em si, NÃO torna o conteúdo impróprio para crianças, mesmo as menores de 10 anos.

Reproduz-se abaixo os termos do que consta no *Guia Prático da Classificação Indicativa* adotado pelo Ministério da Justiça³⁷:

SEXO E NUDEZ

B.1. LIVRE

São admitidos com essa classificação obras que contenham predominantemente conteúdos positivos e que não tragam elementos com inadequações passíveis de indicação para faixas etárias superiores a 10 anos. Nem sempre a ocorrência de cenas que remetem a sexo ou nudez são prejudiciais ao desenvolvimento psicológico da criança, como os elencados abaixo:

B.1.1. NUDEZ NÃO ERÓTICA

- Nudez, de qualquer natureza, desde que exposta sem apelo sexual, tal como em contexto científico, artístico ou cultural.

EXEMPLO: Documentário mostra a realidade de uma tribo indígena onde as pessoas estão nuas.

3.5. RETRATAR UMA CENA (FICTÍCIA) DE ABUSO SEXUAL DE UMA CRIANÇA NÃO É APOLOGIA AO CRIME?

37 Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico/guia-pratico.pdf>.

Depende. Como já referido no item 2.3., a obra de arte deve ser analisada em um contexto. A retratação de uma cena de abuso pode significar justamente uma denúncia do artista contra tal situação, e não uma aprovação.

De qualquer modo, nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional proíbem expressões artísticas literárias ou visuais de caráter obsceno, desde que estas não envolvam a participação de nenhuma criança ou adolescente real, em cena de sexo explícito ou pornográfica.

Dito de outro modo, o direito brasileiro não veda, de forma alguma, a veiculação de obras literárias e representações visuais que tratem de pornografia infantil fictícia/virtual. O que o ECA criminaliza é a produção, comercialização, circulação e posse de imagens de crianças ou adolescentes reais em cenas de natureza sexual.

Trata-se, no entender da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, da única interpretação constitucional possível para compatibilizar a liberdade de expressão artística com o direito fundamental à proteção de crianças e adolescentes contra quaisquer formas de abuso ou violência. O limite intransponível à expressão da atividade artística está no dano ou perigo concreto de dano à dignidade sexual, honra e imagem de crianças ou adolescentes reais (isto é, não-fictícios, ainda que não totalmente identificados).

4. CONCLUSÕES E SUGESTÕES DE CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS

Como proposta de síntese a respeito do que foi dito sobre a ponderação jurídica entre a liberdade artística e a exigência de proteção de crianças e adolescentes contra a violência sexual e contra conteúdos inapropriados às suas faixas etária, tem-se que:

4.1. QUANTO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, EM GERAL

a) No direito constitucional brasileiro, assim como no direito comparado, a liberdade de expressão ocupa uma “posição de preferência” com relação a outros direitos fundamentais, significando: a) a preservação, na maior medida possível, das liberdades comunicativas, quando em colisão com outros princípios constitucionais; b) a suspeição

de todas as medidas – legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a liberdade de expressão; c) a proibição da censura e primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão³⁸.

b) Em princípio, todas as formas não-violentas de manifestação estão inseridas no âmbito de proteção da liberdade. Tais formas incluem gestos, sinais, movimentos, mensagens orais, escritas, representações teatrais, sons, imagens e até mesmo comportamentos expressivos (como queimar uma bandeira durante um protesto).

c) A liberdade constitucional abrange manifestações “desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares” (STF, ADPF 187/DF).

d) Não estão protegidas pela liberdade constitucional manifestações de caráter racista ou de ódio (art. 5º, XLII, e HC 84.424).

4.2. QUANTO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

a) Os limites contidos em dispositivos constitucionais que servem para proteger outros interesses fundamentais também podem incidir sobre a liberdade artística. Isso se aplica, em particular, aos direitos de personalidade. Ao definir esses limites em um caso concreto, porém, não basta estabelecer a existência de um prejuízo ao direito de personalidade alheio, sem levar em consideração a liberdade artística: é necessário determinar se este dano é tão grave que exige a subordinação da liberdade artística; um pequeno dano ou a mera possibilidade de dano não são suficientes para este propósito, tendo em conta a importância considerável da liberdade artística. Um dano sério aos direitos de personalidade (como um ato de violência cometido contra uma criança), por outro lado, não pode ser justificado com base na liberdade artística.

b) As manifestações artísticas dependem de um trabalho de interpretação, e uma visão geral do trabalho do artista constitui um elemento indispensável dessa interpretação. Por conseguinte, não é permitido remover partes individuais de uma obra de arte do seu contexto e sujeitá-los a um exame independente para se determinar se devem ser considerados como delitos.

38 STF, ADI 4.815/DF.

c) Uma pessoa que desconhece as formas em que a arte se manifesta não pode definir os padrões quando se trata de entender a arte. Por outro lado, no entanto, também não é possível tomar como referência uma pessoa com uma educação abrangente em arte em qualquer caso, especialmente quando a manifestação é dirigida a uma audiência aleatória em um local público. Nesse caso, um critério possível seria indagar como um transeunte que estivesse preparado para levar em consideração toda a performance poderia perceber a obra (figura denominada de “expectador reflexivo”).

4.3. QUANTO À PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL:

a) O direito penal brasileiro NÃO criminaliza nem sanciona a pedofilia, concebida como transtorno mental, mas sim a violência sexual (lato sensu) contra crianças e adolescentes.

b) No Código Penal, a violência sexual contra crianças e adolescentes encontra-se tipificada nos arts. 217-A (estupro de vulnerável), 218 (induzir menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem), 218-A (prática de ato libidinoso na presença de menor de 14 anos, a fim de satisfazer a lascívia própria ou alheia) e 218-B (prostituição e outras formas de exploração sexual).

c) Os quatro crimes do Código Penal têm como elemento comum a prática de ação de natureza libidinoso (isto é, voltada à satisfação da lascívia própria ou alheia) contra um menor de catorze anos ou (no caso do crime de exploração sexual) também contra alguém menor de dezoito e maior de catorze anos.

d) No ECA, a violência sexual contra crianças e adolescentes está tipificada nos arts. 240 (produção ou registro de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente), 241 (comercialização de pornografia infantil); 241-A (distribuição e publicação de fotografias ou imagens de pornografia infantil), 241-B (aquisição e posse de pornografia infantil), 241-C (adulteração de imagem para simular participação de uma criança em cena de sexo explícito ou pornográfica), 241-D (aliciamento de criança para prática de ato libidinoso) e 244-A (prostituição e exploração sexual).

e) O elemento objetivo dos tipos penais dos arts. 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C do ECA é o envolvimento de uma criança ou adolescente real³⁹ em “cena de sexo explícito ou pornográfica”.

f) O art. 241-E do ECA define, legalmente, “cena de sexo explícito ou pornográfica” como sendo “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

g) Segundo interpretação dada pelo STJ ao art. 241-E do ECA, não é a nudez da criança ou adolescente retratado que define a natureza pornográfica da cena, mas sim a finalidade sexual buscada pela cena (por exemplo: posições que evidenciam o fim lascivo da imagem) (Rese 1.543.267/SC).

h) Obras literárias, desenhos e outras representações gráficas não-realistas (isto é, que não envolvam nenhuma criança ou adolescente real) relacionadas à pornografia infantil, por mais ofensivas que sejam, NÃO constituem ilícito penal em nosso ordenamento jurídico.

i) A nudez de uma pessoa adulta, desde que não envolva a prática de nenhum ato público voltado à satisfação da lascívia própria ou alheia (finalidade sexual do ato), NÃO constitui crime no direito brasileiro.

4.4. QUANTO À PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA CONTEÚDOS INAPROPRIADOS PARA SUA FAIXA ETÁRIA:

a) Segundo critério adotado pelo próprio Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação – DJCTQ, a NUDEZ NÃO-ERÓTICA (exposta sem apelo sexual, tal como em contexto científico, artístico ou cultural) NÃO torna o conteúdo impróprio para crianças, mesmo as menores de 10 anos.

b) Como princípio geral, toda criança ou adolescente terá acesso a diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária (art. 220, § 3º, inciso I, da CR, c.c. os arts. 71 e 75 do ECA).

39 Cf. item 3.2., *infra*.

c) A atual regulamentação infraconstitucional e infralegal da matéria não obriga todo e qualquer espetáculo ou diversão a requerer prévia classificação etária ao órgão competente do Ministério da Justiça. Apenas as obras audiovisuais destinadas à televisão e aos mercados de cinema e vídeo doméstico, os jogos eletrônicos, aplicativos e os chamados *Role-Playing Games* devem ser previamente submetidos à análise do Poder Público Federal (art. 3º da Portaria 368/2014).

d) Todos os demais espetáculos e diversões públicas (espetáculos circenses, teatrais e shows musicais, competições esportivas, exposições de arte) além de conteúdos divulgados em sites de Internet e obras literárias dispensam qualquer tipo de classificação etária prévia por parte do Poder Público (art. 4º da Portaria 368/2014).

e) Os responsáveis pelo espetáculo ou diversão têm como obrigação geral INFORMAR ao público, prévia e adequadamente (em local visível e de fácil acesso) sobre a natureza do evento e as faixas etárias a que não se recomende, de forma a permitir a escolha livre e consciente da programação, por parte de pais e responsáveis por crianças ou adolescentes (art. 220, § 3º, inciso I, da CR, c.c. os arts. 74, 76 e 78 do ECA).

f) Os responsáveis pela diversão ou espetáculo devem também impedir o acesso e permanência de crianças menores de dez anos nos locais de apresentação ou exibição desacompanhadas dos pais ou responsável (art. 75, parágrafo único, do ECA).

g) A classificação etária, seja a efetuada pelo Poder Público, seja aquela feita pelo próprio responsável pelo espetáculo ou diversão, é meramente INDICATIVA, isto é, possui “natureza pedagógica e informativa capaz de garantir à pessoa e à família conhecimento prévio para escolher diversões e espetáculos públicos adequados à formação de seus filhos, tutelados ou curatelados” (art. 7º da Portaria 368/2014).

h) Por ser “indicativa”, a classificação etária efetuada pelo Poder Público não possui força vinculante; assim, não cabe ao Estado (nem aos promotores do espetáculo ou diversão) impedir o acesso de crianças ou adolescentes a eventos tidos como “inadequados” à sua faixa etária, especialmente quando estejam elas acompanhadas por seus pais ou responsáveis (Constituição, art. 21, XVI, c.c. o art. 220, § 3º, inciso I e art. 74 do ECA);

i) Compete exclusivamente aos pais ou responsáveis decidir sobre o acesso de menores de 18 anos a programas televisivos e diversões e espetáculos em geral (Constituição, art. 220, § 3º, inciso I, e STF, ADI 2.404/DF).

Brasília, 31 de outubro de 2017.

DEBORAH DUPRAT
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão/PFDC

SERGIO GARDENGHI SUIAMA
Procurador da República – PR/RJ
Coordenador do GT/DSR/PFDC



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **PR-RJ-00084027/2017 NOTA TÉCNICA nº 11-2017**

Signatário(a): **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Data e Hora: **06/11/2017 14:29:28**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **SERGIO GARDENGHI SUIAMA**

Data e Hora: **06/11/2017 14:32:13**

Assinado com login e senha

Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 8D80B18F.32A8FC03.4EA5A3A9.F4BDAAF8