



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

PIC nº 1.34.001.009478/2017-16

(Promoção de arquivamento)

Trata-se de procedimento investigatório criminal instaurado a partir de inúmeras notícias crime acerca de veiculação de imagens, através da internet, de uma criança em contato com um artista nu em exposição do Museu de Arte Moderna de São Paulo.

Em 26 de setembro de 2017, durante performance artística denominada La Bête, uma criança menor de idade tocou nas pernas e mão do artista que se encontrava deitado no chão, imóvel e nu. O artista não tocou a menor, que conforme notícia amplamente divulgada na mídia, estava acompanhada da sua genitora.

Foi determinada instauração de procedimento investigatório criminal para apurar a possível ocorrência de conduta tipificada no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 241-A e artigo 241-D

Como medidas investigatórias foram determinadas :

1- a juntada de gravação em mídia magnética do vídeo em questão pelo núcleo técnico desta Procuradoria da República;

2 – despacho determinando juntada e apensamento de denúncias de conteúdo similar aos autos, todas se reportando ao vídeo já juntado aos autos;

3 – juntada de documentação referente tanto a atuação no âmbito estadual quanto na tutela coletiva, encaminhadas a essa subscritora;

4 – juntada de nota técnica nº 11/2017/PFDC/MPF acerca da liberdade de expressão artística em face da proteção da criança e do adolescente;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Inicialmente cumpre delimitar o âmbito de atuação do Ministério Público Federal na área criminal para análise do referido fato.

Com efeito, o evento em si já é objeto de inúmeras ações e procedimentos no âmbito do Ministério Público Estadual de São Paulo no que tange a preservação dos direitos da criança diretamente envolvida. O Promotor da Infância e Juventude já propôs ações em desfavor de serviços de pesquisas na internet (Google e Facebook) para adoção de medidas que preservem a privacidade e identidade da criança menor envolvida, além de atuar, no exercício de suas atribuições regulares, diretamente nas questões atinentes a responsabilidade da mãe e do artista envolvidos no fato, através da instauração do IC 207/2017.

Já a área da tutela coletiva da Procuradoria da República em São Paulo autuou também notícia de fato para verificar possíveis irregularidades atinentes ao local do evento, qual seja, o Museu de Arte Moderna de São Paulo – No 'tícia de fato 1.11.000.001318/2017-25.

Neste passo, cumpre estabelecer como objeto do presente procedimento investigatório criminal a divulgação das imagens da menor interagindo com o artista nu, em vídeo que “viralizou” na internet, conduta esta passível de tipificação do artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, a de divulgação de vídeo contendo cena pornográfica envolvendo menor de idade.

Isto porque, conforme explicitado acima, tanto a conduta do artista quanto da mãe da menor estão abrangidas pela atribuição do Ministério Público Estadual e eventual responsabilidade do Museu é objeto de atuação dos Ministérios Públicos Estadual e Federal na área da tutela coletiva.

Seguindo, o delito de divulgação das imagens de menor em situação pornográfica se insere na competência da Justiça Federal em razão de sua transnacionalidade

O artigo 241-A, da Lei no 8.069/90, tipifica o crime de pornografia infantojuvenil, mediante a utilização da *Internet*, nos seguintes termos:

“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: (Incluído pela Lei no 11.829, de 2008)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei no 11.829, de 2008)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei no 11.829, de 2008)

I - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo; (Incluído pela Lei no 11.829, de 2008)

II - assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei no 11.829, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei no 11.829, de 2008)”

Consoante “Roteiro de Atuação Sobre Crimes Cibernéticos”, publicado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF¹, é forçoso reconhecer que, nas modalidades publicar ou divulgar fotografias, vídeos ou outros registros por meio da *internet*, com utilização de *sites*, *blogs*, programas de compartilhamento *peer to peer (P2P)* ou comunidades de relacionamentos, tais como *orkut* ou *facebook* a competência será da Justiça Federal porque, a teor do citado inciso V do art. 109 da CF, satisfeitos estão os requisitos estabelecidos no dispositivo, uma vez que o crime é previsto em tratado ou convenção internacional e ocorre a internacionalidade do fato.

Nesse norte, o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, com a ratificação em 24 de setembro de 1990, e entrada em vigor no País em 23 de outubro de 1990, consoante Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Ademais, a divulgação ou publicação de fotos, vídeos ou outros registros em *sites*, *blogs*, programas de compartilhamento ou redes sociais são acessíveis a partir de qualquer lugar do mundo, desde que se esteja conectado à rede mundial de computadores.

Portanto, ante a prática do fato por meio de *sites*, comunidades abertas de relacionamento na *Internet* ou através de programas de compartilhamento, satisfeito estaria o caráter de internacionalidade.

1 Fonte: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/crimes_ciberneticos_web.pdf. Acesso realizado em 5 de julho de 2017, às 9h40min.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Saliento que o STF já dirimiu essa questão, em acórdão com repercussão geral, de relatoria do Ministro Edson Fachin, cuja ementa dirime, de forma cristalina, os requisitos para reconhecimento da competência da Justiça Federal, dentre eles que o crime imputado ao acusado tenha potencialidade de produzir efeitos no exterior.

Segue a ementa, aqui transcrita :

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-A DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). COMPETÊNCIA. DIVULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. DELITO COMETIDO POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). INTERNACIONALIDADE. ARTIGO 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. À luz do preconizado no art. 109, V, da CF, a competência para processamento e julgamento de crime será da Justiça Federal quando preenchidos 03 (três) requisitos essenciais e cumulativos, quais sejam, que: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente. 2. O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo- pornográfico, conforme art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estado Brasileiro ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil. 4. Para fins de preenchimento do terceiro requisito, é necessário que, do exame entre a conduta praticada e o resultado produzido, ou que deveria ser produzido, se extraia o atributo de internacionalidade dessa relação. 5. Quando a publicação de material contendo pornografia infanto-juvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas, inclusive assumindo o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material. A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional. 6. Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu. 7. A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil. 8. Não se constata o caráter de internacionalidade, ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica havida entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de e-mails ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil. Evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado. 9. Tese fixada: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores”. 10. Recurso extraordinário desprovido”.

Delimitado o objeto do presente procedimento investigatório, passo a analisar a ocorrência de fato típico na divulgação do vídeo da menor interagindo com o artista nu.

Analisando o vídeo divulgado na internet, conjuntamente as informações coletadas acerca do contexto em que o fato ocorreu, verifico não estarem configurados os elementos do fato típico aqui tratado.

Com efeito para caracterização do artigo 241-A é preciso que a fotografia, vídeo ou qualquer outro registro contivesse cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, conforme a definição legal



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

constante do artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 241-E delimita como cena de sexo explícito ou pornográfica aquelas em que a criança ou adolescente estejam em situações sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Tal dispositivo normativo, conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, deve ser interpretado de forma extensiva, compreendendo ainda as situações em que o menor ou adolescente está retratado de forma sexualizada, ainda que não despido, em contexto que denote a intenção libidinoso.

A interpretação extensiva tem por parâmetro delimitador a finalidade sexual daquele que retrata ou divulga a imagem do menor. Ou seja, o ato deve ter como elemento subjetivo a intenção de atender ou instigar desejo sexual na exposição do menor ou do adolescente.

É este parâmetro que permite afastar a tipificação de fotos familiares e manifestações artísticas, como a retratada no caso em tela.

Com efeito, a filmagem efetuada durante a exposição retrata o momento em que uma criança menor de doze anos, acompanhada da mãe, durante abertura de uma exposição de artes no interior do museu, interage com um artista adulto do sexo masculino nu, deitado no chão.

Durante a interação, a criança toca os tornozelos e pernas do artista, durante performance artística denominada La Bête, inspirada na obra de autoria da consagrada artista Ligia Clark.

Oportuna a transcrição de trecho da nota informativa elaborada pelo Museu de Arte Moderna, amplamente veiculada na mídia, acerca do contexto em que se deram os fatos :

“O MAM esclarece mais uma vez que a performance ‘La Bête’, realizada na abertura da Mostra Panorama da Arte Brasileira, se deu com a sala sinalizada, incluindo a informação de nudez artística, seguindo o procedimento regularmente adotado pela instituição de informar os visitantes quanto a temas sensíveis.

O trabalho apresentado na ocasião não tem conteúdo erótico e se limitou a uma leitura interpretativa



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

da obra Bicho, de Lygia Clark, historicamente reconhecida pelas suas proposições artísticas interativas.

O museu reitera ainda que a criança que aparece no vídeo veiculado por terceiros era visitante e estava acompanhada e supervisionada por sua mãe e que as referências à inadequação da situação são resultado de desinformação, deturpação do contexto e do significado da obra”.

Neste passo, verifica-se que o vídeo amplamente veiculado não se insere no elemento objetivo dos tipos penais em apreço por não conter imagens de pornografia infantil, seja conforme definição do artigo 241-E, seja pela extensão conferida pela jurisprudência acerca da conotação sexual das imagens.

Com efeito a mera nudez do adulto não configura pornografia eis que não detinha qualquer contexto erótico. A intenção do artista era reproduzir instalação artística com o uso de seu corpo, e o toque da criança não configurou qualquer tentativa de interação para fins libidinosos.

Trata-se de um homem nu deitado no chão no mesmo ambiente de diversos espectadores, além de uma criança acompanhada da mãe tocando o artista sem qualquer intenção sexual ou libido. A interação era parte da obra.

Não há nudez da criança. Não há pose sensual ou instigativa . Não há retratação de cenas de sexo. Não há nas imagens divulgadas qualquer ato semelhante a pornografia ou sexo explícito.

Por outro lado, a divulgação das imagens tampouco visava atender a lascividade própria ou alheia eis que visavam ou contestar ou defender a performance artística retratada.

Neste passo não se encontram presentes os elementos caracterizadores do injusto penal, seja pelo elemento objetivo – cena de sexo explícito ou pornográfica – seja pelo subjetivo – conotação sexual, intenção de satisfazer lascívia própria ou alheia.

Diante do exposto, requer o **Ministério Público Federal o arquivamento dos presentes autos**, por atipicidade da conduta nele versada, observadas as cautelas de estilo, com remessa dos autos para homologação da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Uma vez homologado o arquivamento, pela ampla divulgação da presente manifestação em site da PR/SP visando cientificação dos noticiantes, registrando desde já a inviabilidade de comunicação individual em razão de elevadíssimo número de notícias-crime sobre o tema juntados ao presente procedimento investigatório.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017

Ana Leticia Absy
Procuradora da República