

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – RELATOR DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.404.**

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E
TELEVISÃO – ABERT**, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a categoria econômica dos radiodifusores de sons e de sons e imagens, fundada em 27 de novembro de 1962, inscrita no CNPJ sob nº 34.055.368/0001-79, com sede em Brasília, Distrito Federal, na SAF/SUL, Quadra 02, Lote 04, Bloco D, Sl. 101, Ed. Via Esplanada, CEP 70.070-600 (Estatuto Social – docs. nº 3 a 5), vem, por meio de seus advogados abaixo assinados (docs. nº 1 e 2), com fundamento no art. 7º, §2º, da Lei Federal nº 9.868/1999, requerer a sua admissão, na qualidade de *AMICUS CURIAE*, nos autos da Ação direta de inconstitucionalidade nº 2404, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, pelas razões e para os fins adiante expostos.

**I – DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS E
DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS**

1. A presente ação direta tem por objetivo a deflagração de processo objetivo de controle abstrato da constitucionalidade da expressão “*em horário diverso do autorizado*”,

constante do art. 254 da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Confira-se, desde logo, a dicção literal do dispositivo legal parcialmente impugnado:

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

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.” (grifou-se).

2. O trecho impugnado, como se vê, confere caráter **impositivo-sancionatório** à classificação indicativa de espetáculos públicos e programas de rádio e televisão, exercida pelo Poder Público, nos termos do art. 21, XVI e art. 220, §3º, inciso I, da Constituição da República.

3. Conforme restará plenamente demonstrado, a pretensão legislativa de atribuir caráter impositivo à classificação indicativa – secundada pelo Ministério da Justiça por meio da edição de sucessivas portarias de cunho impositivo – não se coaduna com a **sistemática constitucional das liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação**, além de subverter, em sua letra e espírito finalístico, as normas do art. 21, XVI e art. 220, §3º, incisos I e II, definidoras do mecanismo da classificação indicativa.

3. Com efeito, as **liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação**, asseguradas no art. 5º, IV e IX, da Lei Fundamental de 1988, não se submetem a qualquer espécie de “**censura ou licença**”. Assim, ao pretender submeter a programação de emissoras de rádio de televisão à **autorização** do Poder Público, cominando severas sanções administrativas pelo seu descumprimento, o trecho impugnado do art. 254 do ECA investiu contra as aludidas garantias constitucionais.

4. De outro lado, em relação especificamente aos **meios de comunicação social**, a Constituição de 1988 foi ainda mais enfática – quiçá até propositalmente pleonástica – ao dispor, em seu art. 220, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º:

“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.

§ 1º **Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social**, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 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**;

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.” (grifou-se).

5. Por fim, cabe aludir ao art. 21, inciso XVI, da Lei Maior, que estabelece competência administrativa para a União “***exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão***”.

6. Assim, ao criar um mecanismo **impositivo-sancionatório** para a classificação exercida pelo Ministério da Justiça, o trecho impugnado do art. 254 do ECA vai de encontro às normas constitucionais que: (i) asseguram a liberdade de manifestação e comunicação, **independentemente de censura ou licença**; (ii) atribuem **caráter indicativo** à classificação de diversões públicas e programas de rádio e televisão; e (iii) **limitam a competência** – legislativa e administrativa – do Poder Público a **informar** a natureza dos espetáculos públicos e programas radiofônicos e televisivos, as faixas etárias a que **não se recomendem**.

7. Como será demonstrado ao longo da presente manifestação, a declaração da inconstitucionalidade da expressão “*em horário diverso do autorizado*”, constante do art. 254 do ECA, acarretará, *a fortiori*, a declaração consequential ou por arrastamento: (i) da inconstitucionalidade da parte final do parágrafo único do mesmo art. 254 (“*a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias*”),

bem como (ii) da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 76 também do ECA, para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico qualquer interpretação que autorize o Ministério da Justiça ou qualquer outro órgão integrante da Administração Pública a fixar horários obrigatórios de programação para as emissoras de rádio e televisão.

8. É o que se passa a demonstrar.

II – DA MANIFESTA LEGITIMIDADE DA ABERT PARA INTERVIR COMO *AMICUS CURIAE* NA PRESENTE AÇÃO DIRETA

9. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT é uma típica **entidade de classe de âmbito nacional**, na dicção do art. 103, IX, da Carta da República e do art. 2º, IX, da Lei Federal nº 9.868/1999. De fato, a ABERT congrega a **categoria econômica** das **empresas de radiodifusão**, abrangendo as emissoras de rádio (radiodifusão de sons) e as emissoras de televisão (radiodifusão de sons e imagens). A própria Constituição de 1988, em diversos dispositivos, refere-se às empresas prestadoras dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens como constitutivas de uma **categoria econômica autônoma**, como o fazem, v.g., os seus arts. 21, XII, “a”, 221, 222 e 223.

10. Não há dúvida, ademais, de que o quadro social da ABERT alberga uma categoria econômica **homogênea**, limitando-se às empresas de radiodifusão (emissoras de rádio e televisão, associadas fundadoras e associadas efetivas) do País e a associações e agremiações de radiodifusores, de âmbito estadual e regional (associadas institucionais). Quanto a este último ponto, vale registrar que a antiga jurisprudência do STF, que rejeitava a legitimidade ativa das “associações de associações” para o manejo das ações de controle concentrado, restou **superada** quando do julgamento da ADIN nº 3.153 (rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence).¹

¹ “Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: ‘entidade de classe de âmbito nacional’: compreensão da ‘associação de associações’ de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CRFB, art. 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais

11. Quanto ao **âmbito nacional**, a ABERT possui um total de 1.822 associadas, distribuídas e presentes em todos os 26 Estados da Federação e no Distrito Federal. Tal presença maciça ultrapassa, em muito, a exigência de associados ao menos em nove Estados, conforme entendimento estabelecido na ADIN nº 79 (rel. Min. Celso de Mello).

12. Por fim, a ABERT exhibe manifesta **pertinência temática** com o objeto da presente ADIN, porquanto congrega as emissoras de rádio e televisão, categoria econômica diretamente afetada pelas restrições e sanções previstas no art. 254 do ECA. Ademais, a ABERT tem como missão institucional, nos termos do art. 2º, I, de seus Estatutos, “*defender a liberdade de expressão, em todas as suas formas, bem como defender os interesses das emissoras de radiodifusão, suas prerrogativas como executoras de serviços de interesse público, assim como seus direitos e garantias*” (cf. doc. nº 3).

13. Portanto, seja pelo prisma da sua representatividade, seja em função da relevância do assunto em discussão, resta cabalmente demonstrada a legitimidade da intervenção da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, na qualidade de *amicus curiae*, na presente ação direta de inconstitucionalidade.

MÉRITO

III – SENTIDO E ALCANCE DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. LIBERDADE DE PROGRAMAÇÃO E VEDAÇÃO DE CENSURA.

14. O ponto nodal da discussão travada na presente ação direta de inconstitucionalidade reside, como já visto, na definição da correta exegese dos arts. 21, XVI,

correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.” (ADIN nº 3.153, rel. para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence).

e 220, §3º, I e II, da Carta da República, quanto ao sentido e alcance da classificação indicativa.

15. O entendimento sustentado pelo PTB é o de que a classificação só pode ser meramente **indicativa**, razão pelo qual a expressão “*em horário diverso do autorizado*”, constante do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é manifestamente inconstitucional. De outro lado, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República sustentam que a classificação é *indicativa* para os pais, mas *vinculante* para as concessionárias dos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens. Com esse fundamento, defendem a constitucionalidade do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe sanções administrativas severas (multa de vinte a cem salários de referência e a suspensão da programação da emissora por até dois dias) para as emissoras de rádio e televisão que transmitirem “espetáculos” em horário diverso do *autorizado*.

16. Com a devida vênia, a tese defendida pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República parte de premissas exegéticas equivocadas e não resiste ao contraste com a sistemática protetiva da liberdade de expressão delineada na Constituição de 1988, à luz dos elementos básicos de hermenêutica jurídica geral e da hermenêutica constitucional em particular. Com efeito, a tese que sustenta a constitucionalidade da integralidade do art. 254 do ECA é incompatível com (i) a dicção literal, (ii) a compreensão histórica, (iii) a leitura sistemática e com (iv) o sentido teleológico da Lei Fundamental de 1988, cuja robusta proteção à liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro.

III.1 – O elemento léxico ou gramatical. O trecho impugnado do art. 254 do ECA é incompatível com a letra expressa da Constituição de 1988.

17. Salta aos olhos, logo de plano, a manifesta contrariedade entre o trecho impugnado do art. 254 do ECA e os arts. 21, XVI, e 220, §3º, I e II, da Carta da República. A tese de que a classificação etária e horária de espetáculos e diversões públicas seria indicativa para os pais e vinculante para as emissoras de rádio e televisão não se coaduna com a *interpretação literal* dos arts. 21, XVI, e 220, §3º, I, da Constituição.

18. Como se sabe, o método **léxico ou gramatical** consiste na definição do significado dos termos usados pelo legislador, por meio da análise e comparação dos contextos linguísticos nos quais são empregados. Trata-se do *ponto de partida* da atividade hermenêutica. Toda norma jurídica “*tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto*”.² É dizer: o sentido literal ou gramatical é “*o conteúdo possível da lei*”,³ constituindo-se no limite para a atividade criativa do intérprete.

19. No caso vertente, a dicção do art. 21, XVI, da CRFB, não deixa dúvidas de que a categorização realizada pela União, das diversões públicas e programas de rádio e televisão, não pode ser vinculante. Realmente, atribui-se à União a competência administrativa de “*exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão*”.

20. Ora, “indicar”, segundo o dicionário Michaelis *on line*, significa mostrar, sugerir, aconselhar. Veja-se:

“indicar

in.di.car

(*lat indicare*) *vtd* **1** Mostrar com o dedo ou por meio de algum sinal; apontar: *O engenheiro indicava, à direita, o ponto onde se devia fazer a escavação.* **2** Designar, sugerir: ‘Indicara ao senador Afonso Celso o meu nome para o seu ministério’ (Rui Barbosa). **3** Dar a conhecer, manifestar, revelar: *Essa atitude indica um caráter reto.* **4** Significar: ‘...uma onomatopéia que indicava o ruído das contas’ (Jorge Amado). **5** Enunciar, mencionar: *Indiquei, de memória, os livros apócrifos.* **6** Ensinar: *Indicar regras de acentuação.* **7** Aconselhar, orientar: *Indica-me, ó, Deus, o que devo fazer.* **8** Prescrever, receitar: *O médico indicou um antibiótico.* **9** Determinar, precisar: *Indicar as origens de uma campanha.* **10** Esboçar ligeiramente: *Indicamos somente um esquema resumido.*”⁴

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 281.

³ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 138.

⁴ <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=indicar>; acesso em 29.04.2011.

21. A classificação foi idealizada, pois, como um instrumento para permitir que o Estado *sugira, recomende, aconselhe*; não para que tome para si, autoritariamente, a função, paternalista, de oráculo moral da sociedade brasileira. Conforme será desenvolvido adiante, cabe aos pais, de acordo com seus valores, o julgamento a respeito dos programas veiculados pelas referidas emissoras, diante das *sugestões* ou *indicações* do Ministério da Justiça.⁵

22. À mesma conclusão se chega a partir da literalidade do inciso I do §3º do art. 220 da CRFB. Conforme se infere do mencionado dispositivo, a lei federal só pode “*regular as diversões e espetáculos públicos*” com o propósito de “*informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada*” (grifou-se).

23. Note-se que o verbo nuclear de toda a oração é *informar*. Tal verbo corrobora, com nítida clareza, o sentido meramente *indicativo* da classificação, o que é ratificado pela alusão a faixas etárias às quais os programas não sejam *recomendados*. Em suma, a literalidade dos comandos constitucionais que constam dos artigos 21, XVI, e 220, §3º, I, revela evidente escolha do legislador constituinte por meios *informativos, indicativos*, verdadeiras *recomendações* aptas a esclarecer sobre os conteúdos veiculados nas diversões públicas e programas de rádio e televisão. Não se trata, portanto, de instrumento de caráter *impositivo-sancionatório* como decorre do trecho impugnado do art. 254 do ECA, assim como da interpretação do Ministério da Justiça.⁶ Quisesse o constituinte adotar tal postura autoritária, por certo teria se utilizado de terminologia inequívoca e específica.⁷

⁵ O Ministério da Justiça, a rigor, não pode sequer deter o monopólio da classificação. Voltar-se-á ao tema oportunamente.

⁶ Talvez porque outrora ciente deste caráter informativo-indicativo, o Presidente da República editou o Decreto nº 6.061/2007, que aprova a estrutura regimental do Ministério da Justiça, fixando como competência do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação *recomendar* as faixas etárias e os horários dos programas de rádio e televisão (art. 10 do Decreto 6.061/2007). Veja-se o teor literal do dispositivo: “*Art. 10. Ao Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação compete: (...) III - monitorar programas de televisão e recomendar as faixas etárias e os seus horários.*” (grifou-se).

⁷ A propósito, vale conferir a redação do art. 174 da Constituição Federal. No dispositivo, utiliza-se o vocábulo “*indicativo*” de forma nitidamente contrastante com o termo “*determinante*”, o que evidencia clara escolha semântica do constituinte. Ora, se “*indicativo*” é antônimo de “*determinante*” jamais poderá ser sinônimo de “*impositivo*” ou “*vinculante*”. Confira-se: “*Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*”

24. Além disso, vale destacar que a Constituição não estabeleceu nenhum tratamento diferenciado, para fins de classificação indicativa, entre emissoras de televisão e aqueles responsáveis pela tutela de crianças e adolescentes. Não há essa distinção nos arts. 21, XVI, e 220, §3º, I, da Constituição nem, tampouco, em seu art. 227, como parecem imaginar os defensores da constitucionalidade da integralidade do art. 254 do ECA. Na hipótese, a cláusula geral de tutela da criança e do adolescente do art. 227 da CRFB é, muito embora relevante, **por demais genérica** para que dela se extraia comando tão específico ao ponto de criar exceção aos arts. 21, XVI, e 220, §3º, I e II, da CRFB.

25. O regime é informativo para todos, sendo, desse modo, frontalmente contrária à Carta Magna a tese segundo a qual o regime indicativo vigoraria apenas para pais e responsáveis. É impossível, diante da dicção constitucional, extrair a conclusão de que o sistema de classificação etária com vinculação de horário seria cogente apenas para as emissoras de rádio e televisão. Onde o constituinte não teceu nenhuma diferenciação, não cabe ao intérprete ou ao legislador pretender fazê-lo.

26. Assim, a utilização do verbo *autorizar* pelo art. 254 do ECA revela-se ilegítima. O termo está longe de denotar a consolidação de um sistema indicativo-informativo. Ao contrário, sua semântica aponta para um sistema impositivo-sancionatório. O dicionário Michaelis *on line* registra as seguintes acepções para o termo *autorizar*, evidenciando que ele tem conotação (típica dos atos de censura) de permissão, aprovação, validação. Veja-se:

“autorizar

au.to.ri.zar

(autor+izar) vtd **1** Dar autoridade ou autorização para: Autorizou a compra do terreno. O orçamento autoriza ao governo o empréstimo de cem milhões de dólares. Vtd **2** Dar permissão a: Autorizou o empregado a usar a perua da firma.vtd e vpr **3** Abonar(-se), justificar(-se). Vtd **4** Aprovar, confirmar, corroborar, validar: Nada havia que autorizasse tais suspeitas. Vpr **5** Fundar-se em alguma autoridade: Esta regência se autoriza com (ou em) bons autores. Vpr **6**Adquirir autoridade, granjear apreço, consideração ou respeito. Antôn (acepções 1 e 2): proibir.”

27. A corroborar essa ideia, recorde-se que “*autorização*”, em Direito Administrativo, é ato de consentimento unilateral, precário e sujeito a um juízo discricionário

de conveniência e oportunidade do administrador.⁸ Por evidente, tal juízo discricionário é de todo incompatível com o rigoroso esquema de tutela constitucional da liberdade de expressão, caracterizado pelo banimento expresso de qualquer espécie de censura ou licença. Não pode haver, de forma alguma, discricionariedade na regulação de conteúdos pelos veículos de comunicação. Os expressos termos dos arts. 5º, IV e IX, e 220, §§ 1º e 2º, da CRFB, não deixam dúvida quanto à existência de um regime em que as manifestações do pensamento e do espírito humano gozam de um *status* de proteção especial.⁹ Por isso, é inconstitucional interpretação que aponte para a existência de uma condição, ou de um pedido de *licença* ou *autorização*, para o exercício do direito de veicular programas de rádio ou televisão. Nunca é demais lembrar o disposto no art. 5º, IX, da Lei Fundamental, segundo o qual “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*” (grifou-se).

28. Muito embora a interpretação gramatical não seja o único elemento hermenêutico para o deslinde da controvérsia, trata-se de importante *baliza* para a compreensão do Texto Constitucional. No caso vertente, todavia, o sentido literal das normas constitucionais relevantes é *integralmente corroborado* pelas inspirações da época de sua edição (interpretação histórica), pelo contexto normativo em que os termos foram empregados (interpretação sistemática) e pela finalidade a eles subjacente (interpretação teleológica).

29. Confirmam-se, a seguir, as contribuições dos métodos histórico, sistemático e teleológico para o correto equacionamento da questão jurídica objeto da presente ação direta.

⁸ Cf. MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 422 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 226.

⁹ Cf., a propósito, RE nº 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.06.2009, DJe de 12.11.2009. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a não recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969, que exigia, para o exercício da profissão de jornalista, diploma de curso superior de jornalismo, bem como prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Cf., também, ADI-MC nº 4451, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 02.09.2010, acórdão pendente de publicação. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, suspendeu as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504/1997, que vedam o uso de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação*”, proibindo, ainda, a produção ou veiculação de programa com esse efeito.

III.2 – O elemento histórico. Os perigos de uma interpretação “retrospectiva”: a superação do modelo impositivo-sacionador pelo paradigma indicativo-informativo da liberdade de expressão e de pensamento.

30. A Constituição de 1988 foi o marco da virada institucional no País. A “Carta Cidadã”, na feliz designação de Ulysses Guimarães, representou a ruptura com um regime político-social autoritário e coroou a transição do Brasil para um Estado Democrático de Direito. A disciplina do direito à liberdade de expressão é exemplo eloquente dessa mudança de paradigma.

31. Com efeito, sob a égide da Carta de 1967/69, a liberdade de expressão era disciplinada sob um modelo **impositivo-sancionador**: a censura tinha respaldo constitucional;¹⁰ publicações e exteriorizações “contrárias à moral e aos bons costumes” não contavam com a “tolerância” do regime; autorizava-se a criação legal de penalidades pelo exercício “abusivo” da livre manifestação do pensamento.¹¹ A lógica do modelo era clara: regulava-se o conteúdo e punia-se quem desrespeitasse as imposições do regime. A regulamentação legal da matéria seguia o mesmo tom autoritário, destacando-se a denominada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), que ampliava as draconianas restrições à liberdade de expressão do pensamento.¹² A vivência sob o regime ditatorial foi marcada pela censura e vigilância constantes do Poder Público em todos os campos da criação intelectual e artística, passando pelo cinema, artes, música, literatura e televisão.¹³

¹⁰ Art. 8º, VIII, d, da Constituição de 1967/69: “Art. 8º Compete à União: (...) VIII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de: (...) **d) prover a censura de diversões públicas**” (grifou-se).

¹¹ “Art. 153, §8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, **salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.** É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. **Não serão, porém, toleradas a propagação de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes**”. (grifou-se).

¹² Cite-se, a título ilustrativo, o teor do art. 1º, §2º, da Lei federal nº 5.250/67: “O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida”.

¹³ Alguns exemplos são reveladores daquela conjuntura repressiva. Na música, a canção “Caminhando (pra não dizer que não falei das flores)”, que acabou tornando-se verdadeiro hino contra a censura, foi proibida de ser cantada e tocada nas rádios até o final de década de 70. (DUARTE, Milton Joeri Fernandes. Representações dos movimentos político-culturais da década de 60 nos jovens de ensino médio. mimeografado, USP, 2005.). No cinema, a censura encarregou-se de proibir a veiculação de clássicos brasileiros. “Terra em transe”, de Glauber Rocha, teve sua reprodução proibida em todo o território nacional sob argumento de que o filme continha

32. Rompendo radicalmente com o autoritarismo de outrora, a Constituição de 1988 engendrou um robusto sistema de proteção da liberdade de expressão, ineficaz a qualquer controle estatal prévio ou fiscalização permanente pelos órgãos oficiais para fins de repressão. Tal sistema consolidou-se pela elaboração gradativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em reiteradas decisões,¹⁴ a Corte tem reafirmado sua proteção vigorosa, destacando-se, em especial, a declaração de não recepção da Lei de Imprensa, que extirpou da ordem jurídica brasileira o absurdo regime impositivo-sancionatório especial a que estavam sujeitos os meios de comunicação.¹⁵

33. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 consagrou uma autêntica mudança de paradigma na disciplina da liberdade de expressão: de um modelo **impositivo-sancionador**, nitidamente autoritário, para um modelo **indicativo-informativo**, claramente pluralista e democrático. De fato, a Carta Magna optou pela superação do regime fundado no controle estatal, que limitava tanto a própria manifestação do pensamento, como o acesso, pelos seus destinatários, aos diferentes conteúdos dela resultantes. Criou-se, assim, um sistema ancorado, de um lado, na ampla liberdade de exteriorização de ideias e, de outro, na autonomia moral de cada cidadão e do respectivo núcleo familiar para julgarem, por si, os diferentes conteúdos.

mensagens contrárias aos interesses do País. (Cf. PINTO, Leonor E. Souza. O cinema brasileiro face à censura imposta pelo regime militar no Brasil – 1964/1988. Disponível em: < <http://www.memoriacinebr.com.br/> >. Acesso em 27 de abril de 2011.). Macunaíma, obra de Mario de Andrade, foi adaptado para o cinema num período em que vigorava no Brasil o AI-5. Sua exibição foi proibida na TV e liberada no cinema com o corte integral de algumas cenas. (PINTO, Leonor Souza. Macunaíma: dezesseis anos de luta contra a censura. Disponível em <<http://www.memoriacinebr.com.br/>>. Acesso em 27 de abril de 2011.). Sem contar as denúncias relativas à censura do clássico “Memórias do Cárcere”, de Graciliano Ramos. (Cf. MARTINS, Wilson. Minhas relações com José Olympio. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/>. Acesso em 27 de abril de 2011).

¹⁴ Cf. RE nº 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.06.2009, DJe de 12.11.2009. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, declarando a não recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969, que exigia, para o exercício da profissão de jornalista, diploma de curso superior de jornalismo, bem como prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Cf., também, ADI-MC nº 4451, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 02.09.2010, acórdão pendente de publicação. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, suspendeu as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504/1997, que vedam o uso de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação*”, proibindo, ainda, a produção ou veiculação de programa com esse efeito. V., em doutrina, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel & SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenadores). “Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391-448.

¹⁵ ADPF nº 130, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30.04.2009, DJe de 05.11.2009. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou integralmente procedente a ação, para declarar a não recepção da Lei federal nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa), que regulava “a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”.

34. Diante desse quadro, não se pode admitir que a efetividade da Carta de 1988 seja tolhida pela perpetuação e reprodução de lógica francamente contrária à transformação institucional operada no País. De fato, é preciso combater qualquer espécie de interpretação “retrospectiva”,¹⁶ que insista em fazer o presente prisioneiro do passado, cerrando os olhos às flagrantes mudanças pretendidas e levadas a efeito pela Constituição de 1988. Daí por que interpretar os arts. 21, XVI, e 220, §3º, I e II, da CRFB, como autorizadores de um modelo de classificação impositiva, que permita o amplo e irrestrito controle estatal sobre a programação de radiodifusão, é frustrar a efetividade e a história da Constituição em vigor.

35. Assim é que, também pelo elemento histórico de interpretação, a expressão “em horário diverso do autorizado” deve ser extirpada do art. 254 do ECA, pois pretende restabelecer um modelo impositivo-sancionador, atribuindo caráter vinculante aos horários indicados para o público infanto-juvenil. Da mesma forma, deve ser afastada toda e qualquer interpretação do art. 76 do ECA que esteja em flagrante descompasso com o modelo indicativo-informativo consagrado na Lei Fundamental de 1988.

III.3 – Os elementos sistemático e teleológico de interpretação. O sistema constitucional estabelece finalidades incompatíveis com os efeitos decorrentes do art. 254 do ECA. Os papéis da família e do Estado no controle do acesso da criança e do adolescente a espetáculos públicos e programas de rádio e televisão.

36. O constituinte originário criou um robusto sistema de proteção da liberdade de expressão. A Carta Maior protege e garante: a livre manifestação do pensamento em todos os seus desdobramentos, inclusive artísticos, científicos, religiosos e políticos (art. 5º, IV, VI e IX); o direito de resposta (art. 5º, V); a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI); o amplo acesso à informação, com as garantias que lhe são inerentes (art. 5º, XIV, XXXIII e LVII); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, como princípio reitor do ensino (art. 206, II); a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220); a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 220,

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição”, *Revista Forense*, Vol. 304. Rio de Janeiro: Forense, 1988. pp. 152 /155.

§1º); e veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2º).¹⁷

37. No contexto da comunicação social, esse robusto sistema confere às emissoras de televisão garantias para a plena satisfação e desenvolvimento da liberdade de expressão, no que se inclui uma ampla liberdade de programação.¹⁸

38. Esse sistema de proteção conferido à liberdade de expressão (em sentido amplo) no Brasil propõe-se, de sua vez, a tutelar e a promover o *pluralismo político* e a *cidadania participativa*. A plena liberdade de expressão é, assim, instrumento constitucional decisivo na formação da cidadania e no desenvolvimento democrático. Neste processo, inclui-se – e isto interessa diretamente à espécie – a possibilidade de que **cada família defina**, num ambiente plural, **seus próprios valores** (valores estes que nortearão a educação de seus filhos), e tenha **meios para se defender** de programas e espetáculos com eles incompatíveis.

39. Diante disso, pode-se dizer que a classificação indicativa responde a dois propósitos bem determinados, que definem a teleologia constitucional reitora do caso em exame. Sob o ângulo *positivo*, focado no destinatário da mensagem, pretende-se subsidiar, ampliar e diversificar o espectro de informações ao alcance da família para que esta decida quanto ao acesso de menores a diferentes conteúdos exibidos em espetáculos públicos e por meio da radiodifusão. Já pelo ângulo *negativo*, focado no emissor da mensagem, busca-se

¹⁷ Vale salientar, ademais, que não se trata de rol taxativo, já que, na forma parágrafo segundo do art. 5º da Constituição, “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, também fazem parte do sistema constitucional da liberdade de expressão diversos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário, dentre os quais merecem destaque: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19); (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.19); e (iii) a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13).

¹⁸ Conforme enfatizam J.J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado, “a liberdade de programação constitui uma das dimensões essenciais da liberdade de expressão em sentido amplo e de radiodifusão. Ela constitui um instrumento essencial para a construção e consolidação de uma esfera de discurso público robusta e desinibida em todos os domínios da vida social. A doutrina sublinha que a liberdade de programação integra o chamado conteúdo essencial da liberdade de radiodifusão. A mesma implica a possibilidade de conformação autônoma, pelo operador, de uma sequência planeada e ordenada de conteúdos publicísticos de natureza óptica e acústica, com vista à sua difusão dirigida ao público, entendido este como uma grandeza publicística integrando diferentes subpúblicos com interesses, valores, gostos e sensibilidades diferentes. (...) o princípio da liberdade de programação preclui a tentativa de imposição de restrições conceituais à mesma. Também aqui valendo o clássico aforismo, tão caro à doutrina e à jurisprudência constitucionais, segundo o qual ‘liberdade definida, é liberdade perdida’ (...)” CANOTILHO, J.J. Gomes & MACHADO, Jónatas. “Reality shows” e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 28-29.

evitar a imposição de um modelo regulatório que resulte em um *efeito silenciador* ou *condutor* da manifestação do pensamento e da criação intelectual e artística.

40. As dimensões *positiva* e *negativa* da classificação indicativa, apesar de distintas, são intrinsecamente complementares. Pela primeira revela-se o que se quer *promover* pela categorização dos conteúdos exibidos nos meios de radiodifusão. Pela segunda, identifica-se o que o modelo indicativo-informativo pretende *evitar*.

41. Nesse sentido, o objetivo da Carta de 1988 foi o de pôr fim a qualquer tipo de autoritarismo estatal, tanto de matiz *político-ideológico* como de viés *moral-filosófico*. Pretendeu-se, dessa forma, simultaneamente, (i) fortalecer a capacidade de discernimento e julgamento das famílias, sem substituí-las, prestigiando suas preferências e mundivisões, como corolário do pluralismo axiológico que caracteriza as sociedades pós-modernas, bem como (ii) resguardar a espontaneidade e o vigor do espaço público brasileiro, que restariam inviabilizados em qualquer contexto em que não assegurada ampla liberdade de criação artística e intelectual.

42. Não se está, com isso, a ignorar os direitos da criança e do adolescente, nem o papel também confiado ao Estado de sua proteção (CRFB, art. 227). O que se ressalta é que o legislador constituinte engendrou, no campo específico da radiodifusão e dos espetáculos públicos, um meticuloso sistema normativo de *acomodação otimizada* entre a plena liberdade de expressão e a ampla proteção da criança e do adolescente, através de um jogo de sucessivas ponderações proporcionais que se refletem em *regras* constitucionais expressas e categóricas.

43. De fato, a Constituição de 1988 reservou à família – e não ao Estado – o *papel central* de núcleo decisório sobre o conteúdo a que crianças e adolescentes terão acesso. É dever dos pais – e não do Estado – *criar e educar* os filhos menores (CRFB, art. 229). No campo específico da comunicação social, o constituinte reforçou a *posição prioritária da família* ao atribuir mais uma vez a ela – e não ao Estado – a responsabilidade pela “defesa”

contra programas ou programações de rádio e televisão que contrariem as diretrizes fixadas no art. 221 (CRFB, art. 220, §3º, II).¹⁹

44. Por outro lado, a Constituição de 1988 confiou ao Estado um papel *complementar* ao dos pais e responsáveis, mas jamais substitutivo destes. É função do Poder Público o *reforço do poder familiar*, o que se traduz em dois deveres principais: (i) prover informações à família para a formação de convencimento esclarecido quanto ao contato do menor com certos conteúdos (CRFB, 220, §3º, I), por meio, *v.g.*, da classificação indicativa (CRFB, art. 21, XVI); e (ii) garantir meios para que tal decisão informada dos pais ou responsáveis seja efetiva e concretamente implementada (CRFB, arts. 220, §3º, II), com os chamados dispositivos eletrônicos de bloqueios de canal.

45. Ocorre que o trecho impugnado constante do art. 254 do ECA pretende subverter os papéis da família e do Estado, no campo do acesso aos conteúdos a que expostos as crianças e os adolescentes. Isso porque a obrigatoriedade de veiculação de um programa no horário para o qual foi classificado permite que o Poder Público defina e imponha quais conteúdos estarão disponíveis nos horários determinados. Mais do que isso: permite o surgimento de um sistema de *censura*, seja pela imposição de horários *inacessíveis* à maioria do público para determinados programas, seja pela institucionalização de uma *barganha* de conteúdos para a exibição de programas consagrados em determinados horários.

46. Poder-se-ia questionar por que a Constituição de 1988, mesmo tendo estabelecido um dever conjunto de proteção e promoção da infância e da adolescência (CRFB, art. 227), reservaria ao Estado, no campo da comunicação social, um papel meramente informativo, sem franquear-lhe **poderes diretos** de regulação de conteúdo e imposição de horários à programação dos veículos de radiodifusão. A resposta requer, em primeiro lugar, que se compreenda como o art. 227 da Constituição da República informa a competência do Poder Público para definir a classificação indicativa da programação televisiva (CRFB, art. 21, XVI).

¹⁹ Veja-se que o sujeito do verbo defender contém dois núcleos: "a pessoa" e "a família". Ao Estado, mais especificamente a União, cabe apenas e tão somente providenciar, por lei, *meios* de defesa. *Se, como e quando* utilizá-los compete à família ou à própria pessoa, quando maior de idade, decidir.

47. Impõe-se, desde logo, reconhecer que o art. 227 da Constituição não traz, em si, norma restritiva da liberdade de expressão. Em verdade, trata-se de comando genérico que impõe deveres amplos de promoção e proteção da infância e da adolescência, sem, no entanto, derrogar a incidência de normas específicas espalhadas pela Carta de 1988. De fato, a **tutela constitucional da menoridade** projeta-se e concretiza-se por **regras próprias em cada campo da vida social**.²⁰

48. À presente ação direta interessa, em particular, o campo dos espetáculos públicos e da comunicação social, mais especificamente a programação de radiodifusão. Nesta seara, a tutela constitucional do menor opera-se pelas regras fixadas no art. 220, §3º, I e II, bem como no art. 221. Tais disposições não dão qualquer margem para a construção de um modelo de categorização horária vinculante do conteúdo de rádio e televisão. Pelo contrário: impõem um modelo de classificação puramente indicativo-informativo, sem espaço para restrições de horários.

49. Isso, obviamente, não desampara ou enfraquece, no campo da comunicação social via radiodifusão, a proteção da menoridade. Com efeito, a não instituição de um modelo impositivo-sancionador de classificação etária não significa relegar a criança e o adolescente a um segundo plano nem muito menos expô-la a formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão. Muito ao revés. A classificação puramente indicativo-informativa, sem vinculação de horários de programação, foi a exata fórmula encontrada pelo constituinte para acomodar *otimizadamente*, neste sensível campo da vida social, os interesses constitucionais pertinentes, bem como fixar um ponto arquimediano de equilíbrio entre família e Estado na responsabilidade pela formação de crianças e adolescentes.

²⁰ Confirmam-se alguns exemplos de regras específicas de concretização do comando do art. 227 da CRFB: na educação, o art. 208 assegura, dentre outros direitos, a educação básica (inciso I) e a progressiva universalização do ensino médio gratuitos (inciso II), bem como a educação infantil em creche ou pré-escola para crianças de até cinco anos de idade (inciso IV). Na assistência social, o art. 203 reforça a proteção da criança e do adolescente (inciso I), em especial daqueles em situação de carência (inciso II). Na proteção da integridade psicofísica do menor, a Constituição determina a sua inimputabilidade penal (art. 228), veda-lhe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre (art. 7º, XXXIII), além de impor a criminalização de certas condutas (art. 227, §4º).

50. Aos olhos do constituinte, diante do pluralismo que caracteriza a sociedade brasileira e constitui um dos fundamentos da República (CRFB, art. 1º, V), pareceu adequado conferir à família a primazia da definição daquilo que deva ou não chegar ao conhecimento dos filhos menores, cabendo ao Estado o papel de corrigir assimetrias de informação, tornando mais perfeito o processo de tomada de decisão pelos pais. Ao mesmo tempo, o modelo indicativo-informativo pretende garantir o espaço vital necessário ao pleno florescimento da liberdade de expressão e criação artístico-intelectual. Tais conclusões são extraídas diretamente da Constituição. Veja-se.

51. Desde o preâmbulo, a Constituição de 1988 revela seu propósito de constituir uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”. O art. 1º contempla, como um dos fundamentos da República, o *pluralismo político* (inciso V). O art. 3º, por seu turno, renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça e sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Mais adiante, já no campo da Ordem Social (Título VIII), a Carta Magna afirma que *a família é a base da sociedade* (CRFB, art. 226). Ora, se a sociedade brasileira deve ser livre e plural, não há como negar que a sua base, a família, também o seja.

52. Nesse cenário, não se revela possível que o Estado se arvore à condição de detentor de uma suposta verdade moral absoluta, que possa ser imposta indistintamente a todos os cidadãos e a todas as famílias. Tal postura, autoritária e liberticida, contraria inegavelmente o espírito pluralista da Carta de 1988. Qualquer compreensão do conceito de família no Texto Constitucional de 1988 não pode perder de mira a premissa pluralista e democrática que a informa.

53. Daí por que não cabe ao Estado impor à sociedade uma concepção padronizada e ortodoxa de família. Muito menos identificar uma pretensa *lista objetiva de valores* que lhe sejam inerentes. Em um regime político livre e plural, que se pretenda respeitoso para com as diferenças, é papel da família estabelecer os fins que pretenda perseguir, os valores e crenças que queira professar e os caminhos por que trilhar. Dentre essas opções existenciais, insere-se o conteúdo de informações e obras artísticas a que os filhos terão acesso.

54. Mas não só razões de pluralismo levam a essa conclusão. A família detém a primazia neste campo porque está em melhor posição que o Estado para decidir sobre a *adequação* entre o conteúdo veiculado na programação e o grau de maturidade do menor. De fato, a classificação etária formulada pelo Poder Público é baseada em juízos abstratos de compatibilidade de certos temas a padrões médios de desenvolvimento psicológico. É perfeitamente possível, porém, imaginar crianças e adolescentes que fujam a esse modelo geral. O Estado, contudo, não tem como avaliar, caso a caso, a maturidade de crianças e adolescentes. Daí a importância da família, que passa a ter o papel central de adaptar, se julgar conveniente, a recomendação genérica à sua realidade particular.

55. Nesse sentido, é preciso fixar a correta inteligência do art. 221, IV, da Constituição de 1988. O dispositivo determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão a diferentes diretrizes, entre as quais o “*respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*”. Uma leitura apressada poderia concluir que referidos valores seriam identificados e impostos às emissoras pelo Estado, a quem incumbiria monitorar os meios de comunicação e zelar pelo seu cumprimento. O entendimento, porém, não encontra amparo na Carta de 1988.

56. Conforme visto, a Constituição de 1988 consagrou uma noção aberta e plural de família (CRFB, art. 3º, I e IV c/c art. 226) e atribuiu-lhe a missão de zelar pela formação e desenvolvimento psíquico-social dos filhos menores (CRFB, art. 229). É, portanto, a cada família que compete definir, segundo suas preferências, o mosaico de valores éticos e sociais para fins do art. 221, IV, da CRFB. Não por outra razão o art. 220, §3º, II, da Lei Maior, atribui à família – e não ao Estado – a “defesa” contra programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221.²¹ Em suma, onde o art. 221, IV, CRFB, faz

²¹ Costuma-se afirmar que, durante parte do dia, pais e responsáveis não estão presentes quando os menores ficam expostos ao conteúdo da radiodifusão. Isso seria suficiente para que o Estado rompesse com a postura puramente informativa e pudesse, enfim, determinar os horários que considerasse adequados à programação da emissoras. O argumento, porém, não é suficiente para respaldar tamanha restrição à liberdade de expressão. Em primeiro lugar, frise-se que o poder familiar não sofre solução de continuidade pela ausência temporária dos pais ou responsáveis junto ao menor. A autoridade parental subsiste ainda que responsável e menor não estejam no mesmo ambiente. Em segundo lugar, não se pode presumir que, em uma sociedade plural e diversificada, a verdade moral do Estado se imponha sobre a familiar pela simples e episódica ausência dos pais junto aos filhos. É plenamente possível e inequivocamente legítima a opção familiar por um modelo de criação que, embora prefira não tomar a iniciativa para o enfrentamento de certos tópicos, também não pretenda blindar

referência “aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” é de se ler, de cada pessoa e de cada família.

57. Já da perspectiva dos meios de comunicação, a finalidade negativa que respalda um modelo de classificação indicativo-informativo é a de evitar um efeito silenciador do discurso, assegurando, assim, a espontaneidade e o vigor do espaço público brasileiro. Com efeito, uma classificação impositiva, com vinculação de horários em função do conteúdo dos programas, possuiria tormentoso efeito silenciador, porquanto *direcionaria* a manifestação do pensamento e *tolheria* a livre criação artística e intelectual.

58. De fato, para se adequar às exigências da classificação impositiva e poder veicular programas nos horários determinados pelo Estado, as emissoras de radiodifusão promovem verdadeiros cortes na sua programação.²² Esse quadro asfixiante da liberdade de criação intelectual se agrava em virtude das severas sanções previstas para o descumprimento dos horários “*autorizados*”, que podem culminar, como no caso do art. 254 do ECA, com a absurda suspensão de toda a programação da emissora por até dois dias. O resultado é um catastrófico cenário de pressão constante sobre as emissoras de radiodifusão, que se veem permanentemente monitoradas e premidas a “ajustar” seu conteúdo às concepções morais do Estado.²³

o menor da realidade social, aguardando estímulos externos para desencadear o debate em família. Por fim, a pontual ausência dos pais e responsáveis ao lado do menor não significa transferir ao Poder Público a missão assinalada pela Constituição à família (CRFB, art. 229).

²² Em reportagem veiculada pelo Jornal “O Globo”, em 07 de junho de 2007, sob o título “TVs se autocensuram para ter classificação livre”, são retratados diversos exemplos de cortes e adaptações que as próprias emissoras realizam sobre sua programação, evidenciando o grave efeito silenciador da disciplina atual. Confira-se: “*Seriados como ‘O Vidente’ e ‘Smallville’, exibidos pelo SBT, já tiveram trechos cortados para garantir a sua reclassificação para a categoria livre. O mesmo aconteceu com ‘Pocahontas – O Encontro de Dois Mundos’ e ‘A onda dos Sonhos’, da TV Globo; a novela ‘Paixões Proibidas’, da Band; e a série ‘Zorro – La Espada y La Rosa’, da Rede Record*” (doc. nº 6).

²³ Ilustram com clareza a pressão realizada sobre as emissoras de rádio e televisão diversos ofícios rotineiramente enviados às emissoras de televisão pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, do Ministério da Justiça. Não fosse, por si, problemática a permanente vigilância dos órgãos oficiais, referidos ofícios valem-se de termos excessivamente vagos e imprecisos para indicar supostas inadequações de programas a horários entendidos pelo Poder Público como obrigatórios, cuja não observância acarreta pesadas sanções. Veja-se, por exemplo, o teor do Ofício nº 077/2010/DEJUS – SNJ – MJ, encaminhado recentemente pelo Ministério da Justiça a uma das associadas da ABERT: “2. A atividade de monitoramento detectou conteúdos que apresentam agressão física, assassinato (atenuado) e cenas pontuais com conteúdos sexuais (nudéz velada e insinuação de sexo), tais condutas agravam a classificação atribuída de ‘Livre para todos os públicos’. 3. Assim sendo, informo que este Ministério poderá reabrir o procedimento administrativo, em conformidade com o disposto na Portaria MJ 1.220/2007, podendo ainda vir a reclassificar o programa, caso persistam as inadequações” (doc. nº 7).

59. Assim é que o art. 254 do ECA, ao pretender penalizar emissoras de rádio e televisão pelo descumprimento de supostos horários obrigatórios de programação, revela-se manifestamente contrário às finalidades do sistema constitucional que informa a racionalidade da classificação indicativo-informativa. Isso porque, sob o prisma *positivo*, o art. 254 do ECA (i) subverte o papel do Estado na disciplina do acesso de crianças e adolescentes aos conteúdos de espetáculos públicos e da radiodifusão em particular (CRFB, art. 220, §3º, I e II), alçando-o à pretensa posição de *curador moral* dos valores da família, em flagrante descompasso com o pluralismo reconhecido e valorizado pela Constituição de 1988 (art. 1º, V c/c art. 3º, I e III, c/c arts. 226 e 229); bem como, pelo ângulo *negativo*, (ii) constitui grave embaraço à livre difusão do pensamento e à ampla liberdade de criação artístico-intelectual, impondo verdadeiro *efeito silenciador* ou *dirigista* do discurso, em patente afronta ao art. 220, *caput*, e §§ 1º e 2º, da CRFB.

IV – DESPROPORCIONALIDADE DO DISPOSITIVO IMPUGNADO

60. Assentadas as finalidades *positiva* e *negativa* perseguidas pela Constituição de 1988 ao instituir um modelo de categorização do conteúdo da programação radiotelevisiva, é preciso analisar o trecho impugnado do art. 254 do ECA à luz do princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).²⁴

61. Conforme visto, a única finalidade *positiva* da classificação indicativa (CRFB, art. 21, XVI) que se legitima diante do cenário constitucional é a de informar os pais a respeito da natureza da programação (CRFB, art. 220, §3º, I), para que eles possam proteger

²⁴ A verificação da proporcionalidade dá-se, como bem se sabe, através de três testes ou exames: (i) o teste da *adequação* da medida para atingir a finalidade constitucional almejada; (ii) da *necessidade* ou exigibilidade da regulação, a qual pressupõe uma análise sobre a verificação do excesso da medida e da eventual existência de restrição menos gravosa igualmente apta a atingir aquela mesma finalidade; e (iii) o teste da *proporcionalidade em sentido estrito*, entendido como a verificação sobre os custos e benefícios da medida restritiva imposta. O Ministro Gilmar Mendes explica a proporcionalidade enquanto método de aferição da constitucionalidade da limitação de direitos fundamentais e seus testes nos seguintes termos: “Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, **se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado** (isto é, apto para produzir o resultado desejado), **necessário** (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e **proporcional em sentido estrito** (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)”. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, no julgamento da Intervenção Federal nº 2.257-6/SP.

seus filhos de espetáculos (CRFB, art. 220, §3º, II) que, a seu ver, desrespeitem os valores éticos e sociais da sua família (CRFB, art. 221, IV).

62. A classificação indicativa, em si, desde que interpretada e construída com objetivos informativos, sem imposição de horários, coaduna-se com o propósito traçado pelo constituinte, na medida em que promove a *ampliação do espectro de informações* a respeito do conteúdo da programação das emissoras de rádio e televisão, *reforçando o controle parental sobre as crianças e adolescentes*.

63. Todavia, a *imposição de horários*, a cujo descumprimento se cominam gravosas sanções, revela-se desproporcional porque: (i) é **inadequada**, uma vez que em nada contribui para a realização do fim perseguido pela classificação indicativa; (ii) **desnecessária**, diante da possibilidade de que o mesmo fim pretendido seja alcançado por via de outros meios menos gravosos aos interesses constitucionais correlatos; e (iii) **desproporcional em sentido estrito**, pois os supostos benefícios da medida são suplantados pelos seus custos verdadeiramente proibitivos à luz da Constituição de 1988, que banuiu qualquer forma de censura. Explica-se.

64. Em primeiro lugar, a fixação de “*horários autorizados*” na programação é medida **inadequada** a incrementar eficazmente o nível de esclarecimento dos pais. O estabelecimento de faixas de horários não possui relação direta com a difusão de informação acerca do conteúdo divulgado pelas emissoras. Os responsáveis pelo menor não realizam escolhas mais bem informadas por causa do horário da programação. A informação é veiculada basicamente pela advertência que antecede a exibição do programa.

65. Na realidade, a finalidade perseguida pelo Estado ao fixar horários supostamente mais adequados a certos conteúdos é outra. A intenção é escolher os conteúdos que devem ou não chegar ao conhecimento de crianças e adolescentes. É dizer: o Poder Público, por meio de seus burocratas, elege os espetáculos que, a seu ver, desrespeitam os valores éticos e sociais da pessoa e da família. E, ao ***desautorizar*** determinados conteúdos, impõe o seu ponto de vista. Tanto assim que o art. 254 do ECA tipifica infração administrativa e comina pesadas sanções pelo seu descumprimento.

66. Além da inadequação, o desvio da finalidade mostra-se patente. Veja-se que existe uma diferença fundamental entre o Estado *proteger*, ele próprio, crianças e adolescentes de conteúdos supostamente nocivos e o Estado *prover meios para que os pais e responsáveis protejam* crianças e adolescentes de conteúdos que considerem inadequados. A escolha a respeito dos valores que orientam a educação infantil cabe precipuamente à família. E isso não decorre de qualquer tomada pessoal de posição filosófica quanto ao papel do Estado na vida social. Foi a Constituição de 1988 que assim determinou (CRFB, art. 229).

67. Ressalte-se, ainda, que a fixação de horários atrelados à classificação indicativa não é tampouco medida **necessária** ou **exigível**, à promoção do melhor interesse da criança e do adolescente, porquanto existem outros meios menos gravosos aptos a promovê-lo. Como se disse, cabe aos pais e responsáveis julgar e decidir os programas que seus filhos não podem assistir por serem inadequados à idade que possuam. O dever do Estado é o de oferecer os *meios legais* que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações que contrariem seus valores éticos e sociais. Há vários meios menos gravosos que o modelo *impositivo-sancionatório* do ECA. Em primeiro lugar, esses meios são garantidos através da informação sobre a classificação etária. Os pais, devidamente informados e conhecedores dos seus próprios valores, serão aptos a fazerem a escolha sobre o tipo de programação que julgarão adequada, independentemente do horário.

68. Em segundo lugar, é possível que esse julgamento parental seja implementado através de meios tecnológicos, hábeis a dar efetividade às decisões familiares (e não do Estado, repise-se). De fato, já existe legislação federal, há pelo menos seis anos,²⁵ que visa a dar maior efetividade ao art. 220, §3º, II, da Constituição, determinando o uso de mecanismo com tal escopo. Trata-se da Lei federal nº 10.359/2001, que “*dispõe sobre a obrigatoriedade*

²⁵ A redação originária da Lei nº 10.359/2001 determinava sua entrada em vigor um ano após a publicação. A norma ganhou tempo extra com a edição da Lei nº 10.672/2003, que postergou a *vaccacio* para 30 de junho de 2004. Houve, ainda, uma segunda tentativa de prorrogação, por meio da MP nº 195/2004, que determinava que a norma somente vigorasse a partir de 31 de outubro de 2006; todavia, a MP nº 195/2004 foi rejeitada pelo Senado Federal.

*de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada”.*²⁶

69. Tal diploma legislativo impõe a implementação, em todos os aparelhos de televisão produzidos em território nacional, de um dispositivo, usualmente conhecido como V-chip,²⁷ que confere ao usuário a possibilidade de bloquear a programação de duas maneiras: (i) através da utilização de um código alfanumérico, de forma previamente programada; e (ii) através do reconhecimento de código ou sinal, transmitido juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência. Essa tecnologia possibilita que os responsáveis pelo menor conformem o conteúdo do que os filhos assistem de acordo com seus próprios valores e serve como valioso instrumento para auxiliá-los a lidarem com eventuais dificuldades de implementação de suas decisões.

70. Se concordar com os critérios propostos pela classificação indicativa, o responsável pelo menor poderá valer-se da segunda modalidade de filtragem da programação. Terá como, por exemplo, bloquear todos os programas não recomendados para menores de 14 anos. Por outro lado, se não concordar com o que propõe o Ministério da Justiça, poderá bloquear, um a um, os programas que considere inapropriados.

71. Conforme se observa, este meio é menos gravoso tanto à liberdade de expressão e criação artístico-cultural como ao direito à informação de toda a sociedade, que não pode ficar refém de programação preponderantemente infanto-juvenil.²⁸

²⁶ A propósito, confira-se a lição de Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli, que aponta a solução da Lei nº 10.359/2001 como a única medida compatível com a Constituição de 1988: “A proteção, portanto, do Poder Público e da lei federal quanto ao conteúdo dos meios de comunicação em prol de estabelecer os meios legais à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programação de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 da CRFB, em especial os valores éticos e sociais da pessoa e da família, acaba sempre retornando à questão da criança e do adolescente, **inexistindo lei específica que atenda a esse interesse que não a lei do V-chip** (...). Por outro lado, ao proteger a criança e o adolescente, o Poder Público e a lei federal, em particular o Estatuto da Criança e do Adolescente, acabam interferindo no capítulo da comunicação social em limites superiores aos que a própria Constituição autoriza”. (BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; p. 229; sem grifos no original).

²⁷ Tim Collings, um dos responsáveis pelo desenvolvimento da tecnologia, originariamente referiu-se ao dispositivo como “View Control” (controle de exibição), posteriormente difundido pela abreviatura V-chip. No Congresso americano, associou-se a letra “V” da abreviatura ao controle da violência na programação. Confira-se em <http://www.docstoc.com/docs/2204057/A-Brief-History-of-Collings-V-chip-Invention>.

²⁸ Conforme apontam Gomes Canotilho e Jónatas Machado, “as restrições em causa não podem justificar o nivelamento da programação informativa, formativa ou de entretenimento com base em critérios infantis ou

72. Paralelamente, a sistemática traçada pela Lei nº 10.359/2001 também é a forma mais adequada de promover-se a finalidade constitucional da classificação indicativa, porquanto respeita a partilha, fixada pela Lei Maior, de atribuições entre família e Estado no que tange à proteção da menoridade no campo da radiodifusão.²⁹ De fato, a sistemática da Lei concentra nas mãos dos pais e responsáveis o poder decisório a respeito dos valores que devem, ou não, ser transmitidos a crianças e adolescentes. E isso sem representar cerceamento *a priori* e impositivo dos conteúdos divulgados nos meios de radiodifusão. O que há é o municiamento dos pais e responsáveis com ferramenta capaz de proteger seus filhos segundo seus próprios valores (e não as concepções morais do Estado).

73. Ora, se já existe na legislação federal meio *mais adequado* à promoção dos valores constitucionais visados e, simultaneamente, *menos oneroso* aos interesses legítimos correlatos, resta evidente que a restrição da programação a horários preestabelecidos perde razão de ser.

74. E sequer se diga que o descumprimento da lei por parte das fabricantes de aparelhos de televisão seria capaz de afastar a inconstitucionalidade parcial do art. 254 do ECA. A inércia do Poder Executivo em regulamentar, fiscalizar e impor o cumprimento da Lei nº 10.359/2001 não pode autorizá-lo a estabelecer restrições à programação dos sistemas de radiodifusão. Veja-se que o art. 8º daquele diploma, com a alteração promovida pela Lei nº 10.672/2003, estabeleceu prazo de aproximadamente dois anos e meio para sua entrada em vigor, tempo mais do que o suficiente para a adaptação da indústria nacional. Atualmente, já se passaram mais de dez anos da edição da lei (!), não havendo justificativa razoável para que ainda se utilize meio inadequado e mais restritivo à liberdade de expressão das emissoras de radiodifusão, sob o argumento de defesa dos interesses de crianças e adolescentes.

juvenis". (CANOTILHO, J.J. Gomes & MACHADO, Jónatas. "Reality shows" e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 62).

²⁹ Conforme visto, o Poder Público cumpre sua tarefa ao *divulgar informações* a respeito do conteúdo da programação (CRFB, art. 220, §3º, I). A família, por sua vez, *avalia* a informação prestada pela Estado e *decide* a respeito da melhor maneira de criar e educar o menor sob sua guarda (CRFB, art. 220, §3º, II c/c art. 229).

75. Ademais, no cenário de alternativas que mais bem se adequam ao conjunto de normas constitucionais apontadas, deve-se ressaltar, ainda, a importância da **diversificação das instâncias que realizem a classificação indicativa**. Tendo em vista que a finalidade da classificação é proporcionar meios para que a família controle o conteúdo “consumido” por menores de idade, quanto maior a participação da sociedade, quanto mais plurais forem os critérios classificatórios, o interesse constitucional será mais bem atendido.³⁰⁻³¹

76. A melhor maneira de *informar* os pais a respeito do conteúdo da programação definitivamente não se dá pela apropriação, por parte do Estado, da classificação dos espetáculos. Pelo contrário: a informação adequada pressupõe multiplicidade de fontes, cada qual com suas características e prioridades, mas todas aptas, de acordo a suscetibilidade de cada telespectador, a informar. Num cenário em que diversas organizações representativas apresentem seus próprios critérios, cada família pode escolher, de acordo com suas concepções de mundo, a classificação indicativa que lhe pareça mais esclarecedora e condizente com suas escolhas existenciais.

77. Note-se que a própria Constituição da República, ao tratar das diretrizes que norteiam a proteção da criança e do adolescente, preconiza “*a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis*” (CRFB, art. 227, §7º c/c art. 204, II).³² Como se observa, a tônica

³⁰ Ênio Santarelli Zuliani aponta a pressão social como um mecanismo eficaz de conformação da programação aos interesses da sociedade: “*Uma forma de contenção é a organização popular. Associações que se formarem para lutar contra a indignidade das exhibições, são fortes aliadas na estratégia da educação cívica; uma sociedade bem informada evita os programas violentos e indecentes, as novelas que abusam de cenas de sexo para prender a atenção dos telespectadores, de modo que caiba a essas associações criarem projetos de esclarecimentos voltados ao público (...)*”. O autor aponta, ainda, a realização de campanhas educativas como uma forma de afastar crianças e adolescentes de conteúdos indesejados: “*Seria interessante a participação do Ministério da Educação nessa campanha educativa. Os alunos da rede pública e privada do ensino fundamental e básico seriam ensinados a proceder a uma escolha de programação de qualidade (educação para a mídia (...))*” (ZULIANI, Ênio Santarelli, *in* Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967/ Coordenador Luiz Manoel Gomes Junior – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 113).

³¹ No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma que “*os controles sociais se inserem em um estágio político mais avançado de participação e exercício da cidadania, na medida em que ‘substituem eles as relações verticalizadas e de imposição que caracterizam a atuação estatal’*”. (BARROSO, Luís Roberto. “Constituição. Liberdade de Expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos” *in* Revista de Direito do Estado – nº 11 (julho/setembro 2008) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 345).

³² Anote-se que o modelo estadunidense estabelecido pelo *Telecommunications Act of 1996* outorgou à indústria de radiodifusão a oportunidade de estabelecer voluntariamente a classificação indicativa. O sistema classificatório norte americano (“TV Parental Guidelines”) foi, então, estabelecido por associações representativas do setor, a saber: a Associação Nacional de Radiodifusores (National Association of

constitucional é de ampliação do debate público, que contrasta severamente com a imposição unilateral de restrições à programação por parte do aparato estatal.

78. Combinando-se a decisão esclarecida dos pais sobre os programas a que seus filhos podem ter acesso, inclusive por meio da utilização do dispositivo previsto na Lei nº 10.359/2001, com a diversificação das entidades que promovem a classificação indicativa, chega-se a um mecanismo de controle parental da informação que equilibra de *forma otimizada* os direitos fundamentais submetidos ao raciocínio de ponderação.

79. Por fim, não se perca de vista que eventuais violações a direitos por parte das emissoras poderão ser coibidos, em *ultima ratio*, pelo Poder Judiciário. A posição preferencial³³ assumida pela liberdade de expressão e a consequente vedação taxativa a todo o tipo de censura prévia no âmbito do Estado Democrático de Direito consolidam o Poder Judiciário como a última instância decisória a respeito das possibilidades de limitação à livre manifestação do pensamento.³⁴

Broadcasters), a Associação Nacional de Televisão a Cabo (National Cable Television Association) e a Associação de Filmes Cinematográficos da América (Motion Picture Association of America). (<http://www.fcc.gov/vchip/>)

³³ Tamanha é a importância da liberdade de expressão na Constituição, que se sustenta tratar-se de um direito que ocupa *posição preferencial*. Segundo a doutrina da posição preferencial – inicialmente desenvolvida nos EUA a partir da nota de rodapé nº 4, inserida no voto proferido pelo Justice Harlan Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), mas atualmente aceita e aplicada por diversos tribunais de nações democráticas pelo mundo (como Alemanha e Espanha, p. ex.), inclusive no Brasil –, a solução das colisões envolvendo liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolve, em princípio, em favor daquela. O reconhecimento da posição preferencial decorre da centralidade do sistema de liberdade de expressão, enquanto garantia institucional constitutiva da democracia brasileira. Com efeito, não existe democracia, quer sob um viés estritamente procedimental, quer sob uma perspectiva substantiva, sem um sistema amplo de liberdade de expressão. Isso não significa, contudo, uma hierarquia rígida ou definitiva entre os princípios e valores constitucionais. A liberdade de expressão não é absoluta – como de resto, nenhum direito o é – e poderá ceder lugar a outros princípios e valores. Sobre o tema, v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel & SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenadores). “Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391-448; e CHEQUER, Claudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³⁴ De acordo com Luís Roberto Barroso “*Diante da proibição taxativa que a Constituição estabelece à censura prévia, o Poder Judiciário caracteriza-se como o principal foro de debate e decisão no que diz respeito às possíveis limitações à liberdade de expressão. (...) Poderá o Judiciário, portanto, mediante provocação do interessado e assegurado o devido processo legal, restringir os direitos constitucionais acima referidos*” (BARROSO, Luís Roberto. “Constituição. Liberdade de Expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos” in Revista de Direito do Estado – nº 11 (julho/setembro 2008) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 356 e 357).

80. Diante da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV), eventuais abusos cometidos pelas emissoras de rádio e televisão poderão ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário.³⁵ Nesta seara, a violação de direitos assegurados à criança e ao adolescente poderá ser reprimida, mediante a provocação da parte interessada, observados o devido processo legal e os interesses constitucionais envolvidos.³⁶

81. Retornando-se ao exame da proporcionalidade, verifica-se, por fim, que a norma do ECA impugnada não passa no teste de **proporcionalidade em sentido estrito**. Os custos da medida (verdadeiramente proscritos pela Constituição de 1988, que afastou qualquer espécie de censura) ultrapassam em muito as suas improváveis vantagens.

82. Como se sabe, toda restrição a direitos fundamentais pressupõe uma análise de custo-benefício em que o grau de promoção do fim perseguido deve justificar o grau de restrição do interesse constitucional contraposto. No presente caso, a imposição da programação das emissoras de televisão a horários determinados pelo Ministério da Justiça deveria promover o esclarecimento da família a respeito do conteúdo veiculado pelos meios de comunicação. Ocorre que a vinculação de horários à classificação indicativa não

³⁵ A corroborar a ideia de que é possível uma análise, caso a caso, por parte do Poder Judiciário, confira-se a lição de José Carlos Barbosa Moreira “Perguntar-se-á: qual é, nisso tudo, a função do juiz? (...) Não se configuraria, em última análise, a mera substituição da Censura administrativa pela censura judiciária? A essa indagação é fácil responder que a função do juiz, na matéria, não difere em substância da que ele é chamado a desempenhar sempre que se afirma estar ocorrendo (ou estar na iminência de ocorrer) ofensa a alguma posição subjetiva juridicamente protegida. O direito de ação é consagrado na Constituição (art. 5º, nº XXV); também o é, lógica e necessariamente, o dever de prestar jurisdição, correlato a tal direito. Não pode tolhê-lo, portanto, a proibição da censura. (...) para efeitos constitucionais, “censura” é, nada mais, nada menos, o que a Constituição, direta ou indiretamente, diz que é censura; e, se a Constituição, com absoluta clareza, legitima o recurso ao Judiciário em tema de programação da TV, ao mesmo tempo que veda a censura, então fica fora de dúvida que a interferência do Judiciário, nos termos expostos, não se acha compreendida na área conceptual correspondente, segundo a Lei Maior, à malsinada palavra. Inexiste outro modo de conciliar os dispositivos em foco.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública e programação de TV. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 201, pp. 45-56, jul./set. 1995).

³⁶ Marcelo Dawalibi, ao tratar da possibilidade de controle judicial da programação de rádio e televisão, faz interessante ponderação de ordem política: “(...) esse é o controle mais conveniente e adequado? A resposta parece-me positiva, por diversos motivos. Primeiramente, porque (...) o controle administrativo se mostra insuficiente e sujeito a interferências do grupo político que esteja no exercício do poder e que, por isso, maneje o órgão controlador. Em segundo lugar, parece-nos que as próprias regras inerentes ao processo judicial – inclusive a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e a isonomia entre as partes – são importantes barreiras contra o autoritarismo e a arbitrariedade que podem rondar o controle da comunicação. Tais garantias – que nunca serão tão amplas em um controle administrativo – são de fundamental importância para evitar que o controle não descambe para a censura”. Na sequência, em consonância com o que defende José Carlos Barbosa Moreira, aponta a ação civil pública como o instrumento judicial mais adequado à restrição da programação das emissoras de rádio e televisão. (DAWALIBI, Marcelo. “Controle da qualidade dos programas de televisão e de rádio por meio da ação civil pública” in A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 423).

incrementa – quantitativa ou qualitativamente – a informação que é transmitida através da advertência que antecede a transmissão do programa.

83. Da mesma maneira, nada garante que a imposição de horários implique a proteção mais adequada de crianças e adolescentes. Além disso, não se deve ignorar que a diversificação dos meios de comunicação faz com que os conteúdos transmitidos pelas emissoras de rádio e televisão sejam acessíveis, a qualquer hora e lugar, através da *internet*. De fato, é inevitável que se considere o contexto social em que crianças e adolescentes estão inseridos e, diante das circunstâncias do mundo real, é razoável concluir que a imposição de horários e conteúdos no rádio e na televisão não cria uma barreira para que acessem os mais variados conteúdos.

84. Do outro lado da balança, é inequívoca a restrição que a *classificação impositiva* promove sobre o conteúdo de manifestações culturais, artísticas e sociais. Destarte, cabe rechaçar o argumento dos defensores do art. 254 do ECA, segundo o qual ela não restringiria a liberdade de expressão das emissoras, porquanto não proíbe a exibição de nenhum espetáculo, apenas conforma a programação a horários apropriados para menores.³⁷

85. O problema está em que a interferência estatal nas manifestações artísticas continua a ocorrer. Dizer que o Estado não interfere diretamente com o conteúdo dos programas é um argumento falacioso. De fato, não é o “censor” que edita a programação. No entanto, a “atividade de monitoramento” do Ministério da Justiça apenas *autoriza* a exibição de certa novela ou determinado filme se a emissora cortar tais e quais cenas, ou se “adaptar a linguagem” utilizada por algum personagem. A essência da restrição à liberdade de expressão se mantém rigorosamente a mesma.

86. A fim de demonstrar o ponto, vale mencionar, *e.g.*, o Ofício nº 019/2011-DEJUS-SNJ-MJ, recentemente encaminhado pelo Ministério da Justiça a uma das associadas da ABERT, relativo a certa novela veiculada na faixa das 19 horas. Nele, o Departamento de

³⁷ Ressalte-se que adequar a programação a horários apropriados para menores significa, a rigor, reprogramar basicamente todo o conteúdo veiculado pelas emissoras. Resta verdadeiramente livre apenas o horário de 23h às 6h. Ou seja, tudo o que é veiculado no período de significativa audiência tem de passar pelo crivo do Ministério da Justiça.

Justiça adverte que “a atividade de monitoramento detectou na obra conteúdos que apresentam agressão verbal, linguagem depreciativa, insinuação sexual e linguagem de conteúdo sexual que não correspondem à classificação supra citada [Livre para todos os públicos]” (doc. nº 8).

87. A linguagem absolutamente imprecisa e não fundamentada utilizada pelo Ministério da Justiça indica a ampla discricionariedade que o sistema atual confere ao Poder Executivo. É inequívoca a interferência que se pretende realizar sobre o conteúdo da manifestação artística. É patente a pretensão de imposição de valores morais pelo Estado. Mais patente ainda é a constatação de que a sistemática da classificação indicativa atual gera, como visto, um grave efeito silenciador sobre as emissoras de televisão, que, receosas de incorrerem nas penalidades previstas no art. 254 do ECA, muitas vezes preferem evitar a divulgação de temas polêmicos, ainda que os mesmos (por exemplo, uma discussão sobre violência nas escolas) atraiam interesse de pais e filhos.

V – INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

88. Impõe-se, por derradeiro, reconhecer a inconstitucionalidade de dois outros dispositivos do ECA, também relativos à classificação indicativa, por efeito consequencial ou por arrastamento, em decorrência direta e necessária da declaração da inconstitucionalidade da expressão “*em horário diverso do autorizado*”, constante do art. 254.

89. Cumprirá ao Tribunal: (i) declarar, por arrastamento, a inconstitucionalidade da parte final do parágrafo único do mesmo art. 254 (“*a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias*”) e (ii) declarar, também por arrastamento, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 76 do ECA, para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico qualquer interpretação que autorize o Ministério da Justiça ou qualquer outro órgão integrante da Administração Pública a fixar horários obrigatórios de programação para as emissoras de rádio e televisão.

90. A propósito da parte final do parágrafo único do art. 254, importante mencionar que a pena de suspensão da programação da emissora por até dois dias cerceia, de maneira absolutamente *desarrazoada*, a liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão. O efeito silenciador é eloquente e a inconstitucionalidade, por sua vez, é manifesta.

91. Sob a justificativa de punir eventual abuso cometido pela emissora, confere-se ao órgão jurisdicional o poder de coibir manifestações futuras, sem examinar-lhes o conteúdo. E o pior: a medida não se restringe ao programa que supostamente teria violado a imposição do Ministério da Justiça, mas alcança toda a programação da emissora. Assim, se um programa não seguiu as “recomendações” do Ministério da Justiça, toda a programação da emissora poderá ser suspensa. Ou seja, aquele que não respeitar a classificação indicativa poderá ser silenciado, o que, por si, já embaraça a livre manifestação do pensamento e de criação artística e intelectual.

92. Como facilmente se constata, a medida não condiz com o modelo indicativo-informativo preconizado pelo constituinte, mas sim com a lógica impositivo-sancionatória já superada pela Carta Constitucional de 1988.

93. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar questão muito semelhante no julgamento da ADIN nº 869. Na ocasião, o STF reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade de expressão constante do art. 247, §2º, do ECA, que autorizava a suspensão da programação de emissora por até dois dias, ou da publicação de periódico por até dois números, caso divulgassem nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. A Corte considerou que este tipo de restrição não encontra respaldo em nenhuma das normas constitucionais que possibilitam a limitação da liberdade de expressão e, ainda, que viola o devido processo legal, porquanto possibilita a imposição de pena em procedimento de natureza administrativa (ainda que aplicado por autoridade judicial). Confira-se trecho do voto do Min. Ilmar Galvão, relator da mencionada ação :

“De ver-se, portanto, que, no caso, a medida preconizada no texto impugnado na inicial (...) se mostra de todo inadequada como sanção, posto que, na verdade, o efeito que dela resulta vem justamente de encontro ao direito que

tem o público à informação sobre fatos e ideias, privado que dela pode ficar por até dois dias. Não se trata, pois, de providência que se possa ter por tolerada pela Constituição, ainda que implicitamente, como limitação plausível ao direito à manifestação do pensamento (...).”

94. Diante disso, é imperativo reconhecer que as mesmas razões jurídicas que levaram à declaração de inconstitucionalidade do art. 247, §2º, do ECA também inquinam a validade do trecho do parágrafo único art. 254 do mesmo diploma legal, segundo o qual “a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”.

95. No que toca ao art. 76 do ECA (“Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”), impõe-se lhe seja dada interpretação conforme a Constituição, para o fim de afastar-se do ordenamento jurídico brasileiro interpretação que confira ao Ministério da Justiça ou a outro órgão do Poder Público competência para fixar horários obrigatórios de exibição para qualquer programa de rádio e televisão.

96. Com efeito, o dispositivo comporta cômoda interpretação no sentido de que a definição do conteúdo que atenda às “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” cabe às próprias emissoras de rádio e televisão³⁸ – e não à Administração

³⁸ Foi o que defendeu o Min. Celso de Mello, em seu voto na ADIN 392. Veja-se: “A nova Constituição do Brasil, (...) revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais censórias, repelindo, de modo virtualmente absoluto, ‘toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística’ (art. 220, § 2º). A repulsa constitucional a esse instrumento iníquo de controle social, político e cultural - reiterada no art. 5º, IX, de nossa Carta Política – bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais da pessoa humana, cujo integral e efetivo respeito pelo Estado qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. **A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público e nem submetida a ilícitas interferências do Estado, que, a pretexto de prévia verificação de seu conteúdo, viabilizem e conduzam a procedimentos censórios executados por agentes estatais.** Todos sabemos – (...) – que a censura, hoje caracterizada como verdadeiro ilícito constitucional, é ato inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. **Uma sociedade democrática e livre não pode institucionalizar a censura do Estado e nem admiti-la como expediente mascarado a falsa roupagem do cumprimento e da observância da Constituição.** (...) É preciso reconhecer que a vedação dos atos censórios expressou um notável avanço nas relações estruturalmente sempre tão desiguais, entre o indivíduo e o Estado. (...) Expressão unitária dos múltiplos interesses e valores que se antagonizam, a Constituição passa a refletir, (...), uma solução de compromisso. Bem por isso, **a nova Lei Fundamental, preocupada com a tutela dos valores éticos (art. 220, § 3º, inc. II), e a intangibilidade de certos princípios (art. 221), aquiesceu, inobstante banindo, de vez, como já ressaltado, a censura político-ideológica, na adoção de um sistema de classificação meramente indicativa por faixas etárias (...). A Constituição do Brasil, portanto, ao repudiar a solução autoritária da censura prévia, institucionalizou mecanismos de tutela**

Pública, por via de uma classificação que o constituinte pretendeu meramente indicativa. Da mesma forma, o dispositivo alude a “*horário **recomendado** para o público infanto-juvenil*”, o que imprime tom tão somente indicativo ao critério adotado pelo Poder Público.

VI – PEDIDOS

97. Diante de todo o exposto, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABERT requer:

I) sua admissão, na qualidade de *amicus curiae*, para atuar na presente ação direta de inconstitucionalidade para todos os fins legalmente admitidos;

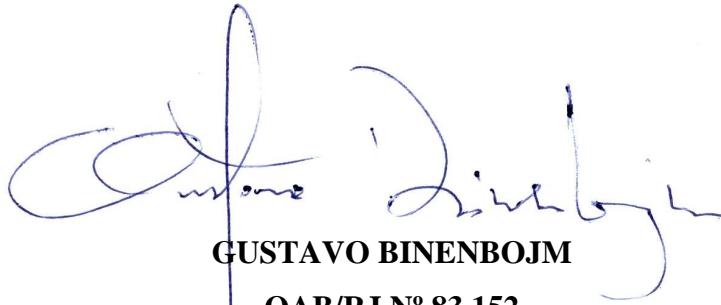
II) seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “*em horário diverso do autorizado*”, constante do art. 254 da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

III) seja declarada, por arrastamento, a inconstitucionalidade da expressão “*a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias*”, constante do art. 254, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);


destinados a tornar efetivo 'o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família' (art. 221, IV), garantindo-lhes 'a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão' eventualmente ofensivos daqueles padrões axiológicos (art. 220, par. 3o, II). O ordenamento constitucional deixou, assim, positivada, uma fórmula transacional, capaz de operar, num plano em que se projetam relações em situação de permanente tensão dialética – de um lado, o Estado, pretendendo expandir o alcance do seu poder, e, de outro, o indivíduo, na permanente busca da liberdade – a harmonia entre interesses e pretensões que, ordinariamente, se antagonizam. A solução preconizada pelo legislador constituinte, consistente no referido sistema classificatório por faixa de idade, não deve traduzir uma imposição coativa de critérios forjados pelo Estado, que paralise o processo de criação artística ou que inibam o exercício de sua livre expressão. A classificação indicativa representa, no plano das relações dialógicas entre o Poder Público e os mass media, um sistema de mera recomendação que tem, nos veículos de comunicação de massa, o seu instrumento de realização. Desse sistema classificatório não podem derivar situações que, globalmente analisadas, tornem inacessíveis ao público os espetáculos públicos em geral. (...) o Poder Público não dispõe de competência constitucional para estabelecer, exceto quando legalmente fixados, critérios de classificação temática e de seleção horária dos programas de rádio e/ou televisão. A imposição unilateral, por via administrativa, desses critérios, sobre tornar veementes os sinais de usurpação legislativa, descaracterizaria, por completo – (...) – o livre exercício da manifestação do pensamento, além de representar uma inobservância explícita - por seus efeitos igualmente nocivos – da 'fórmula proibitiva da censura. (...)'. (ADIN 392, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 20/06/1991; grifou-se).

IV) seja declarada, por arrastamento, a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 76 da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para que essa Colenda Suprema Corte, mediante interpretação conforme a Constituição, afaste do ordenamento jurídico qualquer interpretação que autorize o Ministério da Justiça ou qualquer outro órgão integrante da Administração Pública a fixar horários obrigatórios de programação para as emissoras de rádio e televisão.


Do Rio de Janeiro para Brasília, DF, 12 de maio de 2011.



GUSTAVO BINENBOJM
OAB/RJ N° 83.152



ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
OAB/RJ N° 123.111



RAFAEL L. F. KOATZ
OAB/RJ N° 122.128

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS:

DOC. 1 – Procuração;

DOC. 2 – Substabelecimento;

DOC. 3 – Estatuto Social da ABERT;

DOC. 4 – Ata de eleição da diretoria da ABERT;

DOC. 5 – Relação de associadas;

DOC. 6 – Artigo intitulado “TVs se autocensuram para ter classificação livre”, publicado no
Jornal O GLOBO, dia 17.06.2007;

DOC. 7 – Ofício nº 077/2010/DEJUS – SNJ – MJ;

DOC. 8 – Ofício nº 019/2011/DEJUS – SNJ – MJ.