

31/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.404 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido Trabalhista Brasileiro questiona a constitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sustenta a contrariedade aos artigos 5º, inciso IX, 21, inciso XVI, e 220 da Constituição Federal. Conforme aduz, a competência da União está limitada à classificação indicativa, não sendo possível, mediante lei ordinária, conferir efeito impositivo-sancionador à classificação dos programas de rádio ou televisão.

De acordo com o requerente, a vinculação entre a classificação efetuada pelo Ministério da Justiça e o horário de exibição, com a possibilidade de imposição de multa em caso de inobservância, transmuda-a de *indicativa* para *impositiva*. Sucessivamente, diz da inviabilidade de a classificação indicativa ser regulada por meio de portarias, pois o artigo 220, § 3º, do Diploma Maior atribui a regulamentação do tema à lei federal. Consoante alega, o Estatuto da Criança e do Adolescente é omissivo quanto aos elementos e critérios da classificação indicativa.

O contraponto ao argumento jurídico do requerente consiste na alegação de que o direito à liberdade de expressão, assim como qualquer direito fundamental, não se reveste de natureza absoluta. Significa dizer que pode ceder quando em colisão com outros direitos, entre os quais estão incluídos aqueles relativos às crianças e aos adolescentes, que mereceram especial atenção do constituinte originário – artigo 227, cabeça, da Carta Federal.

Essa afirmação, forçoso reconhecer, é incontestável, mas a possibilidade da ponderação não revela, apenas por si, o resultado desejado pelo requerido. Explico.

O retratado no processo suscita a inevitável tensão entre a

ADI 2404 / DF

necessidade de proteção da criança e do adolescente e a liberdade de expressão e criação artística, ambas alçadas à condição de princípios fundamentais na Constituição de 1988. Com efeito, segundo o artigo 221, inciso IV, dela constante, a programação e a produção das emissoras de rádio e televisão deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. É certo que, em uma sociedade pluralista, haverá divergências quanto à maneira adequada de educar as crianças e os adolescentes.

Segundo Thomas Gibbons (*Regulating the media*, 1998, p. 68), a diversidade das sociedades modernas aumenta a probabilidade de as mensagens transmitidas pelos meios de comunicação ofenderem os valores de grupos sociais, não existindo resposta fácil para os limites da criatividade e da liberdade de expressão diante da sensibilidade da audiência. A receptividade, ou não, de uma mensagem decorre das crenças, perspectivas ou preferências do grupo atingido. Um beijo homossexual transmitido em uma telenovela, por exemplo, pode representar algo bom ou ruim, a depender dos valores defendidos por determinado grupo social. Enquanto alguns entenderão que o ato colabora para a redução do preconceito e o aumento da tolerância, levando à evolução da sociedade, outros, provavelmente, entenderão exatamente o contrário, argumentando que ofende os “bons” costumes.

A inexistência de código moral nacional ou padrão ético único a ser aplicado a qualquer tipo de programação ou de audiência torna difícil para a população confiar a poucos servidores públicos a análise da adequação do conteúdo de diferentes programas de rádio ou televisão. Atribuir essa tarefa a um único órgão público, despido de participação de setores sociais interessados – tais como empresas de radiodifusão e associação de famílias –, é modelo, por si só, inspirador de suspeitas. A sempre nefasta concentração do poder, abrindo margem à famigerada censura.

Soluções conducentes à harmonização de princípios aparentemente conflitantes devem prestigiar procedimentos de decisão descentralizados, de modo a evitar que os valores éticos da programação venham a decorrer, em última análise, dos preconceitos e dados pessoais

ADI 2404 / DF

caracterizadores de indivíduos, autoridades ou grupos determinados. Segundo a doutrina, entre as razões que corroboram a inclusão da liberdade de expressão no rol de direitos fundamentais, está precisamente a desconfiança da sociedade civil com os titulares do Poder Público, porque estes sempre têm motivos para temer os impactos da livre circulação de ideias, sendo constantemente tentados a repreendê-las (Cláudio Chequer, *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial*. Prima facie, 2011, p. 18).

É exatamente em virtude da convivência, sob o mesmo teto, de diferentes visões de mundo que cabe a cada núcleo familiar e a cada indivíduo decidir a respeito da conveniência de submeter-se ao conteúdo da programação veiculada pelas empresas de radiodifusão. Sob essa óptica, hão de ser interpretados os artigos 220, § 3º, inciso II, e 221, incisos I e IV, da Carta de 1988. Afinal, o artigo 1.634 do Código Civil vigente confere aos pais – e não ao Estado – a prerrogativa de dirigir a criação e a educação dos filhos.

Saliento que o Supremo tem atribuído, em diferentes julgamentos, importância ímpar ao princípio da liberdade de expressão – artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal –, dando-lhe prevalência até mesmo sobre razões de moralidade coletiva, como revelam as decisões proferidas nas arguições de descumprimento de preceito fundamental nº 130 e 187, relatadas, respectivamente, pelos ministros Ayres Britto e Celso de Mello. A maior capacidade de penetração social das empresas de radiodifusão não deve obscurecer a observação de que a lógica deve ser a mesma aplicada às empresas jornalísticas, a saber: “Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos”, consoante consignou o ministro Ayres Britto no julgamento da primeira ação mencionada.

Sob o ângulo doutrinário, a relevância dos meios de comunicação de massa para as sociedades modernas foi destacada por Alexandre Sankevicz:

Os meios de comunicação ofuscaram as ruas como locais relevantes para reunião e discussão pública. As mídias de

ADI 2404 / DF

massa da atualidade não são apenas os fóruns dominantes de comunicação, mas são inseparáveis do próprio processo político de comunicação. O debate em praça pública continua a ser algo importante, mas as mídias hoje representam a verdadeira ágora da sociedade moderna, pois é por meio delas que parte substancial da opinião pública é construída e as opções políticas desenhadas (*Liberdade de expressão e pluralismo*, 2011, p. 43).

No fundo, a questão central colocada neste processo é se a norma proibitiva em exame pode ser considerada meio próprio à defesa da pessoa e da família quanto aos programas ou programações de rádio e televisão que estejam em conflito com os preceitos do artigo 221, incisos I e IV, da Carta Federal, ou seja, que supostamente não respeitem os valores éticos e sociais da família. A resposta revela-se negativa. Os meios conducentes à defesa da pessoa e da família são aqueles, a um só tempo, razoáveis e proporcionais. No mais, mostra-se correto supor o oposto: que o constituinte pretendeu colocar à disposição dos pais e responsáveis legais a decisão final a respeito do conteúdo aos quais serão expostos os menores. Eis a leitura que faço do disposto no artigo 220, § 3º, inciso II, da Constituição.

Afinal, quem é o árbitro do que pode ser e do que não pode ser visto nas redes de radiodifusão? O Estado ou os cidadãos? Essa é a verdadeira questão presente na ação direta. Segundo a visão do paternalismo estatal, os cidadãos são incapazes de proceder à definição. A óptica oposta prestigia a autonomia da cidadania, a capacidade crítica e o discernimento de adultos, adolescentes e crianças.

Cumprе relembrar que deixar à autoridade pública a prerrogativa de definir as grades de programas pode ter efeitos negativos sobre interesses de toda a coletividade. Valendo-se do pretexto de proteger as crianças e os adolescentes, o Poder Público poderá impor censura a informações que seriam do interesse de todos. Ora, o Ministério da Justiça não é o superego – para usar termo comum na psicanálise – da sociedade. Descabe atribuir-lhe a função de pai ou censor, porque não se trata de órgão com capacidade de discernimento privilegiada. Esse caminho foi

ADI 2404 / DF

vedado pelo artigo 220, § 2º, da Carta Federal, que afastou a censura nos meios de comunicação.

Observem ainda que o problema dos conteúdos ofensivos, como os de viés erótico ou violento, transborda, em larga medida, os sistemas públicos de radiodifusão. Hoje é fácil o acesso a esses conteúdos por meio de celulares, de jornais, de revistas e da rede mundial de computadores. A quadra vivida, sem dúvida, revela dificuldade acentuada na tarefa de zelar pela educação dos filhos, mas a censura exclusiva sobre a radiodifusão não resolverá o problema.

Nesse contexto, bom exemplo de meio adequado, necessário e proporcional é a Lei nº 10.359/2001, ainda carente de regulamentação, que dispôs sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação, o que já ocorre parcialmente com a TV a cabo, Sky, Net etc. Claro que a realidade do Brasil não permite crer que todos terão acesso a esses equipamentos em curto prazo, mas a virtude da legislação é apontar caminho alternativo.

O diploma trouxe importante instrumento para a defesa da moralidade escolhida pelas famílias e indivíduos, dando margem à concepção de que têm a capacidade de fazer as melhores opções. Transcrevo os dispositivos pertinentes:

Art. 1º Os aparelhos de televisão produzidos no território nacional deverão dispor, obrigatoriamente, de dispositivo eletrônico que permita ao usuário bloquear a recepção de programas transmitidos pelas emissoras, concessionárias e permissionárias de serviços de televisão, inclusive por assinatura e a cabo, mediante:

[...]

Art. 2º É vedada a comercialização de aparelhos de televisão fabricados no Brasil após a entrada em vigor desta Lei ou importados a partir da mesma data que não disponham do

ADI 2404 / DF

dispositivo bloqueador referido no artigo anterior.

Parágrafo único. O Poder Executivo estabelecerá as condições e medidas de estímulo para que os atuais televisores existentes no mercado e os que serão comercializados até a entrada em vigor desta Lei venham a dispor do dispositivo eletrônico de bloqueio a que se refere o art. 1º.

Art. 3º Competirá ao Poder Executivo, ouvidas as entidades representativas das emissoras especificadas no art. 1º, proceder à classificação indicativa dos programas de televisão.

Parágrafo único. A classificação indicativa de que trata o caput abrangerá, obrigatoriamente, a identificação dos programas que contenham cenas de sexo ou violência.

Art. 4º As emissoras de televisão aberta e as operadoras de televisão por assinatura e a cabo deverão transmitir, juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência, sinal que permita seu reconhecimento pelo dispositivo especificado no inciso II do art. 1º desta Lei.

A esta altura, indago: por que a Constituição alude à indicação, no artigo 21, inciso XVI, da Carta? Respondo: exatamente para que o Estado faça o exame relativo à conveniência de que o programa de rádio ou televisão seja visualizado pelo menor, facilitando a tarefa dos responsáveis. Em última análise, são eles, os responsáveis pelos menores, os detentores do pátrio poder, que deverão decidir o tipo de conteúdo que será apresentado aos filhos. Esse dispositivo, a revelar competir à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão, há de ter alcance balizado mediante interpretação sistemática e teleológica, buscando-se a melhor definição. Hão de ser considerados os categóricos preceitos dos artigos 174 e 222, a consubstanciarem princípios caros a ares democráticos que passaram a soprar de forma intensa em 1988, evidenciando opção definitiva pela livre

ADI 2404 / DF

iniciativa, o privado, alfim pela liberdade indispensável ao culto da responsabilidade. Eis os preceitos-princípios:

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.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

[...]

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

Passo a enfrentar, por fim, a alegação de inexistência de parâmetros para a restrição à liberdade de expressão e informação. O artigo 76 da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, ao prever que as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, deixou de apresentar qualquer critério para que seja feita a classificação. Permitiu à autoridade administrativa definir o horário destinado a esse tipo de público. Não fixou qualquer parâmetro mais preciso, como fez, por exemplo, a Lei nº 10.359/2001. A análise da adequação do programa às diversas faixas-etárias protegidas pela disciplina do Estatuto deve ocorrer em cada caso concreto. É certo incumbir à Administração Pública, nas situações marcadas pelo dinamismo, verificar qual é o melhor interesse público, mas descabe ao legislador demitir-se da atribuição que lhe foi conferida pelo artigo 220, § 3º, da Constituição Federal, a ser levado em conta presente o que se contém no artigo 174, acima transcrito. O planejamento

ADI 2404 / DF

é determinante para o Poder Público e indicativo, simplesmente indicativo, para o setor privado.

A obrigatoriedade de observância da classificação indicativa transforma-a, sem margem de dúvidas, em instrumento de censura prévia relativamente à programação das empresas de radiodifusão, implicando violação ao artigo 220, § 2º, da Carta da República. Apesar de o propósito mostrar-se legítimo, como diz o dito popular, de boas intenções, o inferno está cheio. Sobre o tema, trago à balha o ensinamento do professor Luís Roberto Barroso:

Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi (“Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”. *Revista dos Tribunais*, v. 790, 2001, p. 131)

O Estado cumpre o dever de proteção das crianças e adolescentes quando, dentro do quadro constitucional, realiza a classificação indicativa e zela para que essa informação seja alcançada pelos responsáveis diretos na educação dos menores. Desse ponto em diante, cabe às famílias decidir o grau de exposição aos conteúdos publicamente veiculados. Essa lógica não vale apenas para os canais de radiodifusão, mas também para a rede mundial de computadores, de controle inviável presentes redes sociais de toda espécie, revistas, jornais, escolas, professores e amigos. Pressupor que crianças e adolescentes serão submetidos à violência extrema e à pornografia por desleixo dos responsáveis legais é atuar no campo do extravagante, com o qual não se pode raciocinar, conforme venho, de há muito, consignando. No mais, observem que a matéria já é objeto de tutela cível e penal.

Ante o quadro, assentando a procedência do pedido, declaro a

ADI 2404 / DF

inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no artigo 254 da Lei nº 8.069/1990. Por arrastamento, tenho como insubsistente a obrigação de somente exibir, “no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, contida no artigo 76 do referido diploma, no que decorrente da indicação pelo Poder Público.