

31/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.404 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Cuida-se de Recurso Extraordinário, admitido por esta Corte Suprema sob o regime da repercussão geral, diante dos interesses jurídicos, políticos, econômicos e sociais envolvidos, nos termos do art. 102, § 3º, da CF/1988 e da legislação processual civil.

O autor, **partido político com representação no congresso nacional**, possui legitimidade para a propositura desta ADI, nos termos do artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal, e do art. 2º, inciso VIII, da Lei 9.868/99, conforme comprovação acostada aos autos (certidões do TSE e da Câmara dos Deputados). Em se tratando de um dos legitimados universais, prescinde-se, no caso, da comprovação de pertinência temática. **Conheço** da Ação Direta de Inconstitucionalidade, presentes os pressupostos de admissibilidade.

No **mérito**, o problema inerente a esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, em linha hermenêutica, gira em torno da interpretação constitucional relativa à compatibilidade vertical do artigo 254 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente¹) com a Constituição Federal. Esta Suprema Corte, guardiã e intérprete maior da Carta Magna, há de definir se é constitucional ou não a imposição de penalidade em caso de transmissão *“através de rádio ou televisão, [de] espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação”*.

Em síntese, o autor afirma em sua petição inicial que a Constituição Federal estabelece a competência da União para legislar sobre classificação para *“efeito indicativo”*, e não para *“efeito proibitivo”*, nos

1 Eis o teor do dispositivo 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.”**

ADI 2404 / DF

termos do artigo 21, inciso XVI da Carta Magna², e que o artigo 220, § 3º, inciso II, da mesma Constituição³ não autoriza a disciplina normativa prevista no artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vedado, que o *“intérprete substitu[a] constitucionalidade por qualquer pretensa moralidade”*, não admitida, portanto, *“censura”* ou *“proibição”*.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora da República **Debora Macedo Duprat de Britto Pereira**, opina em preliminar pelo não conhecimento da ação, ao fundamento de que insuficiente a impugnação feita apenas ao artigo 254 do Estatuto, que não seria *“uma ilha isolada no controle da liberdade dos meios de comunicação”*, com ligação também com os artigos 74, 75 e 76 do mesmo estatuto⁴, e no mérito se manifesta pela improcedência dos pedidos, ao argumento de que *“em uma sociedade democrática, o estabelecimento de regras proporcionais para o exercício da liberdade de expressão é medida necessária para assegurar outros bens constitucionalmente protegidos, dentre os quais a saúde e a moral da criança e do adolescente, tendo em vista a sua peculiar condição de ser humano*

2 Eis o teor dos dispositivos mencionados: **“Art. 21. Compete à União: (...) XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;”**

3 Eis o teor dos dispositivos mencionados: **“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. (...) § 3º Compete à lei federal: (...) 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, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”**

4 Eis o teor dos dispositivos mencionados:
“Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

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

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

ADI 2404 / DF

em desenvolvimento”.

Em julgamento iniciado em 2011, o Relator, Ministro Dias Toffoli, votou no sentido da procedência da ADI apenas para o efeito de “*declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘em horário diverso do autorizado’ contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90*”, à premissa, aportada pelo Ministro Ayres Brito quando do julgamento da ADPF nº 130, de que a lógica da Constituição Federal impõe que eventuais abusos detectados no mau uso da liberdade de manifestação do pensamento, de informação e de expressão, sejam aferidos caso a caso, “*pois esse modo casuístico de aplicar a Lei Maior é a maneira mais eficaz de proteção dos superiores bens jurídicos da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão lato sensu*”.

O Ministro Edson Fachin apresentou pontual dissenso, ao propor, exclusivamente quanto à expressão “**em horário diverso do autorizado**”, interpretação conforme a constituição (sem redução de texto), em lugar da declaração de inconstitucionalidade, para que se reconheça “*a nulidade de qualquer interpretação que condicione a veiculação de espetáculos públicos por radiodifusão ao juízo censório da Administração, admitindo, apenas, como juízo indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil*”.

Divido o voto em tópicos, para melhor permitir sua compreensão, tratando, sequencialmente, da **(I)** Delimitação do escopo desta decisão, do **(II)** Da Classificação indicativa, e **(III)** Conclusão.

I - DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DESTA DECISÃO

Rememoro que se trata de **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, arguindo a inconstitucionalidade do artigo 254 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), preceito normativo inserido nas infrações administrativas do ECA, especificamente a expressão “**em horário diverso do autorizado**”, a possibilitar, em tese, o exercício de censura sobre a transmissão de espetáculo por meio de rádio ou televisão.

ADI 2404 / DF

Como pano de fundo tem-se discussão referente à liberdade de expressão, de informação, de manifestação do pensamento, e o papel da família e do Estado na formação dos que assistem TV e ouvem rádio, como entretenimento ou informação.

Neste campo, expressivos os dados estatísticos da “**Pesquisa Brasileira de Mídia 2015**” (PBM 2015)⁵, reveladores dos hábitos médios dos brasileiros entrevistados, projetando proporções e padrões de comportamento generalizáveis. A referida pesquisa aponta a televisão como o meio de comunicação preponderante, e indica permanecer, o cidadão brasileiro, em média, cinco horas do seu dia conectado à internet, e serem os jornais os veículos mais confiáveis para os entrevistados.

Dentre os mais de 18 mil entrevistados, aproximadamente 95% afirmou assistir televisão, muito embora o número daqueles que tenham esse hábito diário represente 73%, dos cidadãos, que gastam em média 4h31 por dia expostos ao televisor, de 2^a a 6^a-feira, e 4h14 nos finais de semana (números superiores aos dados da pesquisa anterior, que registrou, respectivamente, 3h29 e 3h32). Neste particular, observo ainda:

“O tempo de exposição à televisão sofre influência do gênero, da idade e da escolaridade. De 2^a a 6^a-feira, as mulheres (4h48) passam mais horas em frente à TV do que os homens (4h12).

Os brasileiros de 16 a 25 anos (4h19) assistem cerca de uma hora a menos de televisão por dia da semana do que os mais velhos, acima dos 65 anos (5h16).

O televisor fica mais tempo ligado na casa das pessoas com até a 4^a série (4h47) do que no lar das pessoas com ensino superior (3h59).”⁶

Nessa linha, o controle da programação depende da formação, do

5 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira.** – Brasília: Secom, 2014.

6 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira.** – Brasília: Secom, 2014, p. 7.

ADI 2404 / DF

gênero e da idade da audiência, dados a serem considerados em perspectiva por esta Suprema Corte para decidir os pedidos deduzidos nesta ADI, em se tratando, reitero, do meio de comunicação mais utilizado.

Além disso, é preciso recordar que a previsão contida no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal publicada em 1990, repete em parte disposição normativa que já constava do antigo **Código de Menores de 1979** (artigos 65 e 66, da **Lei Federal nº 6697/1979**)⁷, mas inexistente no **Código de Menores de 1926** (Decreto nº 5083/1926), e também na **Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores de 1927** (Decreto nº 17.943-A/1927).

II - DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

Registrados o âmbito de alcance e o escopo da decisão, resalto alguns dados pertinentes à classificação indicativa, que representa política pública de Estado, realizada pela **Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça**, e se encontra regulamentada pela **Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014**, sujeitando alguns espetáculos à classificação indicativa, conforme artigos 3º e 4º, que abaixo reproduzo.

Sujeitos à classificação indicativa:

“I - obras audiovisuais destinadas à televisão e aos mercados de cinema e vídeo doméstico;

II - jogos eletrônicos e aplicativos; e

⁷ Eis o teor dos dispositivos mencionados:

“Art. 65. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em faixa de horário diversa da autorizada ou sem aviso de sua classificação. Pena - multa de dez a cinquenta valores de referência, aplicando-se o dobro na reincidência.

Art. 66. Exibir, no todo ou em parte, filme, cena, peça, amostra ou congêneres, bem como propaganda comercial de qualquer natureza, cujo limite de proibição esteja acima do fixado para os menores admitidos ao espetáculo. Pena - multa de meio a dois valores de referência. Parágrafo único. A pena poderá ser cumulada com a suspensão da exibição ou do espetáculo, no caso de inobservância da classificação fixada pelo Serviço Federal de Censura.”

ADI 2404 / DF

III - jogos de interpretação de personagens.”

Não sujeitos à classificação indicativa:

“I - exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows musicais;

II - competições esportivas;

III - programas e propagandas eleitorais;

IV - propagandas e publicidades em geral; e

V - programas jornalísticos.”

Destaco que as classificações indicativas levam em conta as temáticas de **sexo e nudez** (art. 12, I), **violência** (art. 12, II) e **drogas** (art. 12, III), e a título indicativo se dividem nas categorias de **análise prévia**⁸ e **autoclassificação**⁹. Vale dizer, permite-se uma classificação das obras prévia à exibição e outra posterior, de caráter confirmatório, considerados seis tipos diferentes de categorias: (i) **livre**; (ii) não recomendada para **menores de dez anos**; (iii) não recomendada para **menores de doze anos**; (iv) não recomendada para **menores de catorze anos**; (v) não recomendada para **menores de dezesseis anos**; e (vi) não recomendada para **menores de dezoito anos**.

Nessa linha, a hipótese não é de censura propriamente dita, pelo menos de forma explícita, uma vez que a classificação não leva à proibição de veiculação dos programas, mas apenas à sua adequação a determinado horário.

As obras, por sua vez, são classificadas em três faixas distintas de veiculação, com alteração apenas do horário: **faixa de proteção à**

8 Como análise prévia, conforme artigo 2º, inciso I, da Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014, do Ministério da Justiça, significa: “**processo padrão de classificação indicativa adotado pelo Ministério da Justiça antes da disponibilização da obra ao público**”.

9 Como análise prévia, conforme artigo 2º, inciso II, da Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014, do Ministério da Justiça, significa: “**atribuição da classificação indicativa pelo responsável pela obra, a ser confirmada ou não pelo Ministério da Justiça**”.

ADI 2404 / DF

criança¹⁰; faixa de proteção ao adolescente¹¹; e, faixa adulta¹².

Trata-se sem dúvida de tema sensível, no que tangencia a censura, ou a caracteriza de forma oblíqua, uma vez não prevista a proibição como tal de veiculação de espetáculo ou obra, em jogo apenas, em princípio, a adequação de programas a horários específicos, presente inclusive a possibilidade de os responsáveis sublimarem a classificação atribuída, ou a autoclassificação reconhecida pelos autores da obra.

Diversa, nessa linha, a presente hipótese de outras, de triste memória, em que proibida a circulação e reprodução de livros e obras cinematográficas e musicais.

De pontuar, ainda, que, embora não comporte o atual estado da arte incentivo a pensamento único, a eugenia, ou a higiene social e mental, como na Constituição de 1934 (art. 138)¹³, a vigente ordem constitucional estatui terem o Estado e a família o dever de velar pela educação, direito de todos, com a colaboração da sociedade, a teor do art. 205 da Lei Fundamental.

Dúvida não há de que a ordem jurídica instituída não autoriza

10 Na faixa de proteção à criança, um horário de veiculação: **“das seis às vinte horas: exibição de obras classificadas como livres ou não recomendadas para menores de dez anos”**.

11 Na faixa de proteção adolescente, três horários de veiculação:

- a) a partir das vinte horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de doze anos ou com classificação inferior;
- b) a partir das vinte e uma horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de catorze anos ou com classificação inferior;
- c) a partir das vinte e duas horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezesseis anos ou com classificação inferior”

12 Na faixa adulta: **“de vinte e três às seis horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezoito anos ou com classificação inferior”**.

13 Eis a redação da norma prevista na Constituição de 1934: **“Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) b) estimular a educação eugênica; (...) f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”**.

ADI 2404 / DF

exercício de censura prévia (artigos 5º, inciso IX, e, 220, § 2º, da Constituição Federal de 1988), nem que lei contenha “*dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social*”, a teor do art. 220, § 1º, da Magna Carta. Isso não significa, todavia, não possa o Estado (aliás, deve) se preocupar com a faixa de adequação dos programas e espetáculos a serem transmitidos, realizando classificação, ou permitindo a autoclassificação, **de modo meramente indicativo**.

O cuidado prioritário a crianças e adolescentes atende o comando da Constituição Federal, que impõe deveres de proteção. É o que emerge do seu art. 227, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o **direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**”

Permitir que o Estado negligencie a diferenciação entre adultos, crianças e adolescentes redundando em tratamento igual a desiguais, em violação do postulado da igualdade, com a mesma sede constitucional. Expor crianças a cenas de violência, ou de exploração sexual, crueldade e opressão vai sem dúvida de encontro à determinação constitucional.

Ao fim e ao cabo, a obediência a classificação indicativa que realize diferenciação entre os respectivos públicos guarda conformação com o princípio da igualdade, bem conhecidas suas dimensões: (1) como princípio ou regra, (2) como regra de justiça, (3) como direito fundamental, (4) como ideal político, (5) como valor moral, e, (6) como solidariedade. E existem ao menos três modos de aplicar a igualdade, como aponta **JEFFERSON CARÚS GUEDES**, baseado em **MARIA JOSÉ FALCÓN Y TELLA**, a saber:

ADI 2404 / DF

“tratamento igualitário, tratamento proporcional e tratamento equitativo. O primeiro é aquele que considera merecido o tratamento igual aos iguais; o segundo ocorre quando o trato é desigual aos desiguais, na proporção das desigualdades, sendo ambos quantitativos e numéricos; ao passo que o último, tratamento equitativo, se ampara em valores e não em quantidades ou medidas”¹⁴.

A Constituição Federal vigente, quando dispõe sobre a igualdade, consagra-a como princípio geral, aplicável em diversos pontos e com distintos graus de incidência, enquanto exige **igualdade de aplicação do direito em geral** (igualdade perante a lei) e **igualdade na criação do direito** (igualdade da lei)¹⁵, sem prejuízo, no campo da aplicação, da chamada **“inesgotabilidade conceitual”**, decorrente da mutabilidade social que impõe o acompanhamento da igualdade *“às novas concepções políticas e sociais”¹⁶.*

A considerar, ainda, a premissa de que alguns direitos fundamentais são garantidores não só de direitos subjetivos, mas também de instituições, objetivamente consideradas, ou seja, enquanto as chamadas *garantias de instituto (Institutsgarantien)* garantem instituições de direito privado, as *garantias institucionais (institutionelle Garantien)* garantem instituições de direito público, no sentido de que o legislador não pode extinguir o direito à liberdade de expressão, e os dispositivos normativos pertinentes também garantem – simultaneamente – o direito subjetivo da emissão e recebimento de informações, opiniões e material de formação pessoal, mas de acordo com a diferenciação da idade.¹⁷

14 GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

15 Para uma perspectiva sobre essa distinção, confira-se a reflexão de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, (igualdade de aplicação do direito e igualdade na criação do direito – respectivamente, igualdade perante a lei e igualdade da lei), em: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

16 GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

17 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

ADI 2404 / DF

Não fosse assim, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente não poderia prescrever a comercialização de revistas com material inadequado ou impróprio para crianças em embalagens lacradas, com advertência de seu conteúdo, e opacas (art. 78 do ECA), nem proibiria ou penalizaria pessoas por expor cenas de sexo e nudez com crianças ou adolescentes.

Em rápida incursão ao direito comparado, ponto que nos Estados Unidos da América, em linhas gerais, há uma agência federal, a **Federal Communications Commission**, criada para regular a transmissão comunicacional interestadual por meio de rádio e televisão (dentre outras formas), que pode proibir determinadas condutas e conteúdos, e aplicar penalidade aos que violarem as regras estabelecidas, considerado o espaço público destinado à comunicação.

Tal remete a caso julgado pela Suprema Corte americana, o *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), em que o Tribunal se deparou com narrativa fática das mais peculiares. Um famoso comediante, de nome George Carlin, gravara em 1973, ao vivo, um monólogo de 12 minutos intitulado "**Filthy Words**", diante de público espectador em teatro na Califórnia, e por volta das duas horas da tarde uma estação de rádio de Nova Iorque veio a transmiti-lo e foi ouvido por um homem que dirigia seu automóvel na companhia do filho.

O monólogo continha sátira sobre palavrões que não deveriam ser falados em público, que foram repetidos pelo comediante diversas vezes em tom pejorativo, o que fez colocasse a Agência Federal em evidência possível sanção futura sobre o ocorrido, pela transmissão pública de palavras consideradas "patentemente ofensivas", com base em regulamento que buscava impedir a utilização pública de transmissões públicas obscenas, indecentes e profanas, muito embora não aplicada penalidade formal e imediata.

A proteção almejada pelo regulamento visava à salvaguarda das crianças, para evitar que pelo menos no espaço público não fossem submetidas a linguagem ofensiva e considerada indecente, tendo em vista

ADI 2404 / DF

o horário da transmissão, forte no argumento de que:

“A agência nunca pretendeu estabelecer uma proibição absoluta para a transmissão desse tipo de linguagem, mas ao invés disso canalizá-la para certos horários do dia em que a maioria das crianças não estariam expostas a ela.”¹⁸ (Tradução Livre)

O decidido pela Suprema Corte americana diz com a percepção de que a ameaça de não renovação da licença por violação das regras de transmissão não se considera censura, e que a transmissão de linguagem “patentemente ofensiva”, de maneira pública, no horário em que ocorreu, tem o potencial de colocar as crianças em risco.

DAVID LEVY, ao comentar esta decisão da Suprema Corte um ano depois de prolatada, observou que ainda era cedo para prever os seus efeitos, mas que certamente faria com que os programas de rádio e televisão tivessem mais cuidado ao utilizar o seu “*privilégio de transmissão*”¹⁹.

Em 2012 foi reafirmada a força deste precedente no **caso Communications Commission v. Fox Television Stations (2012)**, tendo-se estabelecido, contudo, a necessidade de a conduta praticada e a penalidade aplicável estarem claramente perceptíveis, no que se refere à linguagem ofensiva.

Falar de peculiaridades e realidades distintas pode trazer alguns inconvenientes, é certo, como tentar comparar as programações infantis das televisões brasileira, americana e, *v.g.*, dinamarquesa. A propósito, especialmente quanto à televisão dinamarquesa, lembro artigo recentemente publicado na revista **The Economist**²⁰ acerca da percepção

18 Menção expressa ao relatório da decisão da Suprema Corte Americana, cuja opinião da corte foi redigida pelo justice Stevens. Cfr. **Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation**, 438 U.S. 726 (1978).

19 LEVY, David. Comment: **FCC v. Pacifica Foundation**. *Hofstra Law Review*. Vol. 7, 1979.

20 R.L.G. **Don't need no education What Danes consider healthy children's**

ADI 2404 / DF

de quão liberal e aberta é a programação infantil naquele país, com violência, prevalência do destaque da realidade, questionamentos da existência e mesmo da sexualidade das divindades, e o uso de palavras.

A realidade dinamarquesa sem dúvida é distinta da realidade brasileira, nas perspectivas social, política, econômica e jurídica, assim como também o é a realidade norte-americana, sobrelevando, em qualquer hipótese, as peculiaridades fruto da nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a Constituição Federal não proíbe a realização de classificação indicativa, e o artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua mais adequada exegese, não contempla, em si, censura prévia, pelo menos de forma explícita, representando, antes, preocupação com os horários em que determinadas temáticas deverão ser veiculadas, considerados o público infantil e o adolescente, especialmente porque o constituinte se preocupou em diferenciar a formação das crianças, dos adolescentes e dos adultos, com base no projeto constitucional de proteção da igualdade: tratar os iguais igualmente na medida de sua igualdade, e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade.

Sobre o tratamento desigual como busca da igualdade, e reconhecendo a existência de diferenças essenciais entre crianças até 12 anos de idade, adolescentes separados em grupos de até 14, até 16 e até 18 anos, bem como entre esses e os grupos de pessoas maiores de 18 anos, a relevante reflexão de **BODO PIEROTH** e **BERNHARD SCHLINK**:

“Vigora o princípio segundo o qual nenhuma pessoa é exatamente como a outra e de que nenhuma situação é exatamente como a outra. Por isso, ‘igualdade essencial’ só pode significar que as pessoas, os grupos de pessoas ou as situações são comparáveis. A compatibilidade necessita, em primeiro lugar, de um ponto de referência (*tertium comparationis*) (...)

television. The Economist. Aug 12th 2016. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/prospero/2016/08/don-t-need-no-education>>, acesso em 28.08.2016.

ADI 2404 / DF

O ponto de referência é o conceito supraordenado comum (*genus proximum*), sob o qual caem as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações tratadas de maneira juridicamente diferente. Sob esse conceito supraordenado têm de se evidenciar, completa e exhaustivamente, as pessoas, os grupos de pessoas ou as situações que apresentam diferenças em virtude de uma marca distintiva (*differentia specifica*). Pelo contrário, também não se evidenciam o conteúdo, a dimensão e a razão possível do tratamento desigual.”²¹

Não fosse assim, não haveria uma classificação das incapacidades no Código Civil, entre os absolutamente e os relativamente incapazes, respectivamente menores de 16 anos (art. 3º do Código Civil), e a partir dessa idade até os 18 anos (art. 4º, inciso I, do Código Civil), ou da idade núbil de 16 anos (art. 1.517, do Código Civil), ou o estabelecimento de uma idade de responsabilização penal aos 18 anos (art. 228 da Constituição Federal), ou mesmo a própria classificação do Estatuto da Criança entre crianças e adolescentes, respectivamente até os 12 anos, e entre os 12 e os 18 anos.

Sob outro prisma, a partir do magistério de **ROBERTO GARGARELLA**, a Constituição há de ser vista como “*um projeto entre iguais*”, que proíbe qualquer forma de discriminação injustificada, uma vez que a igualdade representa “*a coluna vertebral de toda constituição democrática e republicana*”, pertinente a um conceito de democracia deliberativa, que pressupõe o reconhecimento do duplo compromisso com a autonomia individual e com o autogoverno coletivo, a partir dos quais:

“Os assuntos públicos devem ser resolvidos – não a partir da decisão de alguns poucos, nem de um acordo entre os grupos mais poderosos da comunidade, senão – conforme uma discussão que envolva a todos os potencialmente afetados pela

21 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

ADI 2404 / DF

decisão que será tomada.”²²

A considerar, ainda, o quanto estipulado na **ADPF nº 130**, de relatoria do Ministro **CARLOS AYRES BRITTO**, no sentido de que, embora a liberdade de expressão e manifestação do pensamento seja ampla, plena e constitucionalmente assegurada, também admitidas as restrições que a própria Constituição Federal estabelece, e é o próprio texto constitucional que respalda tratamento diferenciado a crianças, adolescentes e adultos, assim como garante à família o direito de ter respeitados os valores éticos e sociais nas transmissões de rádio e TV (art. 221, inciso IV), a par de compartilhar com o Estado o dever pela educação (art. 205).

Nesse contexto, comungando com as premissas básicas do belo voto do Ministro Relator, e observados tais aspectos, peço vênias para acompanhar o pontual dissenso do voto do Ministro **EDSON FACHIN**, emprestando interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, à expressão “**em horário diverso do autorizado**” contida no artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a excluir toda compreensão que comporte qualquer espécie de censura prévia, admitido o estabelecimento de horário específico de exibição que salvaguarda a diferenciação entre crianças, adolescentes e adultos.

(III) CONCLUSÃO.

Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido deduzido na presente **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, acompanhando a pontual divergência do Ministro Edson Fachin, com renovado pedido de vênias ao Relator, com o que se afirma a importância da classificação indicativa, mas não a título censório.

É como voto.

22 GARGARELLA, Roberto. *La concepción constitucional de la libertad de expresión*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (Julio de 2013).