



Yasmin Fauze Mahmoud

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA:

**Um estudo de caso da ADI 2.404 do Supremo Tribunal
Federal**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público - SBDP, sob
a orientação da Professora
Alynne Nunes.**

SÃO PAULO

2020

Resumo:

A pesquisa tem por objetivo realizar estudo de caso sobre atribuição de sanção às emissoras de televisão e de rádio, em caso de descumprimento da política de classificação indicativa de obras audiovisuais, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi objeto da ADI 2404, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. O caso apresenta conflito principiológico entre os direitos da liberdade de expressão e da proteção à criança e ao adolescente. Os votos dos ministros e a fundamentação utilizada é o principal objeto de análise da pesquisa, no sentido de elucidar quais os posicionamentos sobre tema complexo e que repercute diretamente no direito à liberdade de expressão e na atribuição de significado mais denso ao direito à criança e ao adolescente, fortalecido pela Constituição Federal de 1988. Por meio da análise, notou-se a existência três correntes argumentativas, embora tenha havido convergência quanto ao resultado, pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Ao final do estudo, concluiu-se que há uma prevalência do princípio da liberdade de expressão, mesmo os ministros terem considerado cuidadosamente o princípio da proteção da criança e do adolescente. Portanto, a ação foi julgada como procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do trecho “em horário diverso do autorizado”, previsto em artigo do ECA, afastando-se, portanto, a penalidade caso transmitida programação em horário que divirja daquele indicado pela classificação indicativa.

Palavras-chave: liberdade de expressão; proteção da criança e do adolescente; STF; classificação indicativa; classificação etária; televisão.

|

AGRADECIMENTOS

Em um ano de pandemia, dificuldades sobram. Porém, é nesse momento que é preciso parar e agradecer às pessoas que sempre estiveram lado a lado, apoiando-me e incentivando-me quando precisei. Nesse sentido, eu gostaria de agradecer, em primeiro lugar, a minha orientadora Alynne Nunes cuja frase célebre “sigamos em frente”, era-me um acalento sempre, pois não havia espaço, nem motivo, para lamentar o *leite derramado*. O *pulo do gato* era olhar para frente.

Além desse espírito incentivador, Alynne ensinou-me os primeiros passos de uma pesquisa empírica: como encontrar as palavras-chave para a pesquisa de jurisprudência; como filtrar os acórdãos encontrados e, mais do que tudo, como aceitar o desafio de realizar e confrontar os percalços de uma monografia na Escola de Formação.

Nesse ímpeto motivacional, a Ana Luiza Arruda, professora e tutora da Escola de Formação durante 2020 foi maravilhosa. Muito atenciosa, preocupada, cuidadosa, inteligente e reconfortante, sempre foi uma luz. Bem como todo o time de coordenação, Mariana Vilela e Yasser Gabriel, que despertaram meu interesse em estudar a jurisprudência do STF.

Além de mim, outros amigos da Escola de Formação e da USP também estiveram ao meu lado, nas dificuldades e alegrias, não citarei nomes para não ser injusta e esquecer de alguém, porém tenho carinho imenso por todos.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a quem me incentivou, desde o início, a ser uma pessoa melhor, apoiando a construção do meu conhecimento, do meu caráter e do meu senso crítico. Meus pais, Fauze e Sahar, e meus professores da escola, que me despertaram a vontade de conhecer e a ter um outro olhar para o mundo. Obrigada por tudo. Dedico este trabalho a vocês.

*"Maravilha sem par
a televisão
só falta não falar."
(Millôr Fernandes)*

Lista de Abreviações

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

MJSP - Ministério da Justiça e Segurança Pública

PTB - Partido Trabalhista Brasileiro

RPG - *Role Playing Game* ("Jogo de Interpretação de Papéis")

SNJ - Secretaria Nacional de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. Introdução	9
1.1. Tema	9
1.2. Como regula	10
1.3. Quem regula	13
1.4. Por que regula	14
2. O processo de classificação indicativa	15
3. A Radiodifusão e a Telecomunicação como Serviços Públicos	17
4. Contextualização	19
5. Metodologia	22
5.1. Objetivo	22
5.2. Justificativa	22
5.3. Perguntas	22
5.4. Hipóteses	22
5.5. Método	23
6. Análise da Ação	25
6.1. Petição Inicial	26
6.2. O acórdão	29
6.3. Voto Ministro Dias Toffoli	31
6.4. Voto Ministro Luiz Fux	39
6.5. Voto Ministra Cármen Lúcia	41
6.6. Vista Ministro Joaquim Barbosa	42
6.7. Esclarecimento	43
6.8. Voto Ministro Ayres Britto	43
6.9. Voto-Vista Ministro Edson Fachin	44
6.10. Voto Ministro Teori Zavascki	51
6.11. Voto Ministra Rosa Weber	52
6.12. Voto Ministro Marco Aurélio	54
6.13. Voto Ministro Celso de Mello	57
6.14. Voto Ministro Ricardo Lewandowski	57
7. Considerações Finais	60

1. INTRODUÇÃO

1.1. Tema

A radiodifusão e a telecomunicação são temas geradores de pautas extensas e polêmicas entre os juristas, desde a sua inserção no Brasil, na primeira metade do século XX¹. Nesse sentido, a regulação dessas mídias costuma ser alvo de debate, especificamente sobre três aspectos principais: como regula, quem regula e o porquê regula.

O objetivo dessa pesquisa é focado nos três aspectos, na medida em que se pretende averiguar como a classificação indicativa para programas de rádio, cinema e televisão foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), haja vista que pretende orientar pais e responsáveis sobre o conteúdo a ser exibido nas programações. Por conseguinte, quem deve realizar a regulação - se é competência exclusiva do Ministério da Justiça e Segurança Pública - e as razões da regulação, do modo como é feita.

No Brasil, a classificação indicativa é atribuída ao setor estatal², que analisa elementos de certa obra audiovisual a fim de verificar quais temas sensíveis podem ensejar maior ou menor grau de classificação, de acordo com o critério etário. Assim, pretende-se proteger menor de idade de conteúdos sensíveis - como violência, drogas e sexo -, orientando os pais e responsáveis sobre o conteúdo a ser transmitido. Por outro lado, questiona-se se a classificação indicativa não seria nova espécie de censura, pois, ao condicionar a exibição de determinado conteúdo audiovisual, de acordo com a classificação etária, limitando os horários disponíveis para a sua veiculação, haveria limitação na liberdade de expressão.

Por isso, o STF apreciou a ADI 2404, em 2016, que é o objeto de análise desta pesquisa. Na ação, debateu-se sobre esse sistema de classificação de conteúdo audiovisual, tendo como mote o art. 254, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribuía penalidade às teles que

¹ RODRIGUES, Antonio Paiva. Pequena história do rádio e da televisão, *Observatório da Imprensa*, 20 de ago. de 2008. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/diretorio-academico/pequena-historia-do-radio-e-da-televisao/>> . Acesso em: 01 de fev. de 2021.

² Tratar-se-á dos detalhes regulatórios adiante.

descumprissem a orientação da classificação etária para sua programação.

Pretende-se, com isso, demonstrar os argumentos sobre esse caso paradigmático, especialmente para apresentar quais os princípios constitucionais em embate - liberdade de expressão e a proteção da criança e do adolescente - e a forma como os ministros conduziram os fundamentos de seus votos. Essas lentes são relevantes para compreender o direito à liberdade de expressão no Brasil, considerando direitos de estatura similar.

Por isso, nesta pesquisa, de início, farei uma explicação da regulação, bem como do processo de classificação indicativa. Após isso, farei um tópico voltado à radiodifusão e à telecomunicação como serviços públicos no Brasil, em decorrência de sua peculiaridade, no sentido de apresentar ao leitor o contexto no qual a classificação indicativa está inserida. Isso porque a concessão proposta ao setor das comunicações é complexo e carece de melhorias; esse tema é pauta de uma das saídas sugeridas pelos ministros, no que tange às sanções do dispositivo em debate.

Em seguida, analisarei os votos dos ministros, no julgamento de mérito. Nas seções seguintes, pretendo explicar com detalhes o funcionamento da classificação indicativa no Brasil, cujo preâmbulo é importante para compreender a dimensão dos votos e o quanto esse modelo de classificação influencia no debate constitucional.

A minha pergunta de pesquisa é: como a argumentação dos ministros é construída ao longo do debate, já que é uma ação que se inicia em 2001 e se encerra em 2016?

O método consiste em analisar os votos, uma vez que sustentam certo amadurecimento do tema, após mais de uma década de tramitação e de debate social. O processo da metodologia será detalhado mais à frente.

1.2. Como regula?

A classificação indicativa no Brasil é um instrumento que permite ao receptor, especialmente aos pais, entender qual é a idade mínima recomendada ao conteúdo do programa que será veiculado.

O tema é objeto de regulação estatal, cujo objetivo consiste em indicar e recomendar a partir de qual faixa etária o teor da programação não será nocivo moral e psicologicamente à criança e ao adolescente. Essa finalidade protetiva está prevista no artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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.**

Além da própria Constituição prever a proteção à criança e ao adolescente contra possíveis danos e violências, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz regras a respeito da classificação indicativa para programações, nos artigos 74 a 76:

Art.74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, **informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem**, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos **classificados como adequados à sua faixa etária.** Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, **no horário recomendado para o público infante juvenil**, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. **Nenhum espetáculo será apresentado ou**

anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Além desses, os artigos 253 a 256 e o 258 tratam de penalidades àqueles que infringirem o regramento de classificação indicativa. Especialmente o artigo 254 foi alvo de discussão no fim dos anos 1990, porque o trecho “em horário diverso do autorizado” deu margem para a interpretação no aspecto da censura, por força da palavra “autorizado”, dado que o dispositivo previu a aplicação de sanções à emissora que transmitir espetáculo em horário diverso daquele indicado na classificação:

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.

A Cartilha da Classificação Indicativa, elaborada pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça e Segurança Pública³, é um documento didático que informa à sociedade como funciona o mecanismo de classificação indicativa no Brasil. Ela mesma, na sua página 9, enfatiza que classificação não é censura, fundamentando com o artigo 5º, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,

³ DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA, CLASSIFICAÇÃO, TÍTULOS E QUALIFICAÇÃO. Classificação indicativa - Informação e Liberdade de Escolha, [justica.gov.br](https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/cartilh_informacaoliberaldadeescolha.pdf).. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/cartilh_informacaoliberaldadeescolha.pdf> . Acesso em 01 de fev. de 2021.

independentemente de censura ou licença;

Por outro lado, debateu-se se a classificação indicativa, ao indicar para qual faixa etária aquela programação se direcionava, era uma espécie de censura estatal, porque a definição do que é ou não apropriado poderia ser subjetiva, cuja criação de conteúdo audiovisual ficaria sujeita à definição da classificação. Também se questionava a respeito da competência para criar regras de classificação indicativa, já que o Ministério da Justiça edita normas sobre o assunto e também faz a classificação do conteúdo.

Desse modo, surgiu debate a respeito de embate principiológico entre a proteção da criança e do adolescente, respaldada pela possibilidade de autorizar em qual horário as programações infanto-juvenis seriam veiculadas, e a liberdade de expressão, que poderia ser ameaçada a partir de uma autorização direta, vinda da Administração Pública, o que poderia resultar numa espécie de censura prévia.

Assim, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404, em 5 de fevereiro de 2001. Procedente a ação, por sete votos a três, a liberdade de expressão se sobressaiu, com a declaração de inconstitucionalidade do trecho “em horário diverso do autorizado”, contido no artigo 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A ação somente foi decidida em definitivo em 2016, ou seja, o debate se estendeu no STF por mais de uma década.

1.3. Quem regula

Os outros dois aspectos mencionados, “quem regula” e “porquê regula”, apesar de não serem o objeto da pesquisa, são igualmente importantes para a questão. Hoje, a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça (MJ), isto é, órgão integrante do Poder Executivo, é a responsável pela classificação indicativa. Talvez a razão por que este órgão possui atribuição para tratar da classificação indicativa seja porque lá a censura era realizada, durante o governo da Ditadura Militar (1964 - 1985).

Ainda sobre o primeiro aspecto, é interessante ressaltar que o artigo 223 da Constituição da República prevê a outorga da permissão, concessão e

autorização do serviço público de radiodifusão e de telecomunicação pelo Poder Executivo, porém, apenas se apreciado pelo Congresso Nacional, no prazo de 45 dias. Essa outorga, portanto, só produz efeitos depois da autorização do Congresso Nacional, podendo ser cancelada antes do prazo, apenas mediante decisão judicial. Desse modo, vê-se a atuação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

No entanto, a responsabilidade pela classificação indicativa fica a cargo do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP). Segundo a Cartilha da Classificação Indicativa, elaborada pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificações⁴, no que concerne a programas de TV, filmes, espetáculos, jogos eletrônicos e de interpretação (RPG), o órgão de natureza regulatória advém do Poder Executivo.

1.4. Por que regula

Em se tratando de classificação indicativa, os critérios são essenciais para que a população compreenda quais foram os motivos que levaram os profissionais a chegarem à conclusão de que determinado programa é L (“livre”) ou 10 (“recomendado para maiores de 10 anos”), por exemplo.

Ao passo em que a sociedade se transforma, juntamente a ela, seus valores morais e sociais também; assim, a classificação indicativa também pode estar sujeita a um julgamento moral e/ou social, até porque é um ato unilateral do Estado – que, no entanto, deve ser devidamente justificado, como todos os atos públicos. Assim, a depender de qual a linha ideológica do governo em questão, há o risco de um enrijecimento ou um abrandamento nos parâmetros classificatórios, ainda que existam critérios previamente definidos, posto que é inegável a subjetividade intrínseca em cada conteúdo audiovisual⁵.

⁴ Cartilha: Classificação Indicativa - Informação e Liberdade de escolha. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/cartilh_informacaoliberaldadeescolha.pdf> Acesso em 2 fev. 2021.

⁵ Recentemente, no final de janeiro de 2021, o Ministério da Justiça reclassificou a faixa etária recomendada ao filme “Um príncipe em Nova York”, quase 33 anos após o seu lançamento. Anteriormente classificado como “livre”, agora é recomendado para “maiores de 14 anos”, consequentemente, podendo ser exibido somente após às 21h. Isso ocorreu porque houve

2. O processo de classificação indicativa

Segundo a Cartilha do Ministério da Justiça, o processo de classificação é realizado em três etapas principais: (i) análise de cenas de sexo, drogas e violência; (ii) identificação de temas e (iii) da idade para a qual a programação não é recomendada. Ainda, os efeitos audiovisuais, como, por exemplo, a sonoplastia, podem ser considerados agravantes. Essa análise é realizada, de acordo com a Cartilha de Classificação Indicativa, elaborada pelo MJSP, já citada acima, por profissionais de quatro áreas diferentes: Direito, Psicologia, Pedagogia e Comunicação Social.

No entanto, programas jornalísticos ou noticiosos, esportivos, propagandas eleitorais e publicidade, espetáculos circenses, teatrais e *shows* musicais não são classificados pelo Ministério da Justiça e podem ser exibidos em qualquer horário – ou seja, não se sujeitam à classificação indicativa. Os programas ao vivo poderão ser classificados se apresentarem inadequações, a partir de monitoramento ou denúncia.

A seguir, ilustração disponibilizada na Cartilha de Classificação Indicativa - Informação e Liberdade de Escolha⁶:

uma denúncia feita por algum cidadão que constatou haver “eixos temáticos de violência, sexo e drogas, com destaque para tendência a nudez”.

⁶ Cartilha: Classificação Indicativa - Informação e Liberdade de escolha. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/cartilh_informacaoliberalidadeescolha.pdf> Acesso em 2 fev. 2021.

Entenda os símbolos da Classificação Indicativa na TV

Símbolo	Classificação Indicativa	Características	Horário de exibição
L	Livre	Não expõe crianças a conteúdos potencialmente prejudiciais	Exibição em qualquer horário
10	Não recomendado para menores de 10 anos	Conteúdo violento ou linguagem inapropriada para crianças, ainda que em menor intensidade	Exibição em qualquer horário
12	Não recomendado para menores de 12 anos	As cenas podem conter agressão física, consumo de drogas e insinuação sexual	Exibição a partir das 20h
14	Não recomendado para menores de 14 anos	Conteúdos mais violentos e/ou de linguagem sexual mais acentuada	Exibição a partir das 21h
16	Não recomendado para menores de 16 anos	Conteúdos mais violentos ou com conteúdo sexual mais intenso, com cenas de tortura, suicídio, estupro ou nudez total.	Exibição a partir das 22h
18	Não recomendado para menores de 18 anos	Conteúdos violentos e sexuais extremos. Cenas de sexo, incesto ou atos repetidos de tortura, mutilação ou abuso sexual.	Exibição a partir das 23h

É aconselhável que os pais assistam e conversem com os filhos sobre os conteúdos e temas abordados, a Classificação Indicativa também é apresentada na Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).

Para enquadramento em cada uma das faixas etárias, são também analisados os agravantes e os atenuantes. São considerados agravantes, por exemplo, efeitos de sonoplastia e o enquadramento de imagem. Por outro lado, comportamentos cooperativos, solidários, de valorização do ser humano podem ser considerados atenuantes. A seguir, uma breve explicação do processo de classificação indicativa em cada veículo midiático, de acordo com a Cartilha de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP)⁷:

TV → São duas etapas: (i) autotransmissão e (ii) classificação. A primeira etapa consiste na própria emissora ou produtora enviar a sinopse do conteúdo ao Ministério da Justiça que, em seguida, na segunda etapa, tem 60 dias para monitorar a obra e checar se há a necessidade da reclassificação. O trabalho do monitoramento é contínuo e fundamentado na análise de cenas de drogas, sexo e violência.

Cinema → Os filmes são enviados ao Ministério da Justiça, onde uma dupla de profissionais assiste aos

⁷ Cartilha: Classificação Indicativa - Informação e Liberdade de escolha. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/cartilh_informacaoliberaldadeescolha.pdf> Acesso em 2 fev. 2021.

filmes e discute sua classificação, cada caso sendo averiguado individualmente. De acordo com a Portaria 1.100/2006, o cinema é um espaço público, portanto, o menor de idade pode ingressar para ver filmes de faixas iguais ou inferiores a sua idade. Além disso, é necessário que haja o aviso, acessível a todos, informando a idade adequada da obra veiculada no estabelecimento.

Vídeo/DVD → São as mesmas do cinema.

Teatro/Shows musicais → Apesar da classificação desse tipo de espetáculo não ser realizada pelo Ministério da Justiça, ainda sim, é necessário que haja o aviso da classificação etária.

3. A Radiodifusão e a Telecomunicação como Serviços Públicos

Em célebre texto da professora Odete Medauar⁸, ela coloca que o serviço público significa ter um (i) vínculo orgânico com a Administração, o que não quer dizer uma atividade prestada somente pelo poder público, mas sim que tenha *presunção de serviço público e relação de dependência entre atividade e Administração* e (ii) um regime jurídico submetido total ou parcialmente ao Direito Administrativo.

Nesse sentido, a Constituição Federal dispõe no *caput* do artigo 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A radiodifusão e a telecomunicação são usualmente consideradas serviços públicos no Brasil, porém, existem algumas peculiaridades que devem ser consideradas, principalmente no primeiro aspecto a que especifica a professora Odete Medauar, do vínculo orgânico com a Administração, pois nessa atividade prestada, em se tratando de rádio e TV, há questões que precisam ser analisadas com cuidado.

Um artigo publicado por Miriam Wimmer e Octavio Penna Pieranti⁹,

⁸ MEDAUAR, Odete. *Serviço Público*. Revista de Direito Administrativo, v.189 (1992) 01 de julho de 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45285>> Acesso em 29 jan. 2021.

⁹ “Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional” (v. 11 n. 1 (2009): Revista Electrónica Internacional de Economía Política de las Tecnologías de la Información y la Comunicación)

que trata dos problemas da regulamentação do rádio e da televisão, à luz da legislação vigente, traz algumas dessas peculiaridades referentes à radiodifusão como serviços públicos no Brasil, como por exemplo, um excesso de “autorização” e uma carência na “concessão”, propriamente dita. Tanto é que na Lei 8.987/95, a Lei das Concessões, não dispõe sobre a radiodifusão:

“Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.”

No artigo, uma das conclusões mais importantes trazidas é a de que:

“Há, porém, contradições e imprecisões nas normas infraconstitucionais. A escolha do instrumento jurídico de outorga está ligada ao alcance das emissoras de radiodifusão, por si só uma lógica incomum. Além disso, não há parâmetros legais – ou eles são absolutamente imprecisos – para aferir o atendimento de determinados princípios, como eficiência e cortesia na prestação, nem tampouco existem mecanismos que privilegiem a transparência e o controle social da prestação do serviço. Além disso, tanto as emissoras de televisão e de rádio nacionais (concessionárias), quanto as locais (autorizadas ou permissionárias) devem atender a regras semelhantes relativas à programação, que vão dos princípios constitucionais à obrigatoriedade de transmissão de alguns programas, como o horário eleitoral gratuito. Por fim, impôs-se uma fragmentação legal no setor de telecomunicações (no qual estava incluída a radiodifusão), a partir da promulgação da LGT, que acabou por criar três lógicas distintas para as outorgas do setor: a das telecomunicações, a da radiodifusão e uma terceira – a da TV por Assinatura – situada em um limbo (pelo menos até a aprovação de projeto de lei que, no momento da conclusão deste artigo, se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados).

Uma das explicações levantadas ao final do artigo é a de ou há falta de regulamentação apropriada para esse setor, ou que há uma divergência grande entre autores, no que concerne à denominação do que seja serviço

público nos termos da radiodifusão e o terceiro entendimento é de que a própria legislação se opõe ao conceito de serviço público.

4. Contextualização:

O Brasil é marcado por uma grande influência das emissoras de radiodifusão e de televisão. As primeiras, começaram no Brasil nos anos 1920 e, as segundas, nos anos 1950, fazendo com que o entretenimento via rádio e TV fizesse parte integral da vida do brasileiro. Na década de 1970, as fábricas de televisores começaram a chegar no Brasil, na Zona Franca de Manaus, através de incentivos fiscais, o que possibilitou a massificação dos aparelhos¹⁰.

Segundo o blog Aventuras na História, do Portal UOL¹¹, nos anos 1990, havia uma forte disputa por audiência entre os programas dos apresentadores de TV Fausto Silva, o *Faustão*, da Rede Globo e Augusto Liberato, o *Gugu*, do SBT, de modo que imperava conteúdo grotesco, de violação aos direitos humanos, o que motivou intenso debate político à época sobre o sistema de classificação indicativa.

“No dia 25 de agosto, Gugu recebeu no palco rapazes mexicanos com uma doença chamada Hipertricosose — que origina o crescimento excessivo de pelos no corpo das pessoas que sofrem com esse distúrbio.

Chamados de lobisomens mexicanos, eles foram sabatinados com perguntas que iam de coisas mais bizarras (“como era possível eles tomarem banho”) até outras mais esdrúxulas (“se a família deles tinha alguma relação com a lenda do lobisomem”). O show apelativo rendeu 16 pontos de audiência para Gugu, o que

¹⁰ RODRIGUES, Antonio Paiva. Pequena história do rádio e da televisão, *Observatório da Imprensa*, 20 de ago. de 2008. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/diretorio-academico/pequena-historia-do-radio-e-da-televisao/>> . Acesso em: 01 de fev. de 2021.

¹¹ AVENTURAS NA HISTÓRIA. Caso Latininho: Humilhação de jovem escancarou o vale-tudo televisivo nos anos 1990. 10 de fevereiro de 2020. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/almanaque/caso-latininho-humilhacao-de-jovem-escancarou-o-vale-tudo-televisivo-nos-anos-1990.phtml>>

representou um crescimento de 25% do público.

Para combater o circo de horrores do concorrente, Faustão recebeu no dia 8 de setembro o jovem Rafael Pereira dos Santos, de apenas 15 anos. Portador da síndrome de Seckel — um distúrbio genético que causa microcefalia, nanismo, deformações faciais e até mesmo quadro de deficiência intelectual —, o jovem apareceu em rede nacional vestido como o cantor Latino, naquele que se tornou um dos momentos mais constrangedores da história da televisão brasileira.¹²

Note-se que a matéria referenciada acima trata do caso conhecido como “Latininho”, no qual um rapaz com deficiências foi humilhado ao vivo no programa, inclusive com ajuda de um grupo de humor, de modo que o programa do Faustão alcançou a marca de 30 pontos de audiência.

De acordo com a mesma fonte, o debate que se sucedeu à época exigia maior cautela das emissoras. A Rede Globo propôs criar um Código de Ética junto ao SBT, porém, esta última não aceitou, por alegar já ter o seu próprio código de conduta.

Já nos anos 2000, ainda era relativamente comum a exibição de programas grotescos, de humilhação a deficientes, em evidente afronta à Constituição Federal. Nesse sentido, a Justiça de São Paulo, em 2005, retirou o programa da Rede TV do ar, “Tardes Quentes”, por 60 dias, de João Kleber:

“O pedido foi baseado em uma série de cenas que desrespeitam aos Direitos Humanos e e passam conceitos de homofobia, exibidas no quadro de pegadinhas do programa “Tarde Quente”, apresentado pelo humorista João Ferreira Filho, o João Kleber.”¹³
(sic.)

O debate sobre o tema não é simples, embora passou a contar com regulação cada vez mais específica e criteriosa do Ministério da Justiça sobre

¹² Idem.

¹³ JUSBRASIL. Justiça de São Paulo tira Rede TV do ar. 07 de Novembro de 2005. Disponível em <<https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/136406/justica-de-sao-paulo-tira-rede-tv-do-ar>> Acesso em 01 de fev. de 2021.

a classificação do conteúdo audiovisual. Isso porque toca intimamente na liberdade de expressão e em seu embate com outros princípios de mesma estatura constitucional.

Nesse sentido, cita-se como exemplo a proibição de exibição do filme sérvio "A serbian film", o qual foi acusado de incitar a pedofilia e a violência, por demonstrar cenas supostamente reais das referidas práticas, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Em virtude de seu conteúdo, mesmo sendo classificado como destinado ao público maior de idade, de acordo com as últimas notícias, o filme está suspenso no país por tempo indeterminado¹⁴.

Mais recentemente, em 2020, o empresário Jonas Rossatto criou um projeto de lei em que programas jornalísticos com atrações policiais fossem proibidos de serem veiculados das 6h às 22h, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Abuso de Autoridade. O empresário afirma que não defende a censura, mas sim, um horário indicativo adequado, pois os conteúdos são extremamente violentos e traumáticos – e que, cabe lembrar, não estão sujeitos à sistemática da classificação indicativa, o que permite a exibição em qualquer horário. Ele afirma, ainda, que a linguagem utilizada é de baixo calão e que muitas vezes acontecem "linchamentos virtuais que acabam se tornando reais"¹⁵.

¹⁴ G1. *Suspenso no Brasil, a 'Serbian Film' teve robôs usados em filmagens*. 29 de Julho de 2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/07/suspenso-no-brasil-serbian-film-teve-robos-usados-em-filmagens.html>>

¹⁵ NOTÍCIAS DA TV, por Daniel Castro. *Quem é o empresário que está em guerra para tirar Datena, Bacci e Sikêra do ar?*. 28 de Setembro de 2020. Disponível em <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/quem-e-o-empresario-que-esta-em-guerra-para-tirar-datena-bacci-e-sikera-do-ar-43159?fbclid=IwAR3gB_wrTw-tVRA-b1Ck-kx_TzrIyWzfmUJZVDSiFfBeIOVknr058Olu3kM#.X3akdHsP4MI.facebook> Acesso em 03 de fev. de 2021.

5. METODOLOGIA

5.1. Objetivo:

Examinar a fundamentação dos votos dos Ministros do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404, a fim de entender as linhas argumentativas, bem como a sua construção ao longo do julgamento, se tiveram alguma mudança, por conta do tempo decorrido, uma vez que o tema incide sobre o debate tecnológico.

5.2. Justificativa:

Trata-se de um tema extremamente relevante, tanto pelo impacto social, comprovado pela repercussão geral, mas também pelos caminhos trazidos pelos ministros. As soluções propostas são importantes fontes de debates, principalmente por tratarem de sanções e de interrupção de concessão para emissoras de radiodifusão. Estudar a viabilidade e os impactos dessas alternativas propostas são relevantes socialmente, uma vez que impacta diretamente no *modus operandi* das mídias brasileiras, as quais são muito predominantes na vida da população.

5.3. Perguntas:

1. Como a argumentação dos ministros é construída ao longo do julgamento?
2. Quais são as soluções propostas pelos ministros e quais as possíveis consequências?

5.4. Hipóteses:

A hipótese é a de que a liberdade de expressão, como princípio que vem ganhando grande proteção no Supremo Tribunal Federal, a partir de uma sólida jurisprudência, também se sobressaia, mesmo quando os votos são no sentido de proteger a criança e o adolescente. Portanto, em um embate principiológico, a liberdade de expressão é sempre mais resguardada.

5.5. Método:

Farei uma leitura conjuntural de toda a ação direta de inconstitucionalidade, portanto, iniciarei analisando a petição inicial e o acórdão.

A petição inicial será analisada criteriosamente, a partir dos principais argumentos e dispositivos legais utilizados, como ponto de partida para examinar os votos dos ministros, dado que se constituem do objeto de análise principal desta pesquisa jurisprudencial.

Assim, o acórdão é o principal texto analisado, portanto, será feita uma leitura muito detalhada de cada voto dos ministros, para compreender qual foi o entendimento de cada um. A descrição e análise do acórdão serão feitas em ordem cronológica, para que a lógica dos diálogos e debates se mantenham clara para o leitor.

O método de estudo de cada voto será feito em etapas:

1º Identificação dos principais argumentos → 2º Dissecar argumentos

Na segunda etapa, me proponho a entender qual a tese, ou seja, a ideia principal, a fundamentação e quais eventuais exemplos trazidos. Essa lógica servirá para fazer uma dialética no acórdão, a fim de entender, principalmente, como os votos se conversam.

Acrescento a essa análise, uma divisão argumentativa para melhor estudo crítico na conclusão: é a divisão em três correntes argumentativas, baseadas no julgamento do voto: (i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão "em horário diverso do autorizado"; (ii) procedência da ação, dando interpretação conforme à expressão em questão e (iii) procedência da ação, estendendo o voto, por arrastamento com o artigo 76 do ECA.

Na referenciação dos votos, principalmente na citação das fontes em notas de rodapé, farei um apontamento à página de cada voto, de modo de

cada voto tenha sua contagem de páginas zeradas. Isso ocorre porque na disponibilidade da ADI 2.404 no Portal do STF, a ação encontra-se enumerada dessa maneira: cada novo "tópico" inicia uma nova contagem. Portanto, será recorrente a referência ao "voto x, pág. 2". Esse número é referente ao voto, não à ação completa.

Além disso, realizei um panorama histórico que abordará o contexto anterior ao ajuizamento da ação e que serviu de combustível para alimentar a petição inicial. Também, sobre o contexto que perdurou durante a tramitação do processo (16 anos), uma vez que muitas mudanças tecnológicas e sociais ocorreram, o que influencia demasiadamente os argumentos utilizados.

Portanto, não é um trabalho que se limita a analisar os votos dos ministros apenas, mas sim as principais peças processuais (petição inicial e acórdão), bem como o seu contexto histórico - 1990, 2000, 2010.

6. ANÁLISE DA AÇÃO

A ação tem por objeto a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê atribuição de penalidade à emissora de televisão que veicular programação “em horário diverso do autorizado”.

A palavra “autorizado” gera basicamente duas interpretações predominantes: (i) teor autoritário, de viés impositivo e vinculativo, impedindo a exibição em horário diverso, o que pode provocar interpretação de censura de conteúdo; (ii) teor protetivo do Estado, no sentido de resguardar a criança e o adolescente, partindo-se do pressuposto de que temas sensíveis devem ser transmitidos em horários tardios.

Tabela 1: Informações sobre a ADI 2.404

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.404	
Procedência	Distrito Federal
Relator	Ministro Dias Toffoli
Requerente	Partido Trabalhista Brasileiro (PTB)
Advogadas	Paula Andrea Forgioni (105464/SP) e Marcia Lyra Bergamo (002197/DF)
Intimados	Presidente da República e Congresso Nacional
Amicus Curiae	Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT
Advogados	Gustavo Binenbojm (83152/RJ) e outros
Amicus Curiae	Agência de Notícias dos Direitos da Infância - ANDI
Amicus Curiae	Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC
Advogada	Tamara Amoroso Gonçalves (257156/SP)
Amicus Curiae	Conectas Direitos Humanos

Advogada	Flávia Xavier Annenberg (310355/SP)
Amicus Curiae	Instituto Alana
Advogadas	Ekaterine Souza Karageorgiadis (236028/SP)

6.1. Petição Inicial:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), em 5 de fevereiro de 2001, pelo então advogado, Eros Roberto Grau (OAB/SP 15.814), impugnando o artigo 254, da Lei n. 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Houve um pedido de cautelar, fundado nas razões de liberdade de expressão e de programação, que justificariam os requisitos necessários a este pleito.

Houve deferimento imediato para a suspensão dos efeitos do artigo 254 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, no trecho: **“em horário diverso do autorizado”**, de acordo com o admitido nos artigos 10, § 3º, da Lei nº 9.868 de 10 de Novembro de 1999¹⁶ e 170, §1º, do Regimento Interno do STF¹⁷.

O argumento principal da parte requerente é a violação aos artigos 5º, 21 e 220 da Constituição da República, alegando que:

“a lei não pode, sem gravíssima ofensa à Constituição, transformar a classificação indicativa ou informativa em ato de permissão ou autorização, de modo a criar

¹⁶ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.
§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

¹⁷ Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembleia Legislativa, se for o caso.

§ 1º Se houver pedido de medida cautelar, o Relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações

hipóteses de proibição para impor penalidades.” (Petição Inicial, pág. 4)

“Art. 5º - ...

IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.”

“Art. 21 - Compete à União:...

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

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

Além disso, reforça que a competência da União consiste em exercer a classificação, para **efeito indicativo**. Nesse sentido, consta na petição, voto do Ministro Celso de Mello, na ADIN 392-5, de 19 de outubro de 1990, que propunha inconstitucionalidade à Portaria nº 773, do Ministério da Justiça, que regulamentou a classificação indicativa naquela época.

No voto, o Ministro Celso de Mello resgatou o histórico ditatorial do país, alertando para um cenário de censura, em se tratando de “ilícito constitucional”. Assim, o artigo 254 do ECA, segundo o requerente, não tem **natureza material**, ou seja, não estipula nenhuma regra clara de competência, ocasionando a institucionalização da censura do Estado, na medida em que converte-se a classificação para efeito indicativo em imposição coativa de classificação.

Nessa linha, alega-se que a constituição deve sim ser interpretada, mas sem transformar a **constitucionalidade** em **moralidade**. Portanto, na leitura total da Constituição, percebe-se que a moralidade familiar ressoa no texto constitucional, possibilitando a defesa da família, em eventuais casos de abusos aos valores éticos e sociais da família (art. 220).

No que concerne à **liminar**, demonstra-se, a partir do artigo 17 da Constituição, que é de competência dos partidos políticos resguardar “a

soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana...” e do artigo 1º da Lei nº 9.096¹⁸, de 19 de de Setembro de 1995:

“Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, **destina-se** a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e **a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.**”

Parágrafo único. O partido político não se equipara às entidades paraestatais.” (sic.)

Especificamente, no inciso V, artigo 2º do arguente, consta como dever:

“Art. 2º. O PTB tem por finalidade:

(...)

V - Defender os direitos fundamentais da pessoa humana;”

Desse modo, resulta a *fumus boni iuris*¹⁹ do arguente, impondo-lhe a propositura da ação como um dever constitucional. Dados os efeitos recentes do dispositivo em questão, seja pela atuação do Ministério Público, seja por decisões judiciais, além da censura prévia em emissoras de rádio e de televisão, configura-se também o *periculum in mora*, justificando o pleito liminar na ADI.

O pedido, então, debruça-se em (i) julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, comunicando às autoridades responsáveis a sua edição; (ii) após deferimento da medida cautelar, notificar as autoridades que editaram a lei impugnada para que prestem as informações, no prazo legal, e, após a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador Geral da

¹⁸ Lei que dispõe sobre os partidos políticos.

¹⁹ É uma expressão latina que, em sentido jurídico, alude à ideia de que há indícios do fato em questão tratar realmente do direito pleiteado. É geralmente utilizada em caráter de urgência.

República, que se levasse o processo ao julgamento do Plenário, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo²⁰.

6.2. O acórdão

O acórdão tem duas posições principais: a primeira, dos ministros que julgaram procedente a ação direta de inconstitucionalidade; a segunda, dos que julgaram procedente, porém com interpretação conforme sem redução do texto, à expressão “em horário diverso do autorizado”.

Isto é, a interpretação conforme é um método hermenêutico de conservar a norma constitucional, através do controle de constitucionalidade concentrado, atribuindo-lhe determinado sentido interpretativo, vinculante, sem redução de texto. Portanto, a intenção dos ministros que julgaram desse modo era justamente a de manter o texto, mas acordar um significado que não ferisse a liberdade de expressão. Contudo, o voto vencedor foi o de julgar procedente a ação, logo, declarando a inconstitucionalidade o trecho em questão, por ser considerado inconstitucional.

Em termos argumentativos, nota-se uma prevalência do raciocínio estritamente constitucional na primeira corrente, com o aparato de alguns argumentos doutrinários, em comparação com o raciocínio sociológico da segunda corrente, que também trouxe o texto constitucional, porém se utilizou de muitos dados e fatos da realidade brasileira e sua dinâmica social.

Logo abaixo há uma tabela que esclarece, com base nos extratos de ata, as datas das sessões e quais os ministros que votaram, pediram vista e que foram impedidos:

Tabela 2: Informações sobre as sessões de julgamento

Plenário/Data	Ministros Votantes	Decisão	Pediu vista?	Foi Impedido?
----------------------	-------------------------------	----------------	-------------------------	--------------------------

²⁰ Petição Inicial, pág. 13.

30.11.2011	Dias Toffoli (Relator)	Procedente	-	-
	Luiz Fux	Procedente	-	-
	Cármem Lúcia	Procedente	-	-
	Ayres Britto	Procedente	-	-
	Gilmar Mendes	-	-	Sim ²¹
	Joaquim Barbosa	- ²²	Sim	-
05.11.2015	Edson Fachin	Procedente - dando interpretação conforme, sem redução do texto, à expressão "em horário diverso do autorizado"	Sim	-
	Teori Zavascki	-	Sim	-
31.08.2016	Marco Aurélio	Procedente em maior extensão	-	-
	Edson Fachin	Interpretação conforme ao dispositivo impugnado	-	-
	Rosa Weber		-	-
	Ricardo Lewandowski (Presidente)		-	-

Neste ponto, serão analisados minuciosamente os votos de cada ministro, bem como seus principais argumentos. A análise é predominantemente descritiva, a *priori*, com destaque aos principais argumentos utilizados.

²¹ Gilmar Mendes foi impedido de votar, porque na época em que foi proposta a Ação, ele atuava como Advogado-Geral da União.

²² O Ministro Joaquim Barbosa não votou, fez apenas uma vista ao julgamento.

Dividi a análise em três correntes principais: (i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”; (ii) procedência da ação, atribuindo interpretação conforme à expressão em questão e (iii) procedência da ação, estendendo o voto, por arrastamento com o artigo 76 do ECA. A organização dos votos não será de acordo com essas três correntes, em termos de estrutura, mas sim, de acordo com a cronologia dos votos, já que foi um julgamento de que durou mais de uma década e teve três extratos e ata, a escolha pelas declarações em ordem de tempo é mais clara e fluida ao leitor. Apesar disso, as divisões em correntes serão subtítulos dos votos, a fim de explicitar qual foi o posicionamento de cada ministro.

6.3. VOTO MIN DIAS TOFFOLI

(i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”

O Ministro não deferiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade “por arrastamento” da expressão “a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”, no parágrafo único do art. 254, nem a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 76, ambos da Lei nº 8.069/90, por pedido da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), que figura como ***amicus curiae*** na ação judicial. Assim, ele inaugura a primeira corrente argumentativa.

Basicamente, há a intenção por parte da ABERT em ampliar o pedido da ação direta de inconstitucionalidade, porém, relator diz que “essa prerrogativa não é deferida aos ***amici curiae***, por falta de legitimidade para a prática de ato de emenda à inicial, tendente a inflar a abrangência da impugnação”.

No mais, ele julga procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no artigo 254 da Lei nº 8.069/90.

O ministro foca no trecho específico do dispositivo 254 do ECA: “em horário do autorizado”. Afasta a preliminar arguida e entra no exame de mérito. Foco em dois pontos:

“(i) o direito fundamental à liberdade de expressão, livre de censura ou licença e (ii) a possibilidade de o Poder Público efetuar a classificação indicativa dos espetáculos diversões públicas, inclusive as transmitidas por rádio ou televisão, e de informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem e os locais e os horários em que sua apresentação se mostre inadequada.”²³

Em relação ao primeiro ponto, o ministro tece uma profunda análise sobre a teoria da liberdade de expressão. Apoia-se na ADPF nº 130, um julgamento que discutiu a liberdade de imprensa e sua relação com a dignidade da pessoa humana. Apresentou a noção de “núcleo duro do jornalismo”, no sentido de aquela ser a essência da profissão. Além disso, acrescentou a *dimensão instrumental* da liberdade de expressão:

“a forma como se dará a exteriorização da manifestação do pensamento”²⁴

O Ministro fez referência ao nome de muitos autores e doutrinadores, como é o caso de José Afonso da Silva e seu comentário acerca da liberdade de comunicação, baseada nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º da Constituição Federal. Há ainda a obra conjunta de Jónatas Machado e Canotilho, em que abordam a liberdade de programação. No trecho destacado no voto, há uma frase que define bem a posição do relator: “liberdade definida, é liberdade perdida (*liberty defined is liberty lost*)”.

Em seguida, ele questiona como sopesar, então, dois direitos fundamentais: a proteção à criança e ao adolescente e a liberdade de expressão? A resposta dele é estritamente constitucional. Ele compara dois artigos da Constituição da República: 21²⁵ e 220²⁶.

²³ ADI 2404, pág. 2, voto Ministro Dias Toffoli.

²⁴ ADI 2404, pág. 6, voto Ministro Dias Toffoli.

²⁵ Art. 21. *Compete à União:*

Art. 21, XVI	Art. 220, §3º
"efeito indicativo"	"a manifestação do pensamento (...) não sofrerá qualquer restrição"

Ou seja, compara dois aspectos previstos na Constituição: "sem restrição" x "classificação indicativa". A primeira expressão, o ministro entende que possui caráter pleno, sem limites previamente regulamentados. A segunda, com um caráter meramente informativo, não impositivo. Portanto, o sopesamento de princípios fundamentais, para ele, resolve-se a partir da própria Constituição Federal. Logo, ele conclui que a classificação indicativa é o ponto de equilíbrio do impasse em questão porque seria capaz de coadunar a liberdade de expressão e a proteção da criança e dos adolescentes, sem culminar em censura de conteúdo, mas somente indicação do que o material veicula, que se sujeitaria à transmissão em horários definidos.

Depois disso, o Ministro tratou da sanção administrativa, prevista em caso de veiculação de programa em horário diverso do autorizado ou em desacordo com a classificação indicativa. Esta, por sua vez, é efetuada pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, órgão do Ministério da Justiça, o qual o ministro faz questão de enfatizar sua competência frente à classificação indicativa:

"II - instruir e analisar pedidos relacionados à classificação indicativa de programas de rádio e

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

²⁶ 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:

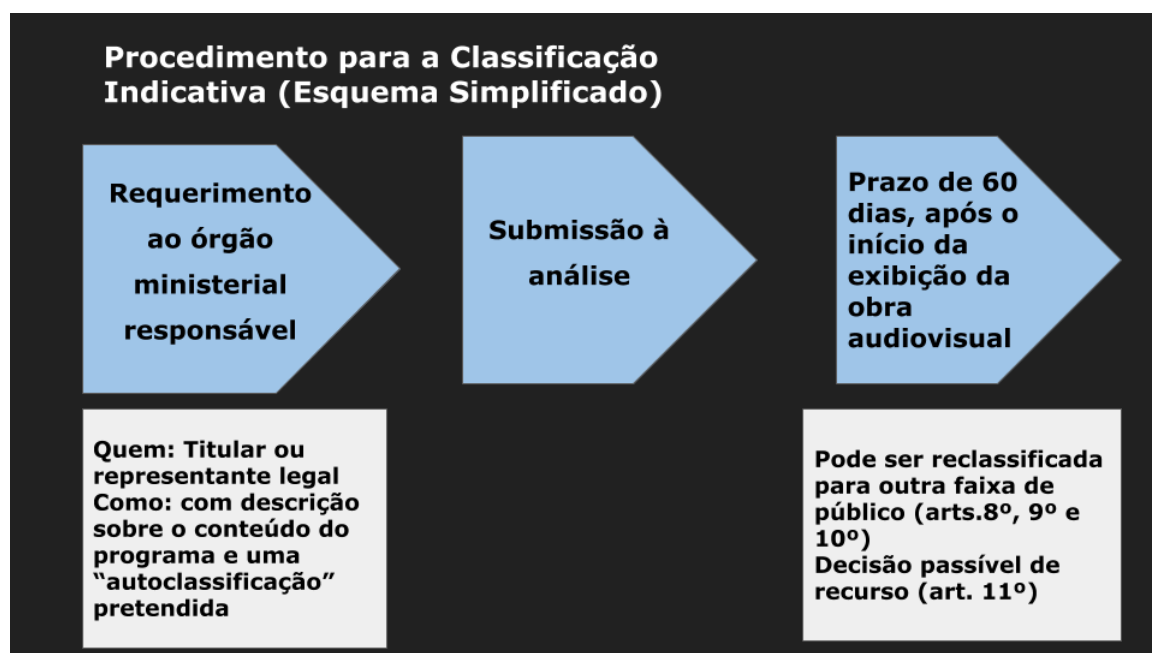
I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público **informar** sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

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, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

televisão, produtos audiovisuais considerados diversões públicas e RPG (jogos de interpretação);
III - monitorar programas de televisão e **recomendar as faixas etárias e os seus horários” (art. 10 do Decreto nº 6.061, de 15 de Março de 2007)**²⁷ (sic.)

Vê-se que a competência do Departamento responsável pela efetuação da classificação indicativa é de recomendar, como destacado pelo ministro. Ele acrescenta também o artigo 3º da Lei nº 10.359, a qual prevê a participação das emissoras na elaboração da classificação indicativa e a Portaria nº 1220/07, do Ministério da Justiça, que regulamenta o procedimento administrativo da classificação; ambos trazidos para reforçar a ideia de que a regulamentação infralegal deixa a escolha e, portanto, a responsabilidade de assistir a determinado programa a cargo dos pais, não das emissoras, que, por sua vez, participam da elaboração dos critérios da classificação indicativa.

A partir disso, o Ministro Dias Toffoli faz uma breve explicação procedimental da classificação indicativa, que será disposta na figura abaixo:



Após essa explanação, o Ministro realizou um importante apontamento em relação ao fato de que programas jornalísticos não estão sujeitos a essa classificação indicativa em pauta.

²⁷ ADI 2404, pág. 14, voto Min. Dias Toffoli. OBS: o referido Decreto já foi revogado.

Por conseguinte, o Ministro tratou tecnicamente sobre a legitimidade unilateral do Estado para definir os critérios de classificação, bem como para cessar, precisamente, qualquer possibilidade de veiculação programática. Para isso, ele se debruça em resgatar exemplos de países em que há autonomia das emissoras ou comissão representativa da sociedade civil, a fim de realizar a classificação. Então, na perspectiva da sistemática do direito comparado ele exemplifica alternativas como a **autorregulação**, o **autocontrole** e a **corregulação**.

Tabela 3: Exemplos de regulação em nível internacional

PAÍS	ENTIDADE	ATUAÇÃO
ESTADOS UNIDOS	Motion Pictures Association of America (Cinema)	Conselho de classificação formado por país com mandato definido - autorregulamentação
	Federal Communication Commission (FCC) (Televisão)	Agência reguladora independente que fiscaliza a classificação realizada pelas emissoras
	TV Parental Guidelines	Sistema de participação voluntária - iniciativa da própria indústria de entretenimento
CANADÁ	Canadian Radio-Television and Telecommunication Commission (CRTC)	Entidade estatal independente responsável por estabelecer medidas para a proteção das

		crianças e dos adolescentes no que tange aos programas de rádio e TV.
	Canadian Association of Broadcasters (CAB)	Instituição que criou um código a seguir seguido voluntariamente pelas emissoras, no que concerne à classificação. Porém, mesmo facultativo, o cumprimento da regra é condição para concessão/manutenção da licença por parte do CRTC.
ESPANHA (região da Catalunha)	Conselho Audiovisual da Catalunha (CAC)	Agência independente, que estabelece os parâmetros da classificação indicativa.
PORTUGAL	Entidade Reguladora para a Comunicação Social	Regulação e supervisão, além de incentivo à elaboração de um sistema comum de classificação, por parte das emissoras.

Com base nesses dados comparativos, o problema, segundo o Ministro, é o controle eminentemente estatal, distante da tendência dos países democráticos, que se abrem para comissões representativas e para a autorregulação das próprias emissoras. Nesse sentido, uma referência feita

ao voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 392²⁸, citada pelo Ministro Relator desta ação é muito expressiva:

“A imposição unilateral, por via administrativa, desses critérios, sobre tornar veemente os sinais de usurpação legislativa, descaracterizada, por completo - é a consequência a que esse gesto parece conduzir - o livre exercício da manifestação do pensamento, além de representar uma inobservância explícita - por seus efeitos igualmente nocivos - da 'fórmula proibitiva da censura'.”

O ponto central no voto, então, é a dicotomia “classificação” x “autorização”. Nas palavras do Ministro: “a submissão do programa ao órgão do Ministério da Justiça não pode consistir em condição para que possa ser exibido”. Dessa maneira, de acordo com o seu entendimento, tratar como ato de autorização, é tratar como imposição, isto é, um abuso constitucional, já que configura censura prévia. Com isso, tece uma visão argumentativa no âmbito semântico, ao analisar que o termo “indicativo”²⁹, tem natureza informativa, sem caráter vinculante e obrigatório.

Desse modo, ele retoma os debates ocorridos durante a Assembleia Nacional Constituinte, na qual a expressão: “para efeito indicativo”, contida no inciso XVI do art.21 da Constituição resulta de emenda aditiva apresentada pelo deputado constituinte José Genuíno:

“(...) Trata-se de romper a mentalidade tutelar e preconceituosa da censura, em favor da liberdade de expressão e de opção individual. (...)”

Sobre a classificação indicativa, o Deputado indaga:

“(...) Qual o sentido desta classificação? Qual o seu alcance? A que conduz esta classificação? (...)”

²⁸ Ação que discutia a constitucionalidade do artigo 74 do ECA.

²⁹ Contido no artigo 21, inciso XVI, da Constituição Federal.

Na intenção de refutar a argumentação da Procuradoria-Geral da República, que alega não haver impedimento da veiculação das ideias e dos conteúdos em si, mas da adequação de horários da veiculação desses programas e, por isso, não fazer sentido acusar de "censura", o ministro se apoia em mais alguns teóricos, por exemplo, Ferreira Pinto³⁰ e o Ministro Alexandre de Moraes³¹.

Ele segue afirmando que, em sua análise, há sim censura prévia e isso pode caracterizar o que ele chama de ilícito administrativo, por conta da restrição prévia de liberdade, acompanhada de uma punição, um "ato repressor".

No que concerne ao argumento de que os pais não estão presentes o tempo inteiro para monitorar a programação televisiva dos filhos, Dias Toffoli afirma que não é esse o papel do Estado, nem mesmo o sentido constitucional da classificação indicativa. É o que ele denomina de ideia paternalista, pois não pode o Poder Público, no ímpeto de proteger um bem jurídico, instaurar a censura prévia, cerceando a liberdade de manifestação do pensamento.

Esta, no que lhe toca, tem um aspecto pedagógico, segundo o ministro, uma vez que desperta uma reflexão do telespectador e nos responsáveis, conscientes de que aquele conteúdo é ou não adequado à criança ou ao adolescente. Assim, a função do Estado é de incentivo e não de tutela.

Nesse sentido, o Ministro assevera que há tecnologia de uso obrigatório no Brasil, editada pela Lei nº 10.359 pelo Congresso Nacional, em 2011, que permite o bloqueio de canais impróprios pelos responsáveis, embora não tenha sido observada sua implementação.

Ademais, ele conclui o voto com as principais premissas:

(i) Não deve o Estado substituir os pais na decisão sobre o que podem ou não os filhos assistir na televisão ou ouvir no rádio;

³⁰ "(...) Qualquer verificação prévia caracteriza assim um ato de censura" (Comentários à Constituição Brasileira. 7 v. São Paulo: Saraiva, 1995. p.253).

³¹ "(...) O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia." (Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2006. p.224)

- (ii) É dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e durante a veiculação do conteúdo³²;
- (iii) A exibição da classificação indicativa reflete em efeito autorregulador nas próprias emissoras de rádio e de televisão, uma vez que interfere em audiência e patrocínio;
- (iv) Será sempre assegurada a responsabilização judicial por eventuais abusos realizados, *a posteriori*.

6.4. VOTO MINISTRO LUIZ FUX

(i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”

O ministro Luiz Fux acompanhou o relator, compondo também a primeira corrente, pela procedência da ação, no sentido de votar pela inconstitucionalidade do trecho “em horário diverso do autorizado”, do artigo 254 da Lei nº 8.069/90.

Ele iniciou seu voto com o conhecimento da ação, realizando resgate histórico das ditaduras latino-americanas, em que imperavam a censura e o autoritarismo. Nesse sentido, ele frisou o quão fundamental é a proteção à imprensa livre, protegida constitucionalmente no Brasil, a partir de 1988, com a finalidade exclusivamente indicativa, segundo previsão do artigo 21, inciso XVI³³ Constituição da República.

Desse modo, o ministro delineou uma argumentação baseada nos princípios constitucionais que compõem o Capítulo da Comunicação Social (arts. 220 a 224), especialmente no artigo 220³⁴, que, segundo ele, endossa o caráter indicativo do já citado artigo 21 – indicativo, no sentido de que apenas *indica*, e não se constitui de censura.

³² Parágrafo único artigo 76 Estatuto da Criança e do Adolescente.

³³ “Art.21. Compete à União:
XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e de televisão;”

³⁴ Art.220.....

§ 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;

Segundo o ministro, a Carta Maior, no art. 221, atribui à família e à pessoa a tutela de seus valores, a partir da autonomia privada. No caso da criança e do adolescente, é competência da família zelar pela (i) formação psicológica intelectualmente adequada da criança (art. 227); (ii) julgar, de acordo com os seus valores, quais programas podem ou não ser veiculados aos seus filhos, diante das sugestões realizadas pelo Ministério da Justiça.

O ministro então denomina o termo “autorizar”, do artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente como inserido em um **sistema impositivo-sancionatório**, condicionado a um ambiente de “vigilância” e “pressão”, e não em um **sistema indicativo-informativo**, que, segundo ele, é como deveria ser.

Em matéria de liberdade de expressão, a função indicativa é a de recomendação, sob pena de se incentivar o exacerbado papel paternalista do Estado brasileiro, que se situa na contramão da história. Caráter indicativo não pode ser descaracterizado para se tornar vinculante, tornando muito tênue a linha divisória entre a boa intenção e a censura. (Voto Min. Luiz Fux. ADI 2.404 - grifo meu)

O ministro expôs que não há espaço nem mesmo para ponderação de princípios, uma vez que está clara a intenção indicativa no texto constitucional. Além do mais, ele ressalta que se deve atentar a possíveis abusos de poder por parte do Estado, principalmente no que tange à limitação da liberdade de expressão. Sob ponto de vista, ele é mais categórico que o relator, já que não prevê possibilidade de ponderação de valores, inclusive por considerá-la um “ônus argumentativo”, pois a regra é expressa.

Assim, ele entende que os veículos de comunicação não descumprem com os costumes e valores sociais e que “exemplos de exceções apenas confirmam a regra”. Desse modo, ele defende a autorregulação, podendo haver a delimitação de alguns parâmetros básicos, mesmo que abertos. É o conceito de “zona de incerteza negativa”³⁵, ou seja, mesmo que sejam traçados valores muito genéricos, ainda sim, desenharam um norte para

³⁵ Denominado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

aquele órgão que, por exemplo, não exibirá conteúdo de violência extrema, por ser desalinhado com o entendimento social.

Por fim, a solução/alternativa sugerida pelo ministro para resolver possíveis abusos na veiculação de conteúdos em programas de radiodifusão é recorrer ao Poder Judiciário, inclusive por entendimento prévio do Tribunal em liminar na ADI nº 2.566, a qual delibera que não há direitos absolutos e ilimitados no que diz respeito à liberdade de imprensa.

6.5. VOTO MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

(i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”

A ministra acompanhou o voto do relator, julgando procedente a ação, compondo a primeira corrente na linha argumentativa. Ela iniciou seu voto com preocupação baseada no fato de que “nos últimos 18 meses, este Plenário esteve a julgar pelo menos uma dezena de ações [relativas à liberdade de expressão]”, o que a leva a atentar ao fato de que a liberdade de expressão precisa ser o tempo inteiro defendida e garantida e que ainda não é assunto acabado.

A ministra resgatou o período da Ditadura Militar brasileira, em que não havia plena liberdade de expressão e afirmou que “a liberdade tem um nome só; a censura tem muitos apelidos”. Nesse contexto, ela alerta para uma ameaça à liberdade com a manutenção do trecho “em horário diverso do autorizado”, do artigo 254 do ECA. Ela utiliza os artigos 220 e 5º³⁶ do texto Constitucional para demonstrar que a censura é vedada.

Ela defendeu, então, a liberdade de escolha de cada indivíduo, pois a família é composta de pessoas livres que têm não somente o dever, mas também o direito de zelar pelos seus filhos da maneira como acharem coerente.

³⁶ “Art. 5º. (...) IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (...)”.

Além disso, ela questionou quem é a pessoa que realiza a classificação indicativa, no caso, um servidor desconhecido da população, parte da burocracia estatal. Seu trabalho também é desconhecido pela população tanto pelas motivações, quanto pela maneira que o levou a concluir que determinado programa pode ou não ser transmitido em determinado horário. Isso afeta o trabalho do autor da criação, segundo a ministra, por uma questão de insegurança jurídica, já que aquele autor não tem a garantia de veiculação do seu trabalho, limitando assim, a liberdade de criação.

Ela ainda questiona o trecho debatido a partir do § 3º, do artigo 220, que estabelece meios legais de proteção da família diante de abusos:

“Como é que se defende de algo que não se conhece? Não se pode pôr no ar! Ele se defende como? Ele se sentiu ofendido como? Nem se deu a conhecer o que é.”
(Voto Ministra Cármen Lúcia. ADI 2.404. Pág 4)

Por fim, ela trouxe um ponto atual que é a influência da internet, o que ela chama de “faroeste”. A ministra não discorreu profundamente sobre esse aspecto, citado apenas em um parágrafo, mas analisa o quão difícil pode ser a supervisão dos pais nesse grande campo que é a internet.

6.6. VISTA MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa não votou, apenas fez vista, isto porque o primeiro julgamento ocorreu em 30 de novembro de 2011, quando Ministro pediu a vista, a fim de trazer algumas reflexões, que serão descritas a seguir. O Ministro fez referências a uma Ação Civil Pública, com pedido de liminar, contra a TV Correio e o apresentador Samuel de Paiva Henrique, por exibir, das 12h às 13h, do dia 30 de setembro de 2000, cenas reais de estupro de uma menor.

O Ministro Dias Toffoli asseverou que já havia antecipado em seu voto que eventuais abusos seriam resolvidos pelo Judiciário.

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa questionou essa solução, na medida em que

“(...) não cabe ao Estado abdicar, demitir-se do seu papel de exercer o Poder de Polícia, que lhe é inerente, e simplesmente deixar para o Poder Judiciário ou pedir autorização ao Judiciário.”

Além disso, ele apontou para o fato de que a realidade brasileira é complexa, com fragilidades sociais.

6.7. ESCLARECIMENTO

O Ministro Dias Toffoli, em diálogo com o Ministro Cezar Peluso, presidente, visa ao esclarecimento do ponto levantado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no voto-vista, a respeito da competência do Judiciário para coibir abusos. Segundo ele, só este Poder pode analisar o abuso da liberdade de imprensa, não cabe ao Estado; do contrário, configuraria abuso de poder. A Advocacia-Geral da União, caso provocada, pode ir à Justiça, mas somente esta última “(...) pode suspender ou cassar uma concessão de emissora de rádio e televisão, na forma da Constituição.”

6.8. VOTO MINISTRO AYRES BRITTO

(i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”

Quanto ao mérito, o Ministro julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, compondo a primeira corrente.

Ele iniciou seu voto relacionando valores que, para ele, são conectados intrinsecamente:

Liberdade → Democracia → Constituição

Ao seguir a linha da interpretação do relator, ele retomou os artigos 5º, 220 e 221 da Constituição da República e entendeu que o legislador pode, então, emitir um **juízo negativo**, meramente recomendatório, daquilo que não é adequado. Não se trata, pois, de um **juízo positivo**, em que o

legislador pode ditar o que as emissoras de rádio e de TV podem fazer e em quais horários³⁷.

Nesse sentido, o ministro defendeu que não faria sentido a Constituição definir e delimitar, com base em um juízo positivo, quais são os valores éticos e sociais da pessoa e da família, já que se trata de um conteúdo aberto (conceitos indeterminados).

No que concerne ao embate constitucional de princípios (proteção da criança e do adolescente X liberdade de expressão), ele trouxe à baila o texto da Lei Maior e a doutrina de Joaquim Gomes Canotilho³⁸, no ímpeto de questionar se é possível haver liberdade de imprensa, no plano do rádio e da televisão, sem que haja liberdade de programação. Para ele, a liberdade de imprensa possui três conteúdos fundamentais:

Liberdade de Imprensa: Conteúdos Fundamentais		
Manifestação do Pensamento	Liberdade de Expressão	Liberdade de Informação

O ponto de equilíbrio se daria, segundo ele, no artigo 226: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

A interpretação do ministro é de que o artigo remete a uma **autoproteção**, uma **autotutela**; não o Estado decidir pela família.

6.9. VOTO-VISTA MINISTRO EDSON FACHIN

(ii) procedência da ação, dando interpretação conforme à expressão em questão

O Ministro Edson Fachin, herdando o que seria o voto do Ministro Joaquim Barbosa, aposentado nessa segunda sessão, em 2015, julgou

³⁷ Conceito próximo ao de "zona de incerteza negativa", trazido pelo ministro-relator (vide página 20).

³⁸ Constitucionalista português, professor da Universidade de Coimbra.

procedente a ação direta de inconstitucionalidade, dando interpretação conforme, sem redução de texto, à expressão: “em horário diverso do autorizado”, de maneira a anular qualquer entendimento de juízo censório, por parte da Administração, à veiculação de programas por radiodifusão, inaugurando, assim, a segunda corrente argumentativa. Por outro lado, entende admissível somente o juízo indicativo. Afastou, na mesma linha dos votos anteriores, a preliminar de não conhecimento.

Quanto ao mérito, inicialmente, o ministro realizou breve resumo dos votos que o antecederam e frisou que concorda com a defesa da liberdade de expressão levantada pelo voto do relator. Porém, ele dissertou que o Ministro Dias Toffoli focou apenas no caráter sancionatório do artigo 254 do ECA, sem, contudo, analisar seu caráter protetivo.

Nesse sentido, Edson Fachin apontou que a palavra “autorização”, na linha argumentativa do relator, alude somente a um tipo de licença prévia à veiculação de programas de rádio e TV, quando na verdade essa interpretação não é respaldada pela Constituição.

Esse ponto é o objeto central do presente voto-vista. A argumentação aqui se debruça, primordialmente, em destrinchar a interpretação semântica do vocábulo “autorizado”, de acordo com o contexto do ordenamento jurídico nacional e internacional. Portanto, a tese é a de que há uma polissemia em “autorizado”, nutrida pela escolha do legislador por essa “expressão atécnica”, segundo o Ministro, uma vez que é incompatível com o texto constitucional. Isso é sustentado, segundo o ministro, pelos artigos 220 e 5º, §2º da Constituição, junto ao Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse sentido, a solução jurídica encontrada pelo ministro foi a interpretação conforme. Citou a ADPF 130, Rel. Ministro Carlos Britto, Pleno, DJe, 06.11.2009, que decidiu pela incompatibilidade da Lei de Imprensa (nº5250/67) com a Constituição Federal, a fim de reforçar que a ideia aqui não é de reiterar qualquer tipo de censura, muito pelo contrário. É por isso, que a interpretação conforme faz parte da defesa de Edson Fachin.

Ao longo do voto, ele faz referência a diversos pactos e acordos internacionais, a fim de demonstrar que esse entendimento de liberdade de

expressão, livre de qualquer censura, porém, com certa restrição, quando se trata de proteger a criança e o adolescente, é algo recorrente e consolidado.

Com essa intenção, traz o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão
(...)

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores—, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Ainda no mesmo artigo, no §4º, há uma ressalva, quanto à censura prévia:

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a **censura prévia**, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. (grifo meu)

Ou seja, reiterando a exceção, no que tange à certa restrição na liberdade de expressão, quando o foco é a proteção à criança e ao adolescente.

O ministro trouxe, ainda, um olhar **semântico**, ao refletir sobre a tradução dos termos contidos no Pacto São José da Costa Rica. Do inglês " censorship " e do espanhol " censura ". Houve duas traduções diferentes, cada uma servindo como o mesmo sentido para as duas palavras estrangeiras: (i) a do voto do próprio Ministro Edson Fachin, que traduziu essas duas palavras para " classificação " e (ii) a versão oficial do Pacto, para " censura ". O ministro fundamentou com o argumento de que o vocábulo em questão ("censura") é polissêmico, podendo significar *juízo indicativo* ou *proibição da divulgação* - tanto é que nos arts. 31 e 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos

Tratados, há uma referência exclusiva a juízo indicativo, que, segundo este voto, é o sentido denotativo da língua inglesa e espanhola.

Contudo, ele afirma que a denotação de "censura" no Brasil, carrega o sentido vedado pelo Pacto, que é justamente o de *proibição da divulgação*.

Após esse ponto, o ministro retorna ao ponto da censura prévia trazendo um reconhecimento da Corte Interamericana, em *obiter dictum*, da plena aplicabilidade da exceção à regra de proibição da classificação prévia, segue trecho:

"70. (...) la censura previa (...) con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de Febrero de 2001, serie C, n.73).

O ministro esclareceu que a finalidade da censura prévia é exclusivamente a de indicar as faixas etárias recomendadas, a fim de regular a exibição dos espetáculos, não de proibir a sua exibição. Prevista no artigo 13, §4º, do Pacto São José, a classificação prévia aplica-se a espetáculos, palavra que encontra correspondência, segundo o ministro Edson Fachin, no artigo 220, §3º, da Constituição Federal.

Assim, ele entendeu que o vocábulo "autorizado", do artigo 254 do ECA, deve ser interpretado nos termos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, na qual, em trecho referenciado no voto, trata de dois tipos de direitos fundamentais: (i) "derecho de cada individuo" (direito de cada indivíduo) e (ii) "derecho coletivo" (direito coletivo). Ambos são importantes e devem ser defendidos, mas nenhum deve ser sobreposto ao outro e a Convenção ainda trouxe a ideia de que a liberdade de expressão não é absoluta.

Sobre a restrição à liberdade de expressão, em casos excepcionais, o ministro trouxe exemplos internacionais relativos à proteção e à defesa da moral e da ordem pública:

Tabela 4: Tratados internacionais e dispositivos

<p>Tratados Internacionais citadas no voto</p>	<p>Dispositivos citados no voto que sustentam proteção da infância, o que não se configura como censura, de acordo com o Ministro</p>
<p>Convenção Europeia de Direitos Humanos</p>	<p>Art. 10, §2º, autoriza que as restrições à liberdade de expressão possam ser feitas com a finalidade de proteção.</p>
<p>Corte Europeia de Direitos Humanos</p>	<p>Decisão do caso <i>Handyside v. United Kingdom</i> (Application n.5493/72)</p>
<p>Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos</p>	<p>Art.19, §3º, permite restrições justificadas, para assegurar a reputação de terceiros ou a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, bem como da saúde e da moral públicas.</p>
<p>Comitê de Direitos Humanos</p>	<p>Entende como legítima a restrição ao direito de expressão, de acordo com o <i>Comentário Geral 34 (CCPR/C/GC/34)</i>. E ainda adverte que: <i>"The Committee recalls that the relation between right and restriction and between norm and exception must not be reversed."</i></p>
<p>Convenção Interamericana de Direitos Humanos</p>	<p>Art.13, §2º, admite apenas o controle posterior. Apenas no §4º é que se admite uma classificação prévia estrita.</p>

Assim, o ministro afirmou que “nem o Pacto, nem a Constituição autorizam a proibição da exibição. Por isso, mais feliz é a expressão constitucional quando alude ao caráter indicativo desempenhado pela classificação.”³⁹ Seguindo o raciocínio de que a proteção deve ser prévia, ele exemplifica com o caso do filme “A Última Tentação de Cristo”, que teve sua classificação indicativa alterada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, não teve sua exibição proibida.

Ele alegou que o teste de compatibilidade da restrição depende que ela esteja prevista em lei e que tenha a finalidade de proteção dos direitos indicados na Constituição e nos pactos, além de obedecer ao teste de necessidade e de proporcionalidade.

Sobre o ordenamento brasileiro, ele citou a Portaria n. 368/2014, do Ministério da Justiça, que regulamenta o procedimento administrativo da classificação indicativa no Brasil e o artigo 227 da Constituição Federal, que trata da tutela à criança e ao adolescente, por parte da família e do Estado, com absoluta prioridade, o que está em consonância com o artigo 17 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, que também trata do mesmo tema.

Ainda no sentido das diretrizes internacionais, o ministro citou uma recomendação da UNESCO para países da ONU, a fim de definir parâmetros para regular o acesso à programação de radiodifusão (*Guidelines for Broadcasting Regulation*), como, por exemplo, um horário “divisor de águas”, a partir do qual conteúdos adultos pudessem ser veiculados. O ministro ainda cita 19 países que adotam horários “divisores de águas”, dentre eles, Estados Unidos, Canadá, Espanha e Portugal⁴⁰.

Portanto, nesse caso, ao contrário da primeira corrente que defende que o ponto de equilíbrio entre os dois princípios (liberdade de expressão e proteção da criança e do adolescente) é a **classificação indicativa** antes, durante e depois da exibição da programação. Essa segunda corrente

³⁹ ADI 2.404. Voto Ministro Edson Fachin, p. 10.

⁴⁰ Os mesmos países citados no voto do relator, Ministro Dias Toffoli, a fim de elucidar sobre a temática da autorregulação.

entende que o ponto de equilíbrio é o **estabelecimento de um horário “divisor de águas”**.

Assim, a interpretação atribuída pelo ministro ao vocábulo “autorizado”, do artigo 254 do ECA consiste em: “(...) estabelecer regras indicativas para o controle de acesso aos espetáculos transmitidos por radiodifusão, sem impedir, jamais, a veiculação da programação”.⁴¹ Por isso, a sanção administrativa do dispositivo é uma forma de garantir seu cumprimento.

Ainda, no que tange à interpretação, ele defendeu que a interpretação do vocábulo “autorização” não é a atribuída ao ato administrativo, do ato unilateral discricionário, conforme a doutrina administrativista. Nessa linha argumentativa, ele destacou trechos da doutrina de Marçal Justen Filho, no sentido de buscar, dentro do direito brasileiro, o sentido jurídico do termo *autorização*:

“(...) é indispensável identificar o sentido jurídico atribuído ao vocábulo ‘autorização’ em cada caso concreto” devendo o intérprete “determinar se existe ou não competência discricionária da autoridade administrativa para decidir, independentemente da denominação jurídica adotada.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.357).

O ministro concluiu argumentando que, caso houvesse a anulação completa do trecho em discussão (“em horário diverso do autorizado”), acarretaria em uma consequência prática que é a falta de proteção às crianças e aos adolescentes, com a garantia de apenas se cominar em multa, no caso de não exibição da classificação indicativa.

Por isso, ele defendeu a manutenção da expressão e o provimento do recurso, dando interpretação conforme: “o vocábulo ‘autorizado’ é nulo apenas no sentido que permitiria ao poder público, discricionariamente, impedir a exibição de programa de televisão.”⁴² Nesse caso, cabendo o horário “divisor de águas”, passível de sanção, caso não cumprido, o que ocorre, na

⁴¹ ADI 2.404. Voto Ministro Edson Fachin, página 14.

⁴² ADI 2.404. Voto Ministro Edson Fachin, página 16.

comparação feita pelo Ministro Edson Fachin, pelo *Office of Communications* (Ofcom) no Reino Unido e a *Federal Communications Commission* (FCC), nos Estados Unidos. No mais, ele defendeu que caberia acrescentar a tipificação legal das sanções aplicáveis às emissoras de radiodifusão, como é exigido pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Em suma, o ministro defendeu, em seu voto, uma interpretação de juízo indicativo aos horários recomendados ao público infantil, com base em uma análise principalmente semântica.

6.10. VOTO MINISTRO TEORI ZAVASCKI

(i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”

O ministro Teori Zavascki julgou procedente o pedido formulado na ação direta, nos termos formulados pelo relator Ministro Dias Toffoli, portanto, integrando a primeira corrente.

Inicialmente, ele fez um breve resumo do que foi discutido até então e focou principalmente no voto do relator, cuja linha argumentativa ele opta por adotar também.

Assim, ele interpretou os artigos 21, inciso XVI⁴³, e 220, §3º, I e II⁴⁴, da Constituição, de modo a defender o caráter indicativo da classificação de programas de rádio e de televisão, cabendo ao Poder Público apenas informar sobre a natureza deles, bem como recomendar os horários mais

⁴³ Art. 21. Compete à União:

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

⁴⁴ 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:

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, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

adequados para sua divulgação, além de estabelecer meios adequados para que a família possa se defender de eventuais abusos que possam ocorrer. Nesse sentido, ele ainda coloca:

“Diante da solidez da mensagem constitucional, é indiferente que as sanções por descumprimento das faixas de “horário recomendado” sejam aplicadas *a priori* ou *a posteriori*. O operador deontológico que está no pressuposto da sanção será o mesmo: uma proibição!”(ADI 2.404. Voto Ministro Teori Zavascki, página 8)

Ou seja, para ele, o sentido do vocábulo “autorizado” carregava o significado de censura, de proibição, algo vedado pela Constituição e, portanto, motivo pelo qual ele decide seguir a linha argumentativa da primeira corrente.

6.11. VOTO MINISTRA ROSA WEBER

(ii) procedência da ação, dando interpretação conforme à expressão em questão

A ministra Rosa Weber, integrante da segunda corrente argumentativa, julgou procedente a ação direta, dando interpretação conforme, tal como o Ministro Edson Fachin.

O voto da ministra é interessante, pois apresenta uma estrutura diferente dos demais votos: inicialmente faz um breve resumo técnico do debate jurídico e depois divide o texto em três partes: (i) delimitação do escopo da decisão; (ii) da classificação indicativa; (iii) conclusão.

Na primeira parte, de **delimitação do escopo da decisão**, ela trouxe dados estatísticos baseados na “Pesquisa Brasileira de Mídia 2015”, a qual apontou a televisão como meio de comunicação predominante. Ainda, 95% dos entrevistados afirmou assistir televisão e 73%, assistir diariamente, gastando uma média de 4h31 por dia, de 2ª a 6ª-feira, e 4h14 nos finais de semana. Há ainda variações quando se considera fatores como a formação, o gênero e a idade da audiência. Segundo a ministra: “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”.

Depois dessa perspectiva sociológica, na segunda parte, da **classificação indicativa**, ela cita a Portaria nº 368, de 11 de fevereiro de 2014, realizada pela Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça e, com base nisso, explica as seis categorias pertinentes à classificação das obras, além das três faixas distintas de veiculação. Assim, ela destacou o artigo 227⁴⁵ da Constituição, no entendimento de que estão impostos deveres de proteção à criança e ao adolescente. A conclusão dela é a de que:

“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.” (ADI 2.404. Voto Ministra Rosa Weber, página 8).

É a partir desse raciocínio que ela focou no Princípio da Igualdade e suas nuances. Cita Jeferson Carús Guedes, que se baseou em Maria José Falcón y Tella, ao apontar para três tipos de tratamento: o tratamento igualitário, o tratamento proporcional e o tratamento equitativo. Ela disse que se não fosse assim, não haveria uma classificação das incapacidades no Código Civil, bem como uma idade para a responsabilização penal aos 18 anos.

Assim como o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Edson Fachin, ela deu destaque à agência federal *Federal Communications Commission*, “criada para regular a transmissão comunicacional interestadual por meio de rádio e televisão, que pode proibir determinadas condutas e conteúdos”, na aplicação de uma penalidade. Após trazer essa referência, ela ainda acrescenta o caso julgado na Suprema Corte americana, o *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), na qual um comediante, às duas horas da tarde fez um monólogo de 12 minutos, ao vivo em uma rádio, com muitas palavras de baixo calão, que foram vistas como ofensivas, principalmente ao público infantil, por conta do horário de exibição. Desse modo, a Agência Federal almejou a uma possível

⁴⁵ 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.

sanção, com base em uma regulamentação, visando à salvaguarda das crianças.

Ela ainda citou mais um caso de jurisprudência internacional (*Communications Commission v. Fox Television Station* (2012) e, apesar disso, reconheceu a pluralidade cultural e como essa diversidade incide sobre as diferentes realidades no mundo.

No mais, ela retomou o aspecto da igualdade e sua importância para a constituição democrática e republicana, por fim, o terceiro aspecto, da **conclusão**, é simplesmente a explanação de seu voto, no sentido de dar interpretação conforme.

6.12. VOTO MINISTRO MARCO AURÉLIO

(iii) procedência da ação, estendendo o voto, por arrastamento com o artigo 76 do ECA

O Ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, em acordo com a terceira corrente argumentativa. E, por arrastamento afirmou:

“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 76⁴⁶ do referido diploma, no que decorrente da indicação pelo Poder Público”.

A priori, ele argumentou, com base em Thomas Gibbons (*Regulating the media*, 1998, p.68) o quão plural e diversa é a sociedade e, portanto, o quanto isso pode afetar as diferentes reações a um mesmo programa televisivo. Ele deu o exemplo de um beijo homossexual que, para alguns,

⁴⁶ 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.

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

pode ser visto como progresso e ruptura de preconceitos, enquanto para outros, pode ser lido como afronta a moral e aos "bons costumes".

Portanto, a inexistência de um código moral único para a sociedade coloca em xeque a prerrogativa do Ministério da Justiça em representar as vontades heterogêneas da população, uma vez que, segundo o ministro, esses servidores também poderão incorrer em preconceitos e valores próprios. Nesse sentido, ele entende que o melhor seria um procedimento de decisão descentralizado e não concentrado no Poder Público.

Nesse sentido, o ministro citou a doutrina de Cláudio Chequer, em A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial (Prima facie, 2011, p.18):

"(...) 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 reprimê-las."

Assim como a ministra Rosa Weber, ele fez referência ao Código Civil, porém em outra perspectiva: "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."⁴⁷

Além disso, ele resgatou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 e 187, relatadas respectivamente pelos ministros Ayres Britto e Celso de Mello, a fim de afirmar que a Corte anda consolidando importante entendimento na defesa da liberdade de expressão, mesmo quando colidida com outros princípios fundamentais⁴⁸.

O ministro também trouxe um importante aspecto da televisão na vida das pessoas, que é o da formação da opinião pública. Ele destaca trecho de Alexandre Sankevicz:

"As mídias (...) são inseparáveis do próprio processo político de comunicação. (...) Hoje representam a

⁴⁷ ADI 2.404. Voto Ministro Marco Aurélio, página 3.

⁴⁸ Também referenciado pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto, vide página 31 desta pesquisa.

verdadeira ágora da sociedade moderna, pois é por meio delas que parte substancial da opinião pública é construída e as opções políticas desenhadas.”

Além disso, ele interpretou o artigo 221, incisos I e IV⁴⁹, da Constituição, de modo ao constituinte ter deixado a cargo dos pais e responsáveis legais a decisão a respeito da exibição do conteúdo aos menores.

Segundo a visão do ministro, ele acreditou na autonomia dos cidadãos, no seu poder de escolha, logo, que esse processo seja descentralizado, porque se centralizar nas mãos do Estado, de acordo com ele, haverá o risco de censurar informações de interesse público.

Acrescenta a esse ponto, o fato de não resolver a censura exclusiva sobre a radiodifusão, enquanto existem outros meios de comunicação também acessíveis aos jovens, como as revistas, os computadores e os celulares. E, assim como o relator, ele ressaltou a importância de se efetivar a prática da Lei nº10.359/2001, que dispõe sobre a obrigatoriedade de aparelhos que possibilitem o bloqueio de conteúdos indesejados pelos responsáveis, na recepção de programações⁵⁰. Assim, o poder de escolha é eficiente, cada qual dentro da sua casa, com base na classificação indicativa recomendada pelo Poder Público, sem que haja impedimento na divulgação das programações, inclusive sob pena de sanções administrativas.

No que tange ao limite para o Princípio da Liberdade de Expressão, o ministro refutou a ideia da falta de parâmetros devolvendo a crítica, alegando que o artigo 76 do ECA deixou de apresentar parâmetros para a classificação, permitindo que a autoridade administrativa decidisse o horário a ser definido.

⁴⁹ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

⁵⁰ Isso já ocorre parcialmente com a TV a cabo (“TV fechada”), mas a ideia é universalizar o uso desse aparelho, para a TV aberta também.

Sobre a intenção de restringir a liberdade de expressão, em prol da proteção da criança e do adolescente, ele reproduz um ditado popular: “de boas intenções, o inferno está cheio” e encerra com um ensinamento do professor Luís Roberto Barroso:

“(...) a censura destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes.” (“Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”. *Revista dos Tribunais*, v.790, 2001, p.131)

6.13. VOTO MINISTRO CELSO DE MELLO

(i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”

O Ministro Celso de Mello fez um voto curto, acompanhando o relator, julgando procedente o pedido e declarando a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, seguindo a linha da primeira corrente.

Ele cita a ADI 391/DF, para respaldar o mecanismo de classificação indicativa como legítimo e também a Rcl 21.504-AgR/SP, de relatoria do próprio Ministro Celso de Mello, para retomar os fundamentos de liberdade de comunicação como expressão de um direito fundamental.

6.14. VOTO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(ii) procedência da ação, dando interpretação conforme à expressão em questão

O Ministro votou pela procedência do pedido, atribuindo interpretação conforme ao dispositivo, seguindo a linha do Ministro Edson Fachin, da segunda corrente argumentativa.

O voto dele é repleto de diálogos entre os ministros. Começa com a afirmação de que a liberdade de expressão não é um princípio absoluto e que a própria Constituição estabelece limites. Somado a isso, ele criticou

comentários sobre órgãos estatais, de natureza regulatória, no sentido de reduzir a mera burocratização, desprovido de critérios. Ele diz:

“No fundo, os dirigentes desses órgãos ou dessas agências são indicados por aqueles que têm o bafejo da soberania popular e que, de certa maneira, representam a vontade do povo, os valores dominantes num determinado momento histórico, aquilo que os alemães chamam de *Zeitgeist*, o espírito do tempo, que varia, evidentemente, em função da evolução social e cultural.⁵¹”

Nesse mesmo aspecto, ele fez um breve histórico da formação do Estado e do seu objetivo principal que é visar ao bem comum, o que exige o mínimo de confiabilidade por parte da população.

A partir desse momento, começam os debates entre os ministros. O Ministro Teori Zavascki intervém concordando com o raciocínio do Ministro Ricardo Lewandowski, porém apontando para as penalidades em caso de apresentação fora do horário recomendado, o que, para ele, seria um problema. Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli, que votou pela permanência das penalidades, defendeu que o mais importante não é focar nas sanções, mas sim, em políticas públicas efetivas de combate à violência doméstica, como, por exemplo, campanhas educativas na televisão. Porque, segundo ele, é em casa que a violência ocorre, portanto é essa a preocupação principal, não um conteúdo televisivo violento.

Por fim, retorna a palavra o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltando que esse tipo de propaganda pedagógica é muito cara, portanto, não é tão simples de ser realizada. Além disso, ele manifesta: “também acho que o Supremo Tribunal Federal não deve ofertar uma solução, porque não somos legisladores.” Mesmo assim, ele sugere que a solução possa estar no artigo 223⁵², ou seja, a penalidade seria não ter a concessão renovada, ao invés de

⁵¹ ADI 2.404, pág. 2, voto Ministro Ricardo Lewandowski.

⁵² Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

multas ou outros tipos de sanção, em caso de não cumprimento da recomendação. Portanto, ele diz que a solução seria “levar a concessão a sério”.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

7. Considerações Finais:

A pesquisa teve por objeto o estudo das principais peças processuais e acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404, proposta em 2001, pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 31 de agosto de 2016, com o julgamento pela inconstitucionalidade do trecho “em horário diverso do autorizado”, do dispositivo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A relevância dessa pesquisa reside, principalmente, devido ao contexto em que se encontrava a mídia brasileira no final dos anos 1990 e na prerrogativa do Estado em exercer uma classificação indicativa para programas televisivos e via rádio, de maneira concentrada e unilateral, passível de aplicação de sanção administrativa e multa.

Esse panorama desencadeou em um debate constitucional que foi no conflito entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio da proteção da criança e do adolescente. Ambos são direitos fundamentais e, portanto, possuem uma natureza complexa de argumentação.

A questão posta trouxe fatores não apenas legais, como também fatores de interesses econômicos, interesses sociais e interesses políticos, tanto é que essa pluralidade de interesses é notória com as diversas *amicus curiae* que participaram da Ação, a fim de manifestar seu ponto de vista. A ABERT, no caso, trouxe os interesses das emissoras de rádio e TV, enquanto o Instituto Alana, por exemplo, os interesses de proteção da criança e do adolescente.

No Supremo Tribunal Federal, houve três sessões de julgamento ao todo, uma em 30/11/2011, a segunda em 05/11/2015 e a última, em 31/08/2016. Portanto, foram 15 anos de tramitação da ADI 2.404. É importante frisar esse detalhe, já que o tempo foi o motivo de alguns ministros que estavam no presentes no início, não estarem ao final (como é o caso de Joaquim Barbosa, que só fez uma vista) e que também teve influência no debate e na percepção da Ação, já que a televisão e o rádio representavam um determinado tipo de mídia nos anos 1990, e no final dos anos 2010, representam outro tipo, principalmente em decorrência das novas tecnologias.

No julgamento, a argumentação dos ministros é tecida sobre o espectro dos limites da liberdade de expressão e, principalmente, estes em relação à formação psicossocial da criança e do adolescente. O relator, Ministro Dias Toffoli, aponta que o problema não é o sistema protetivo, mas sim, o excesso legislativo, que poderia abrir um precedente para a discricionariedade do Estado definir, autorizar, qual é o melhor horário. O risco disso, segundo o relator, é que o Brasil tem um passado ditatorial de censura, e o país não poderia se sujeitar a uma centralização em um poder decisório de apenas um órgão burocrático estatal.

Porém, ele não defende que a liberdade de expressão é absoluta, nem tampouco que a classificação indicativa possa ferir os direitos fundamentais. Nesse sentido, a fim de conciliar os dois princípios, há a defesa da classificação indicativa⁵³, que, para o Ministro Relator, informa à família - de acordo com ele, a grande responsável por salvaguardar a proteção da criança e do adolescente - a faixa etária recomendada aos conteúdos veiculados na televisão.

Na discussão sobre a autorização do horário, alguns Ministros, tais como Rosa Weber, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, defendem que o Estado deve ter a prerrogativa de proteger os mais vulneráveis e, portanto, regulamentar a programação, sob pena de multa, mesmo havendo a classificação indicativa.

Foi possível concluir que a argumentação dos ministros foi dividida em três correntes principais: (i) procedência da ação, julgando a inconstitucionalidade da expressão "em horário diverso do autorizado"; (ii) procedência da ação, dando interpretação conforme à expressão em questão e (iii) procedência da ação, estendendo o voto, por arrastamento com o artigo 76 do ECA.

A primeira corrente, caracterizada pelos votos do Ministro Relator, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Teori Zavascki, teve predominantemente a preocupação com a censura prévia em seu voto. A

⁵³ **Art. 21 - CF:** Compete à União:

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

fundamentação se deu predominantemente com base na Constituição e, algumas vezes, em referências ao Direito Comparado. Além disso, a preocupação eminente de concentrar muito poder censório nas mãos do Estado, em detrimento da liberdade de escolha do cidadão, o que fez com que essa primeira corrente defendesse que a responsabilidade de cuidar dos menores é dos pais ou responsáveis, e que a classificação indicativa é mera indicação do teor do conteúdo de mídia.

Algumas divergências dentro da segunda corrente também ocorreram, como a manutenção ou não das penalidades. O Ministro Relator Dias Toffoli, por exemplo, defendeu a permanência da sanção administrativa, de suspensão da programação, além de advertências contínuas a respeito da faixa etária recomendada para a programação. Já o Ministro Teori Zavascki defendeu apenas a classificação indicativa como método, sem a sanção ou a penalidade.

A segunda corrente, composta pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, teve argumentos técnicos, porém os três se utilizaram de dados sociológicos e fáticos, a respeito da realidade brasileira. Também se posicionaram contra a censura, porém também afirmaram que a liberdade de expressão não é um princípio absoluto e que a criança e o adolescente devem ser tutelados pelo Estado também. Sobre a questão das penalidades, o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe a sugestão de investir no artigo 223 da Constituição, em se tratando de não renovar a concessão em caso de não cumprimento da recomendação, ao invés de uma multa.

A terceira corrente é uma terceira via proposta pelo Ministro Marco Aurélio, que se posicionou veementemente contra a expressão "em horário diverso do autorizado", entendendo que isso daria margem a uma censura prévia e que, portanto, seu voto teria inclusive entendimento estendido para o artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Foram propostas três soluções, no que concerne às sanções: (i) anulação total da sanção e da multa; (ii) manutenção das penalidades previstas; (iii) ao invés das penalidades já previstas, a interrupção da concessão. A primeira solução, defendida principalmente pelo Ministro Teori Zavascki, entende que a classificação indicativa apenas é suficiente para a

problemática. A segunda solução, defendida principalmente pelo Ministro Dias Toffoli, já entende que, como a expressão “em horário diverso do autorizado” vai ser declarada inconstitucional, a penalidade deve ser mantida, para que a recomendação, de juízo indicativo, seja levada a sério.

Por fim, a terceira solução, proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski, defende que a interrupção na concessão (prevista no artigo 223 da Constituição), pelo Poder Público, é mais efetiva que a multa ou que a sanção. Porém, isso aponta para um outro problema já discutido aqui que é a falta de regulamentação acerca desse tema, inclusive na Lei das Concessões⁵⁴, e o predominante ato de autorizar, em detrimento da concessão ou permissão, também previstas no caput do artigo 223 da Constituição.

Assim, é necessário discutir o regime jurídico acerca do status de serviço público da radiodifusão, bem como o procedimento da concessão. Recentemente, foi aprovado, em 2019, o Projeto de Lei da Câmara nº79, de 2016⁵⁵, a qual permite a modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização.

A hipótese, por sua vez, se confirma, pois de fato, o Princípio da Liberdade de Expressão é muito resguardado, tendo uma jurisprudência forte sendo construída na Suprema Corte. Portanto, mesmo os ministros da segunda corrente, que votaram pela interpretação conforme, fizeram questão de deixar cristalina que a classificação indicativa não configura censura, mesmo filiando-se ao posicionamento de que a liberdade de expressão não é absoluta. Como guardiões da Constituição, isso é esperado, uma vez que a Constituição Cidadã de 1988, teve os direitos fundamentais como basilares e, inclusive a liberdade de expressão, por conta do passado ditatorial do país, em que havia censura da imprensa.

⁵⁴ Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

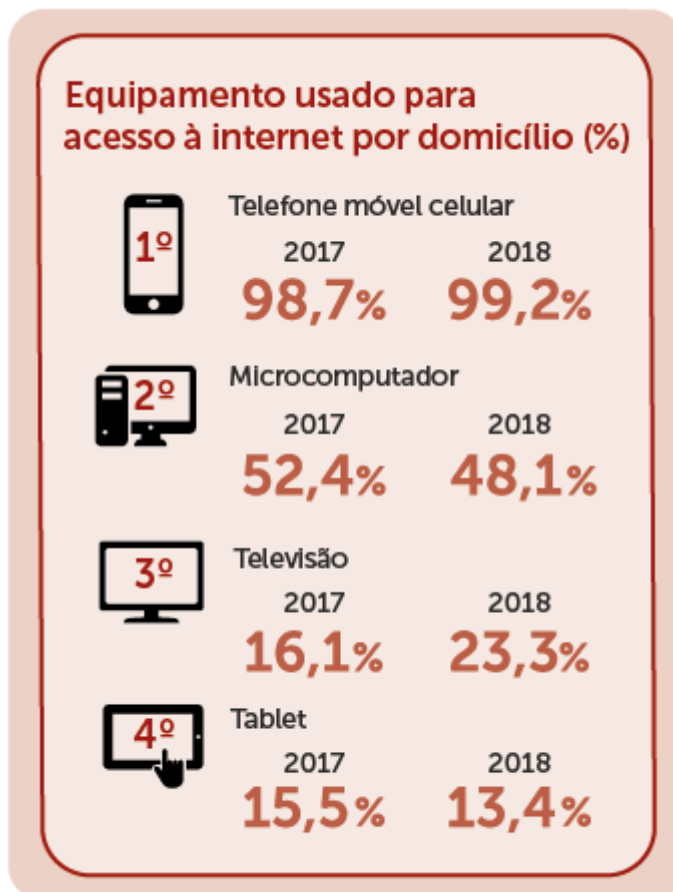
⁵⁵ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº79, de 2016. Altera as Leis nºs 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e 9.998, de 17 de agosto de 2000; e dá outras providências. Senado Federal, 03 de Outubro de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127688>> Acesso em 22/02/2021.

Hoje, não é permitido ao Estado decidir qual o horário determinado conteúdo será veiculado, sob pena de sanção administrativa; apenas há a classificação indicativa, recomendando a partir de qual faixa etária aquele conteúdo é destinado. Essa decisão do STF trouxe muitas críticas de pesquisadores e defensores dos direitos humanos, que alegavam o fato de os conteúdos estarem a mercê dos interesses econômicos dos grandes conglomerados da mídia. Mas, mesmo que não haja um “horário autorizado”, é uma convenção social que programas de conteúdo violento ou sexual sejam veiculados à noite ou de madrugada. O que fugiria desse padrão, muito provavelmente seriam alguns programas jornalísticos, que não se submetem à classificação indicativa, logo, não há exatamente uma regulação ou um limite para cenas ou discursos violentos nesses casos.

Uma preocupação latente é em relação ao procedimento da classificação e sua sujeição às subjetividades do Poder Público, portanto, a decisão do STF pode ser vista como um impedimento de uma decisão unilateral do Estado, que concentra o poder de definir em qual horário determinado conteúdo terá sua liberdade de programação e o poder de sancionar a emissora, em caso de descumprimento.

Há, também, a questão contemporânea das novas tecnologias e do acesso à internet. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, com dados de 2018, entre os brasileiros com 10 ou mais anos de idade, o uso da internet subiu de 69,8% em 2017, para 74,7%, em 2018⁵⁶. Além disso, é divulgado que o maior meio de acesso à internet é pela ferramenta do celular, sendo a principal finalidade, a troca de mensagens.

⁵⁶ IBGE Educa, Uso de internet, televisão e celular no Brasil, 2018. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>> Acesso em 22/02/2021.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínuas 2017-2018.

Em 2018, 96,4% dos domicílios pesquisados tinham televisão em casa. Os dados variam, principalmente regionalmente, quando somam fatores como TV de tela fina ou de tubo, com sinal analógico ou digital. Fato é que, no que concerne à TV aberta, quase a totalidade da população tem acesso.

Porém, não há como negar a influência da tecnologia na vida dos jovens, principalmente no quesito comportamento. A internet, em específico, é um mundo à parte onde encontra-se de tudo, inclusive, sem classificação indicativa e regulamentação, uma vez que são informações que transbordam as fronteiras de um país.

Em artigo publicado em 2019, o jornal O GLOBO publicou uma pesquisa realizada - antes da pandemia do COVID-19; importante destacar, já que foi um cenário que gerou forte relação com a internet - com jovens entre 15 e 29 anos, na 3ª edição da pesquisa Juventudes e Conexões, com iniciativa da Fundação Telefônica Vivo e parceria com a Rede Conhecimento Social e a Ibope Inteligência.

Nessa pesquisa, ao mesmo tempo em que 54% admitiram estar inseguros na internet e 78% se sentiam desconfortáveis em contatar estranhos, 57% acha que a ansiedade se agravou com o uso de redes sociais e, por sua vez, 30% acreditam que sua relação consigo mesmo melhorou, em assuntos como corpo, sexualidade e identidade.

Esses dados são importantes porque demonstram o óbvio: algum impacto a internet tem na psique humana, mas principalmente nos jovens. E são impactos muito relevantes, já que afetam questões psicológicas como ansiedade, construção de sua identidade, segurança e comunicação. E é nesse campo vasto em que reside um aumento contínuo, desprovido de regulação, do uso da internet pelos jovens.

É claro que um problema não exclui o outro, portanto não é por não haver regulação devida na internet que não se deve atentar à radiodifusão e telecomunicação. Porém, é necessário entender se existe uma seletividade nessa supervisão, já que o intuito é proteger os jovens.

Em se tratando da classificação indicativa, pois, o ponto é continuar com as recomendações das faixas etárias adequadas, bem como ressaltou diversas vezes o Ministro Relator Dias Toffoli, com avisos de advertência recorrentes durante a exibição das programações. Além disso, é de suma importância a prática efetiva da Lei Nº10.359, de 27 de Dezembro de 2001,

Art. 1º (...) que dispõe da obrigatoriedade 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.

Nos termos da regulação estatal para a classificação indicativa, é importante que se avalie o quanto é benéfico para a sociedade concentrar toda a prerrogativa de identificar a faixa etária adequada de um programa em órgãos do Estado. Nesse sentido, exemplos internacionais de autorregulação ou de correção, como foram trazidas no voto do relator, são importantes para repensar a sistemática brasileira. Bem como refletir sobre um mecanismo de maior representatividade de grupos da sociedade junto aos servidores públicos que exercem a classificação.

Além disso, como já foi exposto, é importante repensar a sanção, no que tange ao método de impedimento da concessão, proposto pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A concessão já é um instituto peculiar quando aplicada aos meios de rádio e TV. Portanto, é necessário olhar de forma crítica o motivo –de não concessão nesse âmbito, e ser um ato autorizativo, de tom imperativo. Caso contrário, a saída proposta pelo ministro é inefetiva.

No mais, a pesquisa contribui para demonstrar que ambos os princípios são relevantes e que, perante ao Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão prevaleceu, mesmo sendo considerada cuidadosamente a proteção à criança e ao adolescente. O ponto é entender a efetividade da decisão, considerando a existência de programas jornalísticos sem classificação indicativa, diante de tantos interesses heterogêneos em pauta e perante diversas tecnologias atraindo a atenção da juventude.

8. Referências Bibliográficas:

STF. Regimento Interno, STF. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RIS_TF.pdf> Acesso em 02 de fev. de 2021.

Cartilha: Classificação Indicativa - Informação e Liberdade de escolha. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/cartilha_informacaoliberaldadeescolha.pdf> Acesso em 02 de fev. 2021

JUSBRASIL. Justiça de São Paulo tira Rede TV do ar. 07 de Novembro de 2005. Disponível em <<https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/136406/justica-de-sao-paulo-tira-rede-tv-do-ar>> Acesso em 15/02/2021.

NOTÍCIAS DA TV, por Daniel Castro. Quem é o empresário que está em guerra para tirar Datena, Bacci e Sikêra do ar?. 28 de Setembro de 2020. Disponível em <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/quem-e-o-empresario-que-esta-em-guerra-para-tirar-datena-bacci-e-sikera-do-ar-43159?fbclid=IwAR3gB_wrTw-tVRA-b1Ck-kx_TzrIyWzfmUJZVDSiFfBeIOVknr058Olu3kM#.X3akdHsP4MI.facebook> Acesso em 15/02/2021.

G1. *Suspensão no Brasil, a 'Serbian Film' teve robôs usados em filmagens*. 29 de Julho de 2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/07/suspensao-no-brasil-serbian-film-teve-robos-usados-em-filmagens.html>> Acesso em 15/02/2021.

AVENTURAS NA HISTÓRIA. Caso Latininho: Humilhação de jovem escancarou o vale-tudo televisivo nos anos 1990. 10 de fevereiro de 2020. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/almanaque/caso-latininho-humilhacao-de-jovem-escancarou-o-vale-tudo-televisivo-nos-anos-1990.phtml>> Acesso em 15/02/2021.

UOL.SPLAH. *Após 33 anos, governo endurece classificação de "Um príncipe em Nova York"*. 01 de Fevereiro de 2021. Disponível em <<https://www.uol.com.br/splash/noticias/2021/02/01/apos-33-anos-justica-endurece-censura-de-um-principe-em-nova-york.htm>> Acesso em 15/02/2021.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. Forum, 22ª edição.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. Revista de Direito Administrativo, v.189 (1992) 01 de julho de 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45285> Acesso em 29 jan. 2021.

WIMMER, Miriam e PIERANTI, Octavio Penna. Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional. Revista Electrónica Internacional de Economía Política de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, v. 11 n. 1 (2009).