

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E VINCULAÇÃO DE HORÁRIOS NA PROGRAMAÇÃO DE TV: A FORÇA DAS IMAGENS E O PODER DAS PALAVRAS*

Jane Reis Gonçalves Pereira**

RESUMO: O presente artigo analisa a viabilidade constitucional da imposição de barreiras de horários para exibição de programação inadequada para crianças na TV aberta, a partir dos argumentos até agora ventilados no julgamento, em curso no Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.404. O objetivo é demonstrar a complexidade do conflito entre liberdade e intervenção nesse domínio específico, que aponta para uma solução, que, embora rejeitando o controle prévio da programação, reconhece a constitucionalidade do estabelecimento de marco regulatório que discipline limites temporais relacionados à classificação por faixa etária na programação na TV aberta.

PALAVRAS-CHAVE: Classificação indicativa. Liberdade de expressão. Liberdade de programação. Barreiras de horário. ADI nº 2.404.

Introdução

A proteção à liberdade de expressão integra a espinha dorsal das democracias liberais. Sua história confunde-se com a trajetória do constitucionalismo moderno e das lutas contra a opressão do Estado.¹ No Brasil, as experiências autoritárias cíclicas e recentes conferem à sua proteção um forte valor simbólico e emocional. As feridas abertas por anos de censura institucionalizada tornam o tema delicado e favorecem a defesa das teses que preconizam o absentismo do Estado na regulação das liberdades comunicativas. Nesse contexto de trauma, invocar a palavra “censura” numa discussão é sempre um recurso retórico potente.

Nos últimos anos, as tentativas de debate sobre o tema da atuação do Estado no domínio da comunicação são sistematicamente assombradas pelo fantasma da censura,² conceito que tem a sua já elevada potência argumentativa maximizada pelo espectro da brutalidade da ditadura militar.

Ao mesmo tempo, a intensa influência que o Direito norte-americano exerce no pensamento constitucional brasileiro viabilizou a ampla utilização, nesse debate, de algumas ideias e premissas libertárias que transitam naquele sistema, que é hoje o mais inclinado à proteção preferencial à liberdade de expressão das democracias ocidentais. Não é rara, inclusive, a utilização de conceitos e citações norte-americanas de forma descontextualizada, de modo a sugerir que, naquele país, a liberdade de expressão é tutelada de forma absoluta e incondicional em todas as esferas, mito que uma análise mais abrangente do modelo de regulação dos meios de comunicação nos Estados Unidos – sobretudo do campo da TV aberta – é capaz de desmentir.³

* Enviado em 19/11, aprovado e aceito em 16/12/2013.

** Doutora em Direito Público - Uerj; Mestre em Direito Constitucional - PUC-Rio; professora adjunta de Direito Constitucional - Uerj; juíza federal. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: janergp@hotmail.com.

Nessa conjuntura, o debate sobre o choque entre liberdades comunicativas e a regulação do mercado audiovisual no Brasil tem assumido contornos maniqueístas, e não se sofisticou em escala proporcional à de outros temas importantes em nossa agenda constitucional.⁴

Tal cenário tornou-se claro no início do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da ADI nº 2.404, ajuizada em 2001, na qual se discute a constitucionalidade do artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90).

O cerne da discussão consiste em saber se é legítima a vinculação de horários de transmissão de programas de TV e rádio às faixas etárias correspondentes. A inicial da ação pede a declaração de inconstitucionalidade da expressão “espetáculo em horário diverso do autorizado”, o que terá por resultado a impossibilidade de o Estado restringir a exibição de programas classificados como impróprios para faixas etárias nos horários habitualmente acessíveis ao público infantil.

O voto do relator, ministro Dias Tofoli, teve como anteparo o ideário que informa a proteção da liberdade de expressão. As razões do voto enunciam uma série de aforismos conectados à ideia de prevalência incondicional da liberdade de programação das emissoras de radiodifusão, que, na sua visão, não poderia ser submetida à regulação estatal. A fundamentação invoca, inclusive, as lições do célebre juiz Hugo Black, que ficou conhecido como defensor de um controvertido modelo de interpretação absolutista da primeira emenda.⁵ Foi citado o sistema norte-americano de classificação indicativa da indústria cinematográfica como bom exemplo de autorregulação do mercado, sem referência, contudo, ao fato de que, em relação à TV aberta, ainda vigora nos Estados Unidos uma barreira de horário que cerceia a exibição de conteúdo impróprio entre 6h e 22h, e que a inobservância de tais critérios pode ensejar a aplicação de sanções pela Federal Communication Commission.⁶

Na mesma linha, votaram Luiz Fux, Carmen Lúcia e Carlos Ayres de Britto, que antecipou seu voto. Alguns ministros afirmaram que a classificação de horários configuraria censura prévia (apesar de não ser praticado hoje qualquer exame prévio estatal da programação, já que a regulação em vigor contempla que a classificação deve ser feita pelos próprios produtores de conteúdo).⁷ Os ministros relacionaram a regulação da matéria à censura e às ditaduras, à tutela estatal da moral pública, bem como externaram a convicção de que o único controle viável, no caso, seria o das famílias.

Para o relator, a própria Constituição já “delineou as regras de sopesamento desses dois valores”. Não se chegou a debater acerca da proporcionalidade e razoabilidade da imposição, pelo Estado, de certos parâmetros nessa seara. A convicção externada nos votos já proferidos é de que expressão “classificação indicativa”, utilizada na Constituição ao tratar das competências da União, significa que a intervenção do Estado é de mera sugestão e orientação aos pais, não cabendo a cominação de qualquer sanção jurídica relacionada ao atrelamento de horário e à pertinência com as faixas etárias na TV aberta.

A paisagem que se vislumbra, portanto, é a de formação de bloco de ministros com entendimentos alinhados à visão absolutista da liberdade de expressão, segundo a

qual qualquer intervenção vinculante do Estado nesse domínio é odiosa. Até o momento, nenhum dos votos enunciados incluiu na equação argumentativa três aspectos que reputo decisivos para a solução desse embate específico: a) a circunstância de que se trata de regulamentação que recai sobre rádio e televisão, os quais são meios de comunicação sujeitos à concessão pública, aspecto que pode justificar um regime de regulação diferenciado; b) a circunstância de que o dispositivo em debate visa a proteger um grupo vulnerável, cujo ciclo de amadurecimento do qual se inferem a autonomia e a capacidade de autodeterminação não se completou, o que pode legitimar algumas compressões à atuação dos atores privados na transmissão pública da programação; c) o fato de que, no caso, há um efetivo conflito entre direitos constitucionalmente tutelados, razão por que as restrições legislativas devem passar pelo crivo da proporcionalidade, cabendo ter em consideração, ainda, o princípio democrático, que tem como consectário o reconhecimento de uma margem de ação do legislador.

Não pretendo, no presente artigo, fazer uma abordagem completa do tema da intervenção do Estado no domínio da comunicação. Não irei, tampouco, sustentar uma visão intervencionista que justificaria uma vigilância estatal abrangente sobre os conteúdos exibidos na TV. Tenho a convicção de que a Constituição consagra um modelo de proteção reforçado da liberdade de expressão. Meu objetivo aqui será, a partir da análise das razões utilizadas na discussão sobre constitucionalidade da classificação indicativa e sanções correlatas, demonstrar que o choque entre liberdade e intervenção não tem os contornos singelos que os votos já proferidos sugerem.

1 Ideias que não correspondem aos fatos: sobre captura retórica e a banalização da palavra “censura”

Liberdade é uma das palavras mais poderosas do vocabulário constitucional. Remete ao ideal humanista de emancipação e reflete a capacidade das pessoas de usarem sua razão e seus sentimentos para se tornarem protagonistas do próprio destino. Se alguém nos convence de que uma providência nos confere mais liberdade, intuimos que se trata de algo naturalmente bom.

A palavra “censura” é a sua antagonista, e está ligada às diversas versões do autoritarismo. Ao ouvir falar em censura, pensamos em livros queimados, em ideias condenadas à clandestinidade e em perseguições motivadas por orientação política e pelo conservadorismo moral. O controle das artes, do fluxo de informação e das opiniões sempre esteve a serviço das ditaduras. Por isso, se uma ação é qualificada como censura, tendemos a compreendê-la como intrinsecamente má. O raciocínio é simples e persuasivo: se uma ação estatal pode ser definida como censura, deve ser veementemente repudiada por aqueles que prezam a democracia liberal. A própria Constituição de 1988, nesse tópico, foi clara e taxativa: é vedada qualquer forma de censura política, ideológica e artística (art. 220).

Liberdade e censura, portanto, são palavras poderosas e muito convincentes, que expressam a luta entre o que se considera o bem e o mal no ambiente liberal-democrático.

A primeira é habitualmente posta a serviço das teses que repudiam a interferência do Estado, enquanto a segunda é frequentemente invocada para combater toda forma de intervenção no campo da circulação de ideias. Ocorre que, por seu elevado potencial de convencimento, tais palavras acabam por ser usadas de forma demasiadamente elástica, o que acarreta o esvaziamento do seu significado.

Mas o desafio que se apresenta nas disputas constitucionais é justamente determinar se as palavras usadas efetivamente correspondem ao que buscam descrever.

Na argumentação jurídica e política, uma estratégia falaciosa costumeira⁸ é acenar com o pior cenário, forçando analogias e antevendo panoramas catastróficos, com o escopo de levar o interlocutor a formar sua opinião mais com base no medo de eventuais desdobramentos hipotéticos do que nos aspectos em jogo. Não é raro, nesse tipo de disputa retórica, recorrer ao conhecido argumento da “ladeira escorregadia”,⁹ segundo o qual qualquer regulação estatal seria o primeiro passo para uma sucessão de práticas que resultariam no retorno da censura e das práticas autoritárias.

Tal estratégia de argumentação tem como efeito pernicioso a desqualificação precipitada do pensamento oposto, e a tendência a favorecer as teses extremadas no lugar das intermediárias.

Esse artifício tem sido usado de forma recorrente nas discussões sobre as conflituosas relações entre o Estado e os meios de comunicação de massa. A palavra “censura” é repetidamente empregada como uma arma de efeito silenciador do próprio debate sobre o tema. Quando qualquer intervenção estatal no domínio da comunicação está em questão, seus oponentes empenham-se em rotulá-la como censura. Ao contaminar o debate com um termo pejorativo, repellido por quem tem apreço pela democracia liberal - e, mais importante, repudiado pela Constituição -, neutraliza-se a tese antagônica, que passa a ser rotulada como retrógrada e autoritária. Estigmatiza-se o argumento adversário, impedindo, ainda no ponto de partida, o avanço da discussão.

Não ignoro, todavia, que uma das características da censura é negar sua condição. Como bem adverte Gustavo Binembojm (2006, p. 14), “uma das características sorrateiras da censura é a de negar não apenas as ideias diferentes ou discordantes, mas, sobretudo a de negar-se a si mesma. A censura costuma ser um mal oculto e silencioso justamente e porque a voz silenciada é sempre a dos opositores - os outros invisíveis”.

Embora seja verdade que existe o risco de a censura surgir travestida de regulação, isso não significa dizer que qualquer regulação das liberdades comunicativas possa ser entendida como censura. A afirmação da ministra Carmen Lúcia em seu voto, de que “a censura tem vários apelidos, a liberdade um só”, não considera a complexidade do tema e a circunstância de que a promoção das liberdades comunicativas de alguns grupos pode resultar na compressão da liberdade de outros. Empregar um conceito excessivamente elástico de censura nos colocaria diante de uma escolha binária e falsa, em que teríamos de optar entre tolerar um Estado censor que nos vigia ou acatar um irrescrito *laissez-faire* no campo das liberdades comunicativas. Não poderíamos tratar como legítimas intervenções que busquem promover o pluralismo, tutelar grupos fragilizados

(como ocorre no caso em discussão) ou desobstruir canais de comunicação bloqueados por poderes privados. Ao tomarmos essas assertivas como verdades incontestáveis, assumiremos que, no domínio da liberdade de expressão, os riscos para os direitos fundamentais provêm apenas da ação do Estado, nunca de agentes privados.

A banalização do uso da expressão censura nas discussões sobre a regulamentação das mídias coopera para propagar as visões mais intransigentes e maniqueístas do assunto, reduzindo radicalmente o alcance da deliberação política, judicial e pública desses temas. É certo que a ingerência estatal que tem por objetivo suprimir uma ideia por razões ideológicas ou morais é censura, mas nem toda restrição ao exercício da liberdade de expressão pode ser assim definida.

Alguns exemplos mais extremos ajudam a ilustrar o raciocínio. Podemos argumentar que a vedação da pornografia infantil seria incompatível com a Constituição de 1988, por caracterizar uma forma de censura? É razoável supor que a proibição de propaganda de produtos nocivos, como o álcool, nos intervalos da programação infantil constituiria censura? Restrições legais e judiciais ao discurso de incitação ao ódio devem ser compreendidas como censura? Esses exemplos, na minha percepção, indicam que o conceito de censura deve ser construído e aplicado à luz do conjunto normativo da Constituição. Uma construção de significado que qualifica como censura qualquer modalidade de regulação na esfera comunicativa consiste em afirmar uma regra de preferência abstrata e absoluta da liberdade de expressão na sua dimensão negativa. Ao mesmo tempo, adotar um conceito tão difuso de censura equivale a afirmar que uma *mão invisível do mercado de ideias* é capaz de corrigir qualquer distorção e desequilíbrio de forças no campo da comunicação. Essa noção não é compatível com a dimensão compromissória e dialética da Carta de 1988.

Entendo que a utilização da palavra “censura” nos contextos em que se opera um conflito entre direitos constitucionais antagônicos configura o que Margaret Radin (2012, p. 458) chamou de “captura retórica”, referindo-se à forma de discurso que se utiliza de rótulos conclusivos. O que acontece quando se usa essa estratégia argumentativa? O mero uso do rótulo descarta a consideração das razões opostas. Nessa linha de raciocínio, se induzimos o interlocutor a pensar que a vinculação de horários por faixa etária é censura, fica pressuposto que as empresas transmissoras têm direito subjetivo de veicular os programas de conteúdo adulto em qualquer hora do dia, independentemente das razões antagônicas que pudessem justificar juridicamente a solução inversa.¹⁰

Como afirma a autora, “quando a retórica distorce a argumentação em questões importantes para democracia, a democracia sofre” (RADIN, 2012, p. 458).

Essa forma de argumentação teve papel crucial no julgamento, em curso no STF, sobre a constitucionalidade das sanções administrativas por não observância da classificação indicativa (artigo 254 do ECA). Os que defendem a declaração de inconstitucionalidade sustentam, entre outros argumentos que serão adiante abordados, que o sistema de barreiras de tempo vulnera a liberdade de expressão e institucionaliza uma modalidade de censura.

Essa construção argumentativa, de que a vinculação de horários viola a liberdade de expressão e de que sua manutenção caracteriza censura, tem sido repetida em diversos círculos e foi absorvida pelos votos dos ministros que se posicionaram pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Quero aqui defender que a regulação legal de horários atrelados às diversas faixas etárias não configura uma restrição desproporcional da liberdade de expressão, e que sua previsão no ordenamento não equivale a consagrar mecanismos de censura no Brasil.

Censura, nos sistemas que a empregam, pode ser definida como o controle de obras e publicações exercido, normalmente antes da veiculação, por um agente da administração ou comitê, que concede ou nega autorização com base em critérios vagos ou não revelados (BARENDT, 2005, p. 122). De uma forma mais sintética, poderíamos definir censura como o bloqueio estatal à circulação de uma ideia, obra ou publicação, normalmente de forma prévia.

O que está em pauta não é o banimento de programas ou o impedimento de exibir determinados conteúdos na programação, o que, de fato, poderia ser caracterizado como censura. O que está em questão é a constrição estatal ao poder de as emissoras de TV e rádio (as quais, vale lembrar, são concessionárias do Poder Público) decidirem o horário em que exibirão programas cujo conteúdo envolve sexo e violência gratuita. Trata-se, no caso, de imposição de barreiras (*watersheds*) à exibição de programação nociva aos espectadores infantis nos períodos do dia em que habitualmente eles assistem à TV, algo que é admitido nas diversas democracias ocidentais, inclusive nos Estados Unidos, que são hoje o expoente máximo do modelo libertário da esfera comunicativa.

Existe uma enorme diferença entre repudiar a possibilidade de o Estado realizar o controle da programação de forma prévia e compreensiva e entender que a lei pode comprimir a liberdade de alocação temporal de programas potencialmente prejudiciais ao desenvolvimento das crianças, com o objetivo de promover o princípio de proteção à infância contido na Constituição de 1988.

Excluída a noção de que as barreiras de horário (*watersheds*) configuram censura - a qual é expressamente vedada pela Constituição -, a questão terá de ser compreendida como uma restrição legal oposta à liberdade comunicativa das emissoras com o fim de tutelar os direitos fundamentais das crianças. O meio em pauta - a prescrição de barreiras temporais - restringe a liberdade de programação, visando a promover a proteção à infância. Trata-se, assim, de uma colisão entre princípios constitucionais, a ser solucionada pelo método da ponderação, que encerra a análise da proporcionalidade da restrição imposta à liberdade de difusão nos canais abertos.

Como desenvolverei mais à frente, a expressão "autorizada", utilizada no dispositivo combatido na ADI nº 2.404, é realmente incompatível com o sistema constitucional de 1988. No entanto, o dispositivo poderia ser objeto de uma interpretação conforme a Constituição, com o escopo de excluir a leitura de que o Estado possa efetivar um exame prévio da programação.

Com efeito, a mera imposição de limites de horário na TV aberta não deve, em tese e como ponto de partida, ser entendida como um mecanismo incompatível com o sistema constitucional brasileiro.

2 A infiltração de concepções estrangeiras no discurso jurídico brasileiro: possibilidades e riscos

A Constituição de 1988 tem um caráter liberal que convive com inequívocos traços sociais. Ela estabelece fortes proteções à liberdade de expressão, mas simultaneamente determina que o Estado assegure às crianças e adolescentes o direito à cultura e à liberdade, bem como que os ponha a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Como destaquei no começo, é interessante notar que o discurso que veicula a primazia absoluta da liberdade das emissoras tem sido visivelmente influenciado pelas visões mais extremadas da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Os argumentos são usualmente respaldados por citações de frases de juízes e juristas que, naquele país, fizeram defesas radicais da liberdade de discurso. Contudo, raramente se faz referência às restrições que são impostas à programação de TV aberta e ao próprio modelo de regulação estatal dos meios de comunicação nos Estados Unidos. Essa assimilação parcial põe em evidência os riscos de uma infiltração enviesada de ideias constitucionais estrangeiras. O diálogo com outros sistemas jurídicos é um instrumento proveitoso, enriquecedor e algumas vezes imprescindível. Mas não se pode perder de vista que o uso irrefletido de teses estrangeiras pode causar uma importação seletiva, descontextualizada e desvirtuada das ideias constitucionais ventiladas em outros países.¹¹

A tradição filosófica dos Estados Unidos no domínio da liberdade de expressão é riquíssima e merece ser estudada e aproveitada. No entanto, deve-se ter cautela ao transpor para o Brasil um arsenal de argumentos formulados em um contexto muito diverso do nosso, deixando de lado os pontos em que nossa Constituição se diferencia radicalmente do modelo norte-americano. É importante olhar para fora, mas sem esquecer quem somos e onde estamos. O sistema jurídico dos Estados Unidos confere uma proteção mais intransigente ao discurso ofensivo do que qualquer outra democracia liberal. A título de exemplo, trata-se do único país democrático que rejeita a regulação estatal do discurso do ódio (*hate speech*) contra grupos minoritários e religiosos.¹²

Por outro lado, repita-se, mesmo o idealizado sistema norte-americano de liberdade de expressão convive com uma agência de regulação que empreende intervenções no mercado de radiodifusão, coisa que raramente é mencionada entre nós.¹³

Paralelamente, emular comportamentos e tradições de outros países encerra o risco de comprometer nossa identidade constitucional. A Constituição brasileira é reverente à tradição liberal e recusa instrumentos autoritários na esfera comunicativa, mas não adotou um modelo absolutista de liberdade de expressão. Ela não consagrou um liberalismo hiperbólico e incondicional nessa seara. Pelo contrário, em diversos comandos promove a adaptação dos dogmas liberais a outros direitos constitucionais e à exigência de uma atuação promocional e protetiva do Estado.¹⁴

Meu objetivo, neste texto, é procurar desconstruir a leitura de que rejeitar barreiras de horário é a solução certa porque promove “a liberdade”; e manter a lei é a

solução errada, porque institucionaliza a “censura”. A discussão desse tema precisa ser empreendida à luz da metodologia da ponderação, método que permite levar a sério e avaliar todos os direitos e princípios em jogo. Não é constitucionalmente adequado qualificar qualquer modelo de vinculação de horários como censura. É preciso ter em conta todas as variáveis que estão em jogo nesse debate: a liberdade promovida é de quê? Quem é o principal destinatário dessa liberdade? A restrição em questão promove quais princípios constitucionais? Ela passa no teste da proporcionalidade?

3 Liberdade de quê?

O cerne da discussão em curso no STF é a viabilidade constitucional da vinculação de horários por faixas etárias. Está em pauta definir se o Estado pode classificar programas apenas com a finalidade de sugerir ou orientar as famílias ou se pode, também, impingir sanções em decorrência da exibição na TV aberta de programas impróprios em horários diversos dos indicados para cada faixa etária.

A ADI nº 2.404, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), questiona a constitucionalidade das palavras “espetáculo em horário diverso do autorizado” no art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem o seguinte teor:

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. (BRASIL, 1990)

O voto do relator foi no sentido de acolher o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”. A supressão de tal parcela do dispositivo tem por consequência o reconhecimento da impossibilidade de serem estabelecidas sanções relacionadas à inobservância dos parâmetros na indicação de horários por faixas etárias.

É verdade que o art. 254 do ECA utiliza um vocabulário inadequado, de matriz autoritária, ao empregar a expressão “diversamente do *autorizado*”. O uso desse termo sugere que o Estado poderia efetivar um controle prévio da programação. Essa leitura - se empreendida - efetivamente seria incompatível com o modelo de liberdade de expressão estabelecido pela Constituição de 1988. A terminologia retrógrada provavelmente cooptou para a rejeição peremptória da própria possibilidade de regulação dos horários na TV.

Solução possível para afastar a compreensão de que a lei autoriza uma fiscalização *ex ante* pelo Estado seria o tribunal conferir ao dispositivo uma interpretação conforme a Constituição.

Nesse sentido, seria eliminada a leitura de que o Poder Público pode efetivar qualquer forma de controle prévio da programação. No entanto, penso que não é inconstitucional que o Estado estabeleça os parâmetros elementares para que as empresas efetivem a autoclassificação e fiscalize sua observância.

No plano ideal, o dispositivo deveria ser revisto e o marco legal, adaptado à linguagem contemporânea dos direitos. Entretanto, a fundamentação dos votos já proferidos aponta para a formação de um precedente que exclui a possibilidade de qualquer imposição de limites de horário para exibição de programação adulta na TV aberta. É especificamente esse aspecto que quero examinar.

Nosso sistema de tutela da liberdade de expressão não se harmoniza com a possibilidade de autorização prévia para a exibição de conteúdos. Mas rejeitar em termos absolutos a possibilidade de o Estado estabelecer qualquer barreira de horário para exibição de programação adulta na TV aberta também não é a solução constitucionalmente adequada.

É importante destacar que a questão aqui debatida não alcança o material audiovisual exibido em cinemas, na internet, e o comercializado por meio de mídias físicas. O que pretendo discutir é a possibilidade de o Estado prescrever parâmetros para a classificação etária e os horários apropriados de exibição, especificamente no caso da TV aberta e do rádio - que atuam mediante concessão -, e, no caso de não observância reiterada, aplicar sanções às emissoras. O ponto de controvérsia, portanto, é tão somente a viabilidade da imposição de barreiras por faixa de horários na televisão aberta.

Mesmo que o STF pronuncie a inconstitucionalidade do dispositivo pelo fato de ter empregado impropriamente a palavra “autorizar”, poderia ser deixada em aberto a possibilidade de ser fixado outro tipo de marco regulatório. Entretanto, como destaquei, o julgamento encaminha-se para a rejeição categórica dos limites temporais. Fiscalizar o que é transmitido na TV aberta será então, exclusivamente, um problema da família, não do Estado.

Porém, a exploração dos canais abertos de TV e das frequências de rádio não é um domínio estritamente privado. Trata-se de um espaço em que os atores privados utilizam a infraestrutura de telecomunicações fornecida pelo Estado. Por se tratar de um mecanismo de transmissão que tira proveito de recursos estatais limitados - não há um acesso infinito aos canais e ondas de rádio e TV para qualquer pessoa ou corporação que queira utilizá-los -, tal forma de expressão não é acessível a todos os cidadãos, mas apenas às empresas que detêm a respectiva concessão.

Ainda que se suponha que, no futuro, o fenômeno da convergência poderá eliminar a barreira tecnológica que limita o número de sujeitos que detêm canais públicos de comunicação, por ora a TV aberta é um meio de comunicação importante, concentrado e influente. Em um país desigual como o Brasil, a questão tem também relevância sob a ótica da isonomia. Nas classes sociais menos favorecidas, maior é o espaço que a TV aberta ocupa como opção de entretenimento, e mais intenso é o seu potencial de influência. Nessa conjuntura, é legítimo que o Estado tenha um papel mais ativo nessa seara do que em outras esferas, como o da imprensa escrita, do cinema, do teatro e da TV a cabo. A força, a abrangência e a dimensão pública da televisão aberta justificam a intervenção do Estado para promover direitos fundamentais. Como destacaram J. J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado (2003, p. 32): “O Estado, além de um dever de abstenção e de proceção ao direito em causa, tem igualmente um dever de regulação. Assim, a liberdade

de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias”.

Obviamente, tal aspecto não autoriza que o Estado empreenda uma tutela expansiva do que é exibido, controlando o conteúdo com o propósito de excluir da programação determinadas produções, determinando que estas não podem abordar certos assuntos ou impondo a subtração de cenas. Contudo, esse mecanismo de comunicação, por sua própria natureza, deve ser submetido a um escopo de regulação mais amplo do que aquele empregado em outros domínios da difusão de ideias.

Por isso, é relevante insistir que não está em discussão, na ADI nº 2.404, a intervenção do Estado em campos estritamente privados como a produção de livros, de jornais e de peças de teatro, as exposições em cinemas ou a internet.

O aspecto da discussão que quero aqui explorar é se a Constituição consagra uma liberdade intangível de alocação temporal dos conteúdos impróprios para crianças nos veículos que são explorados mediante concessão (TV e rádio).

4 Liberdade de quem?

Um ponto importante para dar transparência à discussão é descortinar quem são, no tema em exame, os destinatários primordiais da ampliação da liberdade que advirá do reconhecimento de que a definição de horários é um domínio insuscetível de intervenção do Estado. Qual é o alcance das barreiras de horário em relação aos espectadores? E quanto aos produtores e aos difusores de conteúdo?

A argumentação no sentido da inconstitucionalidade dos limites temporais valoriza o tratamento da questão à luz das liberdades existenciais. No entanto, o problema em análise envolve uma intrincada teia de interações entre liberdades existenciais e liberdades econômicas.

Esse aspecto não é banal e tem consequências importantes. Há razoável consenso no sentido de que, quando se promovem ponderações entre princípios constitucionais, as liberdades de cunho existencial tendem a desfrutar de uma proteção mais reforçada que as liberdades de caráter econômico.

Assim, é relevante identificar, para a análise da constitucionalidade da indicação de horário e da aplicação de sanções nos casos de inobservância repetida, qual é a natureza das liberdades atingidas e em que proporção são afetadas.

Um dos aspectos mais comprometidos pela regulação em pauta é a liberdade das emissoras de calibrar a distribuição de programas de acordo com sua possível audiência, com o propósito de extrair o melhor proveito econômico de sua exibição.

É que a imposição de limites de horário eventualmente impede exibir os programas aptos a gerar maior audiência (consequentemente com maior renda de publicidade) em horários nobres, ainda que tais programas contenham cenas de sexo e violência. Está em análise, portanto, a liberdade de distribuição temporal da programação pelas concessionárias de rádio e TV. Usar o termo “censura”, nesse caso, seria um claro exagero,

já que não há supressão da faculdade de exibir os conteúdos, mas restrições ao momento do dia em que podem ser transmitidos.

É inquestionável que as liberdades dos consumidores/telespectadores são também afetadas pela regulação. A impossibilidade de exibir programas com conteúdo adulto nos horários de maior audiência restringe o acesso do espectador a esse tipo de programação. É preciso considerar, porém, que essa restrição tem impacto menor para público com maior maturidade, que terá mais facilidade de acessar a programação com conteúdo mais impactante em horários alternativos.

5 Um paternalismo odioso que vulnera a liberdade dos pais?

Cabe também refletir sobre outras duas objeções à vinculação de horário aventadas nas razões pela sua inconstitucionalidade. A primeira é a de que ela violaria o direito dos pais de determinarem a quais conteúdos seus filhos terão acesso. A segunda é a de que, por interferir em um espaço de decisão que deveria estar reservado às famílias, a disposição em questão consagraria um paternalismo odioso.

O primeiro argumento desloca os holofotes da discussão, tirando as luzes da liberdade comercial das emissoras e direcionando-as para a liberdade dos pais de educarem seus filhos. Um aspecto importante, segundo essa linha de raciocínio, seria a interferência do Estado no poder familiar. A premissa é de que a intromissão do Estado estaria cerceando a autonomia cultural das famílias. Tal argumento tem um apelo importante, já que conduz à ideia de que as famílias estariam sendo tuteladas pelos padrões morais ditados pelo Poder Público.

Parece-me, porém, que essa é uma percepção distorcida dos efeitos práticos da classificação indicativa somada às balizas de horários. A classificação atrelada aos horários não subtrai dos pais a faculdade de permitir que seus filhos assistam aos programas qualificados como impróprios. Eles continuam tendo o poder de permitir que tais programas sejam vistos na internet. Podem ainda gravá-los, comprá-los ou permitir que crianças e adolescentes fiquem acordados para assisti-los nos horários alternativos. Na verdade, a teleologia do dispositivo não é comprimir o poder dos pais (isso sem considerar que há crianças que não têm pais, e, ainda, que o próprio poder familiar não é absoluto). O efeito pragmático da definição de horários é exonerar os cuidadores do ônus de vigiar a programação na TV aberta para identificar o conteúdo prejudicial. A tese de que as famílias têm liberdade de decidir o que as crianças assistirão pressupõe um cenário irrealista em que os cuidadores fiscalizam totalmente o que é assistido, como se pais não tivessem jornadas de trabalho e tarefas domésticas, estando disponíveis integralmente durante a exibição.

A programação televisionada - diferentemente da exibida em outros meios de comunicação - tem um caráter invasivo e imprevisível para o espectador. A regulação nesse domínio, portanto, tem o efeito prático de ampliar a liberdade dos pais e cuidadores que pretendem restringir o acesso das crianças à programação adulta, sem impedir que

os que têm uma visão mais liberal do que pode ser assistido pelas crianças permitam que elas tenham acesso aos conteúdos não indicados para a sua idade. Trata-se de um impulso dado pelo Estado no sentido de aumentar as possibilidades de escolha dos pais por uma programação mais ajustada a cada fase da infância.

O segundo argumento, de que a lei teria caráter paternalista, revela uma estratégia de *captura retórica* semelhante à da definição de todas as ações regulamentares como censura. Essa tese sugere que, se a disposição for paternalista, é má; e como tal, deve ser necessariamente repudiada. Tal ideia demoniza o paternalismo de forma ampla, sugerindo que um ambiente democrático e liberal deve repudiar todas as ações interventivas do Estado que visem a proteger as pessoas contra efeitos nocivos de suas próprias escolhas. Todavia, esse conceito precisa ser posto à prova. É mesmo convincente a noção de que qualquer forma de paternalismo é perniciosa? Seria razoável sustentar que nosso sistema constitucional deve repelir todas as formas de atuação estatal paternalista? A Constituição de 1988 autoriza ações paternalistas que visem a corrigir assimetrias e promover a liberdade?

Leis paternalistas, numa definição singela e rudimentar, são aquelas que restringem a liberdade a fim de proteger o indivíduo contra si mesmo.¹⁵ O exemplo mais corriqueiro de lei paternalista é a obrigatoriedade de os motociclistas usarem capacetes e os passageiros, cinto de segurança. A crítica às leis paternalistas afirma que elas violam a liberdade ao pressupor que os indivíduos são incapazes de se autodeterminar. Essa crítica é relevante e merece ser levada a sério num sistema liberal, especialmente quando estão em pauta restrições que visam a proteger pessoas autossuficientes e autônomas. Mas como afirmar que é nociva, por paternalista, uma providência estatal que protege um grupo indiscutivelmente vulnerável, como as crianças e adolescentes?

É interessante notar que a conotação pejorativa do termo paternalismo advém exatamente do fato de ele retratar uma infantilização dos indivíduos. Contudo, na discussão aqui tratada, o que está em cena é exatamente a proteção da infância, e não de adultos autodeterminados. Nesse sentido, chega a ser esdrúxulo repelir o paternalismo em matérias relacionadas à tutela dos direitos fundamentais das crianças.

No caso da classificação de horários, o Estado atua na proteção de um grupo mais facilmente sugestionável (crianças e adolescentes), contra ações pautadas pelo exercício de um poder privado (mercado audiovisual). Nas relações de poder privado e nas trocas assimétricas, medidas paternalistas podem atuar no sentido de promover a igualdade e, por consequência, a liberdade. Nesse caso, a intervenção do Estado não viola a autonomia das crianças e adolescentes, mas a incrementa, pois visa a equilibrar uma relação de poder desigual em que o público infantil é o polo mais vulnerável. As crianças e suas famílias não participam das decisões acerca do que será exibido. A TV aberta, diferentemente de outros meios de comunicação, tem uma força invasiva e imprevisível. O espectador não aciona a programação de forma ativa nem escolhe a ordem de exibição: ela é transmitida de acordo com as decisões dos agentes de mercado.

Na ausência de intervenção do Estado, o mercado publicitário e as empresas de radiodifusão terão controle absoluto da grade de programas, segundo suas preferências

discricionárias e interesses comerciais. A decisão sobre a grade de programação de TV não é movida apenas pela força das ideias e pelo impulso da arte, pois nessa esfera também joga um papel importante a energia do dinheiro. Existe, nessa relação, uma inequívoca desigualdade fática entre os fornecedores e consumidores: enquanto as empresas de TV podem definir o que será exibido segundo os mais variados critérios, o público destinatário tem apenas a liberdade de desligar ou mudar o canal. Ou, como se costuma afirmar, o único controle cabível é o controle remoto. Todavia, a gama de opções na TV aberta é bastante restrita. E, no contexto de um absoluto *laissez-faire* nesse campo, não é difícil intuir que as opções oferecidas em outros canais provavelmente não serão muito diferentes quanto à impropriedade para faixas etárias mais baixas. Se não há uma efetiva variedade de escolhas, a liberdade do espectador é limitada.

Além disso, não é plausível a tese de que a Constituição de 1988 repudiaria todas as formas de paternalismo jurídico. Crianças e adolescentes não deveriam ser, por definição, um dos grupos em relação aos quais devemos tolerar alguma dose de intervenção estatal, sem que isso descaracterize nosso sistema como democrático e liberal? Ou também se cogita declarar a inconstitucionalidade da norma que impõe o uso de cadeirinhas para conduzir crianças nos automóveis sob o argumento de que tal disposição é paternalista, pois interfere na liberdade dos pais de definir como transportarão seus filhos?

Outro ponto merece ser explorado. Conforme ressaltei, a vinculação de horários por faixas etárias da TV aberta não é imperativa para as famílias, que podem permitir que crianças e adolescentes assistam a qualquer conteúdo. Essa vinculação limita, sobretudo, a liberdade da emissora de organizar a grade de programação, com a finalidade de dificultar o acesso dos menores aos conteúdos impróprios e facilitar o controle dos cuidadores. Podemos associar esse esquema de regulação ao que tem sido qualificado como *paternalismo libertário*. Essa concepção é sustentada por Richard Thaler e Cass Sunstein, que publicaram, em 2008, o livro *Nudge: O Empurrão para a Escolha Certa*. Nesse modelo de ação, o governo não proíbe condutas nem compele o indivíduo a fazer algo que é bom para si mesmo, mas normatiza o contexto em que ele se insere, para o induzir a eleger a melhor alternativa. Trata-se de uma interferência do Estado na *arquitetura da escolha*, amparada na premissa de que nenhum *ambiente de escolha* é neutro. Assim, por exemplo, se nas relações comerciais os fornecedores tendem a suggestionar os consumidores a fazer as escolhas que tornam o negócio mais lucrativo, o governo poderia agir de forma a neutralizar essa influência, criando um panorama favorável à decisão que promova sua segurança ou saúde.

São exemplos de medidas que “empurram” as pessoas para a melhor direção a exigência de que os fabricantes de produtos nocivos ponham advertências sobre os riscos para a saúde nas embalagens; a determinação de que, nas escolas, os alimentos mais saudáveis sejam postos nas prateleiras mais acessíveis; e, no episódio mais polêmico e conhecido, a normatização do tamanho dos refrigerantes vendidos nos cinemas para dificultar a indução ao consumo exagerado de açúcar.

Por último, penso que atacar as barreiras de horários sob o fundamento de que seriam paternalistas em relação às famílias incide num contrassenso. É que não são

associações de usuários da TV ou associações de pais que defendem, perante o STF, a declaração de inconstitucionalidade da Lei. Ao contrário, organizações civis voltadas para a proteção de direitos humanos, como Anis, Alana e Conectas Direitos Humanos, postularam o ingresso como *amici curiae* na ADI nº 2.404 para tentar reverter a diretriz que está sendo firmada no julgamento.

No mesmo sentido, a Unesco (MENDEL; SALOMON, 2011) formulou um extenso relatório comparativo, no qual demonstra que o modelo brasileiro de classificação e restrição à exibição de programação adulta em horários mais acessíveis às crianças não destoa do adotado em outros países democráticos como Canadá, França, Reino Unido e Estados Unidos. O estudo em questão deixa claro que a formação de um precedente impeditivo da regulação de horários estaria em desacordo com o paradigma de proteção das crianças contra programação imprópria na TV, modelo hoje prevalente nas democracias ocidentais.

Nas democracias contemporâneas, o controle de canais de TV aberta é uma das formas mais eficazes de exercício do poder privado. A relação que se estabelece entre a rede de TV e o público não é horizontal nem paritária, pois os destinatários das mensagens não controlam o processo de produção e a sequência de exibição dos conteúdos. Se o ator privado que tem maior força na relação jurídica combate uma intervenção estatal sob a tese de que é paternalista, é necessário avaliar se o que está em disputa é o apreço pela liberdade ou pelo poder de cercear a liberdade dos mais vulneráveis. É importante refletir sobre se o objeto da discórdia é efetivamente o valor da autonomia individual ou a ideia de que ao mercado deve ser reconhecido o direito de pautar as decisões dos destinatários dos serviços.

Como o controle da radiofusão concretiza poderes privados, a disputa em torno das medidas qualificadas como paternalistas pode obliterar, em muitos cenários, uma luta pelo poder de influenciar o comportamento das pessoas. Se a regulação pública é combatida recorrendo à pejorativa imagem do Estado-babá - esse também um rótulo que exerce a função de *captura retórica* -, vale a pena avaliar se está em jogo efetivamente a proteção da autonomia individual ou, ao contrário, a liberdade dos agentes de mercado de influenciar e suggestionar os indivíduos sem interferências. Quando empregamos as metáforas do pai, da babá e da criança, a questão subjacente é efetivamente a ampliação da liberdade de autodeterminação dos indivíduos ou a faculdade do mercado de tutelar os consumidores sem qualquer obstáculo?

6 O alcance da restrição de horários e seu regime constitucional: uma defesa da liberdade de ação do legislador e do método da ponderação

O debate sobre a constitucionalidade do artigo 254 do ECA tem, por pano de fundo, três questões cruciais: a) o alcance da atribuição de competência legislativa à União para legislar sobre classificação indicativa; b) o espaço de ação do legislador para intervir na esfera comunicativa, com a finalidade de promover a proteção à infância; e c) a discussão sobre se a regulação do mercado audiovisual poderia ser mais reforçada nos setores sujeitos à concessão.

A Constituição regulou a matéria nos artigos 21, XVI, e 220, § 3º, com o seguinte teor:

Art. 21 Compete à União:

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

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;

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. [...]

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;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; [...] (BRASIL, 1988)

Um dos argumentos que amparam a tese da inconstitucionalidade é de ordem literal. Segundo se sustenta, a utilização do vocábulo “indicativa” pelo texto constitucional deveria levar à conclusão de que o poder do Estado restringe-se ao exame da correlação entre os conteúdos e as faixas etárias para efeitos sugestivos, a fim de assinalar sua classificação para o público destinatário.

Conforme essa visão, o uso da expressão “indicativa” no art. 21, XVI, e do vocábulo “informar” no art. 220, § 3º, I, gera a interpretação, *a contrario sensu*, de que o Estado não poderia adotar quaisquer outras medidas, como as sanções administrativas previstas no art. 254 da Lei nº 8.069/90.¹⁶

Entendo que sequer seria necessário debater de forma aprofundada o significado literal da palavra “indicativa” para definir se a lei poderia estabelecer outras providências nesse domínio. Isso porque, como explicarei a seguir, deve-se reconhecer que o legislador tem liberdade *prima facie* de empregar outros meios, além daqueles que a Constituição enunciou explicitamente, para promover direitos fundamentais, desde que se atenda ao princípio da proporcionalidade.

De qualquer forma, o próprio argumento literal, no caso, não é consistente. A palavra “indicar” não tem sentido unívoco: ela comporta também o significado de designar, determinar, precisar e estabelecer.¹⁷ Paralelamente, a interpretação literal não pode ser empregada com o propósito de esvaziar a utilidade e a eficácia do comando legal. Como destacou Luiz Gallotti em passagem sempre lembrada: “De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cleia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício,

passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso” (GALLOTTI apud BARROSO, 1996, p. 120).

Essa afirmação não implica subestimar a importância dos elementos literais e textuais no controle do subjetivismo. O vocabulário é ponto de partida e peça fundamental na constrição do arbítrio no processo hermenêutico. Como sintetiza Aharon Barak (1992, p. 253): “As palavras têm significado. Um cigarro não é um elefante”.

De fato, o sentido comumente dado às palavras deve, é claro, limitar a atuação do intérprete. Na feliz imagem de Max Radin (1930 apud MORESO, 1997, p. 217), “embora as palavras não sejam como cristais, também não são como malas de viagem, não podemos colocar nelas tudo que queremos”. Mas como agir nesses cenários de ambiguidade? A meu ver, é preciso excluir os sentidos nitidamente impraticáveis e preencher as zonas de penumbra recorrendo ao propósito do conjunto normativo. Esse esforço impede que o dicionário seja usado pelo intérprete como utensílio para desconstruir a lógica global do sistema.

O que a passagem do romance de Stendhal citada por Gallotti retrata de forma emblemática é que a literalidade das palavras não pode ser usada como artifício para desconsiderar seu contexto e implicações globais, neutralizando a eficácia do comando. No caso, penso que uma leitura restritiva dos sentidos possíveis da expressão indicativa tornaria ineficazes as previsões do art. 220, § 3º, II, e dos princípios enunciados nos artigos 221 e 227. O Estado ficaria desprovido de qualquer mecanismo vinculante para conferir efetividade aos comandos de proteção da infância.

Esse aporte vocabular restritivo esvazia a efetividade do edifício normativo construído pela combinação dos artigos 220, 221 e 227 da Constituição. Entender que classificação é exclusivamente sugestiva no domínio da TV aberta significa reconhecer, em outros termos, que as empresas de radiodifusão têm o direito subjetivo de exibir qualquer tipo de programação nos horários que julgarem conveniente, sem correlação com as faixas etárias indicadas. Essa conclusão é incompatível com a concepção contemporânea de efetividade das normas constitucionais, pois reduz os princípios de proteção à infância à condição de meras advertências, conselhos ou apelos às empresas de televisão e radiodifusão.

Todavia, o argumento mais importante para repelir a tese de que a expressão “indicativa” exclui outras providências estatais no campo da programação de TV potencialmente lesiva às crianças não é o de ordem literal. O que está por trás desse problema é a compreensão sobre as relações que se estabelecem entre legislador democrático e direitos fundamentais.

Esse ponto implica uma tomada de posição sobre a relação sinérgica que se estabelece entre democracia e supremacia constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 31). Seria correto afirmar que, no domínio dos direitos fundamentais, o legislativo só pode dar cumprimento a certas ordens constitucionalmente estabelecidas, regulando os domínios em que for explicitamente autorizado a agir? Ou, diversamente, deve-se reconhecer ao Parlamento uma *liberdade de ação prima facie*, que lhe confere algum grau de discricionariedade política para eleger meios de realizar direitos e princípios constitucionalmente previstos?¹⁸

O ponto é saber como as normas de direitos fundamentais impõem ao legislador uma ação positiva e de que forma circunscrevem seu poder de agir. Não se discute que a atuação do legislador ordinário é subordinada à Constituição. Mas de que maneira e em que medida essa vinculação é implementada?

Os direitos fundamentais comandam a ação legislativa em duas frentes: a) de um lado, impõem impedimentos à atuação do Estado, configurando um acervo de competências negativas do Poder Público; e b) de outro, operam como comandos reitores da ação estatal, ordenando a realização de tarefas e a consecução de objetivos pelo Poder Público a fim de promovê-los. Nesse prisma, como afirma Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz:

Os direitos fundamentais têm, portanto, um duplo aspecto: condição ou requisito mínimo da atuação pública constitucionalmente legítima, e ideal ou aspiração máxima da atuação constitucionalmente preferida. São tanto regras sobre direitos como princípios sobre deveres. Entre ambas as indicações, resta um espaço bastante amplo para a intervenção discricionária (aqui entendida no sentido de política) e legítima dos poderes públicos. (MUÑIZ, 2000, p. 122)

Os direitos fundamentais e princípios constitucionais têm uma propensão natural a entrar em conflito. Sendo os direitos fundamentais concebidos como normas que enunciam princípios - vale dizer, como comandos normativos *prima facie* -, é possível que sejam restringidos em decorrência das razões antagônicas que, em determinadas situações, assumam maior peso. Dessa forma, a regulação dos direitos pressupõe duas normas válidas que entram em conflito: a norma que estatui o direito *prima facie* e a norma que ampara o estabelecimento da restrição.¹⁹ O direito definitivo será extraído depois de empregada a metodologia da ponderação, utilizando-se como ferramenta de aferição de pesos o princípio da proporcionalidade. O uso dessa estrutura de raciocínio corresponde à chamada "teoria externa dos direitos fundamentais", já empregada pelo STF diversas vezes (PEREIRA, 2006, p. 150). Ela é incompatível com a noção de que as normas de direito fundamental estabelecem apenas comandos definitivos e axiomáticos.²⁰

De acordo com a teoria externa dos direitos fundamentais, os direitos devem ser interpretados em duas etapas. Na primeira fase são determinadas, da forma mais ampla possível, as diversas faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo. Trata-se de verificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, seu "conteúdo inicialmente protegido",²¹ sem tomar-se em consideração se outros direitos individuais ou interesses comunitários podem ser afetados ou restringidos. A leitura da norma, nesse estágio, é ampla e abrangente. Sem embargo, devem ser levadas em conta as limitações estabelecidas no próprio preceito que outorga o direito (como, por exemplo, na questão aqui analisada, a vedação expressa à censura).

No segundo momento, o amplo "conteúdo inicialmente protegido" do direito deve ser confrontado com outros direitos e bens constitucionais que com ele colidam, a fim de identificar seu "conteúdo definitivamente protegido". São traçados, assim, os *limites definitivos* do direito, os quais são limites externos, já que resultam do "recorte" do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental (GUERRERO, 1996).

Tem-se, assim, a premissa de que os direitos fundamentais são restringíveis em decorrência dos conflitos normativos que se estabelecem entre estes e outros direitos e bens constitucionais. A possibilidade de restringir os direitos, contudo, é ela mesma limitada. A constitucionalidade da restrição deve ser aferida por meio do juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Esse modelo de interpretação, como se disse, deve necessariamente operar com um aporte dilatado do alcance do direito fundamental. No caso da liberdade de expressão, todas as formas de comunicação, expressão, veiculação, programação, edição e trânsito de ideias estão inicialmente abrigadas pela tutela constitucional. Nesse marco teórico, não é possível sustentar, como fazia o juiz Hugo Black, que determinadas formas de discurso são absolutamente e incondicionalmente protegidas, enquanto outras não desfrutariam de proteção alguma.

Todavia, essa abordagem ampla do conteúdo dos direitos fundamentais tem como consectário o reconhecimento de que o legislador democrático dispõe de uma margem de ação para equacionar os conflitos entre direitos. O Parlamento está vinculado aos direitos fundamentais, mas não deve ser entendido como um mero executor técnico de decisões constitucionais que já estariam exaustivamente enunciadas (ALEXY, 2002, p. 40; PEREIRA, 2006, p. 353).

Essa conclusão é determinada tanto pela própria estrutura normativa dos direitos como pelo princípio democrático. Ela implica o entendimento da Constituição como ordem substantiva e vinculante que convive com uma esfera de manifestação da vontade popular materializada pela liberdade legislativa.

A ponderação é a técnica que viabiliza, precisamente, determinar, nos casos difíceis, aquilo que é definitivamente permitido ou proibido pela Constituição. Em certos contextos, a ponderação pode levar à conclusão de que a atuação legislativa se situa no campo do constitucionalmente possível, e não do constitucionalmente ordenado. É o que ocorre, por exemplo, quando os bens ou interesses em jogo assumem um peso equivalente na dinâmica do balanceamento, caso em que deve prevalecer a liberdade de decisão do Parlamento.

De fato, o reconhecimento de uma esfera de liberdade do legislador não é incompatível nem com o entendimento dos direitos fundamentais como princípios nem com a dimensão objetiva desses direitos, tampouco com a ponderação. Hoje, a ideia de que a ponderação caracteriza-se como metodologia adequada para solucionar problemas constitucionais está conectada à tese de que o processo de sopesamento deve abarcar, além dos princípios em conflito, o princípio da liberdade do legislador, que atua sempre como razão em favor da preservação da norma, salvaguardando, assim, a dimensão democrática do Estado Constitucional – Alexy (2002), Sanchís (2009), Borowski (2003).

Como assinala Martin Borowski:

[...] na ponderação deve ter-se em conta um princípio adicional, que ordena *prima facie* seguir as decisões do legislador legitimado. Este princípio é da classe dos princípios formais, e fundamenta a validade das normas, independentemente da correção de seu conteúdo, com sujeição aos procedimentos previamente estabelecidos.

Ele ordena cumprir as decisões do legislador em tudo quanto seja possível. Surge assim uma margem de ação, na qual o legislador é livre; fora dessa margem, pelo contrário, está sujeito à Constituição. O resultado da ponderação não pode vulnerar o princípio democrático, nem, com ele, as competências do legislador, já que dito princípio forma parte da ponderação. Este compromisso entre a liberdade e a sujeição apoia-se nos princípios do moderno Estado Constitucional. (BOROWSKI, 2003, p. 60)

A resposta mais apropriada à luz do princípio democrático e da separação de poderes é, portanto, que o legislador dispõe de uma margem de ação para fixar os mecanismos de solução de conflitos entre direitos fundamentais, margem esta que é limitada pelos próprios direitos fundamentais. A ferramenta metodológica de aferição dessa fronteira é o princípio da proporcionalidade.

Assim, ainda que acatássemos a tese de que a palavra “indicativa” faz referência tão somente ao dever estatal de informar, a competência estabelecida no art. 21, XVI, da Constituição não excluiria a possibilidade de o legislador empregar outros mecanismos de proteção ao desenvolvimento infantil no ambiente da televisão aberta. O princípio de liberdade de ação do legislador, calcado no princípio democrático, autoriza a utilização de outros instrumentos jurídicos voltados à promoção do princípio da proteção da infância, desde que respeitem o conteúdo essencial da liberdade de expressão, aferido mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

7 Avaliação da proporcionalidade da imposição de barreiras de horário

Afastada a leitura de que a regulamentação de horários de programação de TV e rádio do Estado pelo critério de adequação às faixas etárias seria um campo infranqueável à ação do Estado, a questão em análise deve ser tratada como uma hipótese de colisão entre direitos constitucionais.

O primeiro passo no processo de aferição da proporcionalidade de uma restrição a direito fundamental é avaliar se ela passa no teste da idoneidade ou adequação.²² Esse requisito exige que *toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo*.

Analisar a *legitimidade constitucional dos fins visados* pela medida que impõe a restrição é um desdobramento da própria ideia de *idoneidade* ou adequação. Não há como verificar a aptidão de uma medida restritiva para o atendimento de um objetivo sem que ele tenha sido identificado,²³ e apreciada sua compatibilidade com a Constituição.

O fim buscado pela medida restritiva consistente nas barreiras de horários de programação de teor adulto é a proteção da infância. Esse fim está normativamente respaldado pelo art. 227 da Constituição.

Identificada a existência do fim visado pela medida restritiva de direitos fundamentais e o seu fundamento constitucional, o subprincípio da adequação exige que seja aferida a aptidão desta para o atendimento do objetivo perseguido. É preciso, portanto, examinar se o meio empregado (imposição de limitação de horários na TV) é *instrumentalmente adequado* para cooperar para a realização do fim buscado.

A idoneidade da medida diz respeito à sua aptidão empírica para contribuir para a concretização do fim. O conceito constitucionalmente adequado de idoneidade pressupõe a rejeição dos meios completamente inócuos ou ineficientes para obter o fim pretendido.²⁴

Nesse contexto, as medidas que colaboram, ainda que parcialmente, para a consecução do fim devem passar nesse teste. Tal postura liga-se à necessidade de conferir certo espaço de manobra ao Legislativo, já que raramente é possível determinar com segurança absoluta se o meio é ou não totalmente adequado. Por isso, a exigência de adequação pressupõe que os juízes declarem a inconstitucionalidade da medida apenas quando for possível afirmar com total certeza e objetividade que ela não contribui para a realização do fim. Essa concepção tem respaldo nos princípios democrático e da separação de poderes.

A vinculação de horários por faixas etárias na TV aberta colabora para a promoção do fim da proteção da infância. Segundo algumas vertentes da Psicologia e da Pedagogia, dificultar o acesso das crianças às cenas de conteúdo pornográfico e violência gratuita contribui para o desenvolvimento saudável da personalidade. Outros, de forma diferente, sustentam que essa limitação tem fundamento ético e educativo. Nessa outra visão, ainda que não se tenha a convicção de que a programação adulta gera efeitos perniciosos para a formação das crianças, uma exposição restrita a esse tipo de conteúdo permite que recebam outro tipo de informação que possa contribuir para sua educação e cidadania.²⁵

A vinculação de horários também atende ao subprincípio da necessidade. A imposição da necessidade do meio requer que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, o legislador aplique a menos lesiva para o direito afetado. Tal subprincípio guarda semelhança com a noção de proibição de excesso,²⁶ impondo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, para que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado.²⁷

O controle da necessidade das leis restritivas impõe uma análise comparativa do meio utilizado e de outros meios que, alternativamente, poderiam ter sido empregados, a fim de determinar qual deles é o menos oneroso para os direitos fundamentais. O objetivo é verificar se legislador não poderia escolher outro meio de igual eficácia na promoção do fim buscado, mas menos prejudicial para o direito fundamental afetado.

Nesse exame, é preciso que o meio alternativo usado como parâmetro de comparação ostente um grau superior ou idêntico de eficácia ao daquele empregado pelo legislador.

Devem também ser afastados da comparação tanto os meios alternativos, que, embora dotados de grau equivalente ou superior de idoneidade ao do meio empregado pelo Legislativo, são de difícil efetivação ou, ainda, os que demandam custos muitos elevados para serem implementados (PULIDO, 2005, p. 742).

Assim, para que uma medida legislativa seja entendida como desnecessária, devem conjugar-se dois elementos: a) igual ou maior idoneidade do meio alternativo; e b) menor onerosidade do meio alternativo. Quando o meio alternativo tem um maior coeficiente de idoneidade, mas ocupa a mesma posição do meio efetivamente empregado na escala da onerosidade, o subprincípio da necessidade está atendido.²⁸

Nessa ordem de ideias, a imposição de barreiras de horário só poderia ser vista como desnecessária à proteção da infância caso outro meio igualmente ou mais eficaz e menos oneroso pudesse ser empregado.

Na televisão aberta, uma maneira alternativa de promover o amparo à infância seria entender que o *dever de proteção* cabe apenas aos pais, e não ao Estado.

Seguindo essa linha de pensamento, debate-se se a existência de uma tecnologia que permite aparelhar as TVs com mecanismos de bloqueio da programação de conteúdo pornográfico ou violento seria uma alternativa apta a qualificar a barreira de horário como desproporcional por ser desnecessária. A discussão gira em torno do V-Chip, mecanismo que poderia ser empregado pelos pais para impedir o acesso de seus filhos a esses conteúdos. A Lei nº 10.359/2001 prevê a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilitem o bloqueio temporário da recepção de programação imprópria.

Ocorre que esse meio não pode ser entendido como menos oneroso sob a ótica dos direitos fundamentais. Se, por um lado, ele é menos restritivo em relação à liberdade de alocação temporal da programação pelas emissoras de TV; por outro, impõe um ônus maior aos pais e aos fabricantes de aparelhos. Há razoável margem de dúvida, ainda, sobre o grau de eficiência desse meio.

Por último, o bloqueio automático de programação restringe o acesso da criança e do adolescente à programação de TV. Esse tipo de bloqueio pode não ter grande impacto no ambiente da TV a cabo, em que a gama de canais e alternativas de programação é abrangente. Na televisão aberta, no entanto, o bloqueio da programação durante os horários em que o público infantil mais comumente a assiste representa um cerceamento de seu acesso ao entretenimento, já que o número de canais é limitado.

Também não se deve deixar de lado o fato de que a apreciação do problema não pode desconsiderar nosso déficit de igualdade social. Mecanismos como vigilância e fiscalização de pais e cuidadores, implantação de dispositivos de segurança, presença de meios alternativos de entretenimento (videogames, leitura, internet...) são amplamente disponíveis para as famílias de classes mais abastadas. Mas esses mecanismos não podem ser tomados como padrão para a formação de presunções sobre a utilidade das limitações de horário. Fora dos grandes centros urbanos e nas classes sociais mais baixas, a TV aberta é ainda o mecanismo importante de acesso à cultura, à informação e à diversão.

Por fim, a autorregulação também é habitualmente mencionada como alternativa à regulação estatal de horários. Cabe avaliar se ela configura um meio menos restritivo e igualmente eficaz de incremento da proteção dos direitos fundamentais das crianças.

A autorregulação é um mecanismo importante em qualquer sistema democrático. Ela concretiza o princípio de subsidiariedade, segundo o qual a ação coercitiva do Estado deve ser entendida como *ultima ratio*. Um mercado autorregulado produz uma redução espontânea das demandas sociais por normas restritivas, ensejando uma diminuição natural da esfera de ação do Estado. Uma tendência atual, inclusive, é a correção, que permite que mercado e Estado ajam em sinergia, facilitando a implementação dos objetivos regulatórios e minimizando a intervenção estatal.²⁹

Contudo, não há como afirmar que a autorregulação possa suprir, em todos os contextos e situações, a ação do Estado. A regulação realizada exclusivamente pelo próprio mercado nem sempre será apta a promover, na mesma escala e com a mesma eficiência, a proteção aos direitos fundamentais. A intervenção do Estado justifica-se precisamente quando há conflitos entre os interesses do mercado e os direitos de grupos vulneráveis, de modo que a possibilidade de autorregulação e sua potencial eficácia não podem excluir, *em definitivo*, a atuação estatal.³⁰

A vinculação de horários também passa no teste da *proporcionalidade em sentido estrito*. Esse princípio corresponde ao raciocínio ponderativo, configurando um modelo de pensamento que deve comandar a parte final do processo de solução de antinomias entre princípios constitucionais. Segundo o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma restrição a direitos fundamentais é constitucional se puder ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção.

É promovida a comparação entre o grau de afetação do direito fundamental restringido e a importância da proteção do direito ou princípio que com ele colide e fundamenta a medida.

No caso da vinculação de horários, caberá responder se a proteção da infância buscada pela medida restritiva da liberdade de programação das emissoras é justificada a partir de uma análise de custo-benefício, à luz da axiologia constitucional. Feito esse exame, será possível estabelecer uma *relação de precedência contingente* entre os direitos e princípios em jogo. Assim, a estrutura argumentativa da proporcionalidade em sentido estrito “encerra o núcleo da ponderação” (SANCHÍS, 2009, p. 201).

A restrição imposta pela correlação de horários e faixas configura uma restrição média à liberdade de programação (ALEXY, 2002). Ela tem impacto na ordenação e produção dos conteúdos, que devem ser exibidos de acordo com os horários indicados. Não se trata de uma restrição leve, pois suas implicações não são mínimas. Mas tampouco parece possível qualificá-la como grave, já que ela não impede a exibição de conteúdo, mas apenas determina sua transmissão nos horários não abrangidos pelas barreiras de tempo estabelecidas.

Essa restrição, de intensidade intermediária, promove também em escala média os direitos fundamentais das crianças e o princípio da proteção à infância. Ela diminui a possibilidade de exposição desse grupo aos conteúdos impróprios e coopera, indiretamente, para que a programação assuma um caráter mais cultural e educativo.

Com efeito, a comparação entre os *efeitos negativos* e os *efeitos positivos* (PULIDO, 2005, p. 760) que advêm da medida restritiva examinada induz à conclusão de que ela passa no teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe ter em conta, primeiramente, que tanto a liberdade de programação quanto os direitos fundamentais das crianças têm um peso abstrato elevado na tábua de valores constitucionais.

De um lado, a liberdade de programação das emissoras é uma manifestação da liberdade de expressão e pensamento, que são peças fundamentais na construção de

uma sociedade livre e plural. De outro, a proteção da infância tem intensa conexão com a promoção da autonomia e da igualdade, permite o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e determina que crianças e adolescentes tenham a chance de crescer em um ambiente livre das diversas formas de opressão e violência, tanto real como simbólica.

No plano puramente abstrato, é possível dizer que os dois princípios constitucionais estão em posição de equivalência: ambos cooperam para a promoção da dignidade humana em suas múltiplas dimensões. No entanto, na análise concreta da restrição empreendida, fica claro que a proteção da infância assume uma relevância maior.

O peso concreto mais acentuado da proteção da infância no domínio da regulação da TV aberta é evidenciado a partir da análise da *intensidade* da restrição ao direito fundamental e ao grau de promoção do princípio que a justifica. O peso maior é justificado por uma série de razões que já foram enunciadas nos primeiros tópicos desse trabalho e que são agora sintetizadas. Primeiramente, a relação que se estabelece entre os agentes que tem sua liberdade restringida e os que têm seus direitos promovidos é assimétrica e vertical: a TV tem caráter invasivo, e as crianças assumem um papel passivo na absorção dos conteúdos veiculados. Por outro lado, a circunstância de que a escolha da grade de TV aberta envolve uma complexa rede de liberdades existenciais e econômicas, bem como o fato de que se trata de uma concessão pública e acessível a um grupo restrito de indivíduos, detentores de um importante poder privado, justifica que o Estado intervenha com o escopo de proteger grupos vulneráveis. Sob a ótica do princípio democrático, cabe ter em consideração que as crianças não participam do processo de formação da vontade política. Na perspectiva da liberdade, é de se ver que sua capacidade de autodeterminação não está desenvolvida a ponto de selecionarem os programas mais apropriados para sua faixa etária.

Assim, são muitas as razões que permitem concluir que a restrição de horários é amplamente justificada pelo grau e pela importância dos direitos e princípios constitucionais que promove. A relação entre o grau de restrição a direitos que advém da barreira de horários e a extensão e importância do fim constitucional que promove é adotada de forma “sobreproporcional”.³¹

Palavras finais

Meu objetivo aqui foi demonstrar que o antagonismo entre poder e liberdade não tem, no domínio do mercado audiovisual dirigido à infância, os contornos simplistas apresentados nas teses relacionadas à declaração de inconstitucionalidade das barreiras de horários atrelados à classificação indicativa em meios de comunicação sujeitos à concessão pública.

Ainda que a dicção do art. 254 da Lei nº 8.069/90 não seja a mais adequada, um precedente que venha a repelir, de forma peremptória, a regulação de horários não é a solução constitucionalmente adequada. Uma saída possível seria reconhecer a

possibilidade da imposição de barreiras temporais, consignando, mediante interpretação conforme, a impossibilidade de controle prévio da programação.

No tema da regulação da programação de TV dirigida ao público de crianças e adolescentes, estão, de um lado, poderosas corporações privadas e, de outro, pessoas em formação, cuja capacidade de autodeterminação ainda não é plena. A regulação estatal do poder privado em relações assimétricas não comprime a liberdade dos que sofrem seus efeitos, mas a promove.

Aliás, vale lembrar que a ideia de que a liberdade absoluta fortalece os fortes e oprime os vulneráveis está no cerne de diversos domínios do Direito. É esse o propósito, por exemplo, das leis trabalhistas, da legislação consumerista, da lei sobre locações e das leis anticartéis. Defender que a escolha dos horários de programas cujos espectadores são crianças é um domínio imune à ação do Estado, devendo ficar ao critério do bom-senso das empresas que exploram os canais de TV aberta, é apregoar uma filosofia superlibertária que não combina com o modelo estabelecido na Carta de 1988, a qual foi clara ao estabelecer o papel promocional do Estado em matéria de educação e de proteção à infância.

CONTENT RATING AND WATERSHED PROGRAMMING ON TELEVISION: THE POWER OF IMAGES AND WORDS

ABSTRACT: This article assesses the constitutionality of State imposition of programming watersheds on broadcast television, taking as its starting point the arguments used by the Brazilian Supreme Court during the ongoing judgment of the Unconstitutionality Action n. 2,404. The aim of the article is to show the complexity of the conflict between freedom of speech and fundamental rights of children in this specific type of media, pointing to a solution that rejects the possibility of previous state control and content ban, but recognizes the constitutionality of regulatory time restrictions connected to age classification of broadcast TV programming.

KEYWORDS: Content rating. Freedom of speech. Freedom of programming. Watersheds. Unconstitutionality Action n. 2,404.

Referências

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, p. 13-64, set.-dez. 2002.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les judges dans la mondialisation*. Paris: Seuil, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARAK, Aharon. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. *Cardozo Law Review*, n. 14, p. 767-774, 1992.

BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University, 2005.

BARKAI, Yotam. The child paradox in First Amendment doctrine. *New York University Law Review*, v. 87, p. 1.414-1.451, nov. 2012.

BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n. 5, p. 15-49, 1998.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 790, p. 127-152, ago. 2001.

BARTLE, Ian; VASS, Peter. Self-regulation and the regulatory State: A survey of policy and practice. *Research Report*, n. 17. University of Bath - School of Management, 2005. Disponível em: <http://www.bath.ac.uk/management/crj/pubpdf/Research_Reports/17_Bartle_Vass.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BASTRESS JR., Robert M. El principio de 'la alternativa menos restrictiva' en Derecho constitucional norteamericano. *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n. 5, p. 239-253, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, p. 191-211, fev.-abr. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BLACK, Hugo Lafayette. Justice Black and first amendment absolutes: a public interview. *New York University Law Review*, n. 37, 1962.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. *Lei nº 8.069/1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality shows" e a liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 2000.

CHAGAS, Claudia Maria; ROMÃO, José Eduardo Elias; LEAL, Sayonara (Org.). *Classificação indicativa no Brasil*: desafios e perspectivas. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

- DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 12. ed. São Paulo: Encyclopaedia Britannica, 1990.
- DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO SÉCULO XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Positivo, 2011.
- FISS, Owen M. *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University, 1996.
- GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Estudios de Ciencias Jurídicas, 1996.
- KEHL, Maria Rita. *Classificação indicativa no Brasil: Desafios e perspectivas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- LEVI, Lili. First Report: The FCC's Regulation of Indecency. *University of Miami Legal Studies Research Paper*, n. 14, p. 1-117, 2007.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. São Paulo: Aracati, 2011.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública do sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MENDEL, Toby. *The regulation of television to protect children: Comparative study of Brazil and other countries*. Halifax, Center of Law and Democracy, p. 1-30, 2012. Disponível em: <<http://www.lawdemocracy.org>>. Acesso em: 27 nov. 2013.
- _____; SALOMON, Eve. *The regulatory environment for broadcasting, international best practice survey for Brazilian Stakeholders*. Brasília: UNESCO, 2011. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/the-regulatory-environment-for-broadcasting-an-international-best-practice-survey-for-brazilian-stakeholders>>. Acesso em: 11 nov. 2013.
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2005.
- RADIN, Margaret Jane. Rhetorical capture. *Arizona Law Review*. Tucson, v. 54, p. 458-468, jan. 2012.
- SANCHÍS, Luis Prieto. El Juicio de ponderación. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009.
- SINCLAIR, Darren. Self-regulation versus command and control? Beyond false dichotomies. *Law & Policy*, Oxford, v. 19, n. 4, p. 529-559, 1997.
- SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, p. 1-39, maio-ago. 2007.

SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota, 1983.

SCHAUER, Frederick: *Freedom of speech: a philosophical enquiry*. Cambridge: Cambridge University, 1982.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

_____; THALER, Richard. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University, 2008.

STAMATO, Bianca. Constitucionalismo mundial e “intercâmbio mundial entre juízes”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 703-747.

WALDRON, Jeremy. *The harm in the hate speech*. Cambridge: Harvard University, 2012.

WALTON, Douglas. *Argumentation schemes for presumptive reasoning*. Philadelphia: Lawrence Erlbaum, 1996.

_____. “Scare tactics”: Arguments that appeal to fear and threats. Dordrecht; Boston; London: Kluwer, 2000.

Notas

¹ Sobre os diversos fundamentos da liberdade de expressão e sua conexão com democracia, confirmam-se: Frederick Schauer (1982), Jónatas Machado (2002) e Daniel Sarmento (2007).

² É interessante notar que o art. 160, § 8º, da Constituição de 1969, proibia “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

³ A teoria norte-americana sobre a liberdade de expressão divide-se entre os que preconizam uma visão libertária/absolutista, que acentua sua dimensão de não intervenção, e uma visão democrática, que aceita a intervenção do Estado com o propósito de promover o pluralismo e a igualdade na esfera comunicativa. Confira-se, sobre o tema, Cass Sunstein (1995), Owen Fiss (1996), Gustavo Binembojm (2006) e Daniel Sarmento (2007).

⁴ O STF ainda não havia enfrentado a questão da constitucionalidade da classificação indicativa em decorrência de adotar o entendimento de que a validade dos atos regulamentares que concretizam o art. 254 da Lei nº 8.069/90 (ECA) não poderia ser examinada em sede de ação direta ou recurso extraordinário, porquanto a inconstitucionalidade, se presente, seria reflexa ou indireta. O tribunal foi provocado sobre o tema em diversas ações, algumas posteriores à ADI nº 2.404 (cf. ADI nº 392, RE nº 265.297, ADI nº 2.398 AgR, ADI nº 3.907 e ADI nº 3.927).

⁵ Hugo Black recorria usualmente em suas decisões a distinções tipológicas de forma intransigente, e rejeitava o método da ponderação. Como destaca Jorge Reis Novais (2003, p. 666), as contradições que defluem do entendimento da liberdade de expressão como garantia absoluta têm “sua ilustração paradigmática na prática constitucional do maior paladino do *approach* absolutista, o Juiz Black”. De fato, Black esforçou-se em determinar de forma absoluta e precisa a esfera de proteção constitucional estabelecida pela Primeira Emenda, formulando, assim, a dicotomia que apartava discurso (*speech*) e conduta (*conduct*), a qual resultava na orientação de que as formas simbólicas de comunicação não desfrutavam de tutela constitucional. Aplicando de forma estrita essa distinção, Black entendia que o discurso puro (*pure speech*), mesmo quando se afigurasse difamatório, ostentava proteção constitucional absoluta e incondicional. Já os meios simbólicos de expressão (*symbolic speech*), como, por exemplo, o uso de braçadeiras negras por estudantes em protesto contra a Guerra do Vietnã, não estavam inseridos no âmbito de proteção da cláusula

constitucional da liberdade de expressão, ainda quando empregados com o propósito de transmitir uma ideia. Nesse sentido, o juiz, em entrevista na qual foi questionado sobre se a obscenidade era tutelada pela liberdade de expressão, firmou que: “My view is, without deviation, without exception, without any ifs, buts, or whereases, that freedom of speech means that you shall not do something to people either for the views they have or the views they express or the words they speak or write” (BLACK, 1962, p. 549-562). Assim, para Black, a liberdade de dizer ou escrever seria incondicional e onipotente, enquanto a de expressar uma convicção por outros meios não teria proteção constitucional alguma. O trecho da lavra de Black citado pelo ministro Toffoli diz o seguinte: “Não é difícil, a mentes engenhosas, cogitar e inventar meios de fugir até das categóricas proibições da Primeira Emenda”.

⁶ Sobre o sistema norte-americano de fiscalização da indecência (*indecentcy*) na programação de TV aberta, veja-se o relatório da Unesco (MENDEL, 2012) e Levi (2007).

⁷ O atual marco regulatório é determinado pela Lei nº 8.069/90 e pelas portarias editadas pelo Ministério da Justiça. Em 2007, editou-se a Portaria nº 264, que regulamenta a classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres. Em sequência o Ministério da Justiça promoveu uma série de debates e consultas públicas, que resultaram na publicação da Portaria nº 1.220/2007, atualmente em vigor. O debate público que antecedeu a publicação da Portaria nº 1.220 resultou no fim da análise prévia para programas televisivos e na isenção de classificação indicativa para publicidade, programas jornalísticos, esportivos ou eleitorais.

⁸ Douglas Walton (2000, p. 20) explica como o *argumentum ad metum* é construído de forma calculada para evocar o medo no interlocutor e, juntamente com o apelo à ameaça e à força, constitui uma modalidade argumentativa que denominou de *scare tactics*, dotada de três características centrais: a) indicação de um cenário temerário; b) objetivo de obter, de um público-alvo, um curso de ação recomendado; c) convencimento, desse público-alvo, de que a produção deste cenário temerário possa ser evitada se for tomado o referido curso de ação.

⁹ O argumento da ladeira escorregadia (*slippery slope*) é um método pelo qual se adverte alguém que está acompanhando uma sequência de eventos de que “dar o primeiro passo pode (presumidamente) conduzir a uma cadeia de consequências que culminarão num desastre, um desfecho ruim que a pessoa advertida não aceitaria” (WALTON, 1996, p. 95).

¹⁰ A captura retórica é uma forma de discurso que afasta o interlocutor de um debate público claro, relacionando-se não apenas à noção de que as pessoas se tornam presas de argumentos falaciosos, mas também à criação de *rótulos conclusivos* que ocupam integralmente o campo semântico do discurso, impedindo uma argumentação racional. Dentre as formas de captura, incluem-se o desvirtuamento da questão, as capturas por antítese, por substituição e por assimilação. O desvirtuamento da questão é especialmente comum no discurso político - por exemplo, com a afirmação de que direitos de igualdade suprimem o direito à propriedade, que é por natureza excludente em relação a terceiros. A captura por antítese ou assimilação é prevalente, por exemplo, quando tratamos de expressões antípodas como ataque e defesa, paz e guerra (RADIN, 2012).

¹¹ Como destaca Bianca Stamatou (2007, p. 714), é possível falar na existência de uma comunidade aberta de intérpretes em nível mundial. Cf. também Allard e Garapon (2005). Há uma crescente produção acadêmica sobre o tema.

¹² Para uma defesa radical do modelo libertário, veja-se Lewis (2011), e em sentido moderado, reconhecendo a possibilidade de regulação do *hate speech* com o escopo de proteger a dignidade humana, cf. Waldron (2012, p. 8). O autor usa a expressão “regulação do *hate speech*” para fazer referência aos sistemas de proteção existentes em países como Canadá, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia e Reino Unido.

¹³ Para uma análise cuidadosa do modelo regulatório norte-americano, veja-se a obra de Lili Levi (2007).

¹⁴ A respeito desse assunto, Daniel Sarmento (2007, p. 2) pontua que: “Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público”.

¹⁵ A definição de paternalismo gira em torno de uma maneira de agir de um agente que limita algum aspecto da liberdade individual visando evitar dano futuro a esse indivíduo ou grupo de indivíduos. Para Macario Alemany (2006, p. 158), trata-se de “um ato realizado com a intenção de proteger o bem-estar, o bem, a felicidade, etc. da pessoa coacionada”.

- ¹⁶ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2001, p. 147) assinala que “a finalidade da norma é apenas oferecer informação ao telespectador, e não determinar a conduta das emissoras, caso contrário a classificação não seria indicativa, mas cogente, obrigatória”.
- ¹⁷ Tais acepções são enunciadas nos sentido dos verbetes do Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (1990) e do Dicionário Aurélio Eletrônico (2011).
- ¹⁸ Em estudo sobre a interpretação dos direitos fundamentais (2006, p. 357), abordo o princípio da liberdade da ação do legislador como um consectário da democracia. Nas palavras de Alexy, o princípio da margem de ação do legislador “é um princípio formal, porque não estabelece nenhum conteúdo, mas apenas assinala quem deve estabelecer esse conteúdo. Portanto, poderia catalogar-se também como um ‘princípio procedimental’”. Enquanto tal, esse princípio impõe que o legislador democrático seja, na melhor medida possível, responsável por tomar as decisões importantes para a comunidade.
- ¹⁹ Como assinala Martin Borowski (2003, p. 69-70), um aspecto que aparta a teoria interna da externa consiste no fato de que aquela concebe o processo de interpretação dos direitos fundamentais como uma tarefa de verificação da existência do direito, de modo que “o conteúdo aparente do direito não compreende nenhuma posição normativa, mas apenas um fenômeno por elucidar em termos de reconhecimento do juridicamente devido. Quem unicamente pode invocar um direito aparente, atua sem direitos, e não com direitos reduzidos ou restringidos”.
- ²⁰ Exploro, aqui, a metodologia que defendo, de forma mais aprofundada, em outro estudo (PEREIRA, 2006). O marco teórico fundamental é a obra de Robert Alexy (2002).
- ²¹ A expressão é de Manuel Medina Guerrero (1996, p. 62), segundo o qual, nessa etapa, obtém-se, por meio de uma “interpretação literal do direito, um amplo conteúdo constitucionalmente protegido do mesmo”.
- ²² No Brasil, a terminologia “adequação” é a mais difundida. Neste estudo, utilizam-se as duas denominações indistintamente.
- ²³ A inexistência pura e simples de fundamento que justifique a adoção da medida restritiva viola o imperativo de não arbitrariedade, que costuma ser associado ao princípio da razoabilidade.
- ²⁴ Nesse sentido, escreveram Jorge Reis Novais (2003, p. 738), Robert Alexy (2002, p. 720 et. seq.), Carlos Bernal Pulido (2005, p. 621), Juan Cianciardo (2000, p. 337), entre outros. No Brasil, veja-se o excelente trabalho de Humberto Bergmann Ávila (2004, p. 121).
- ²⁵ Nesse sentido, veja-se a obra de Maria Rita Kehl (2006, p. 136-137).
- ²⁶ A expressão *princípio da proibição de excesso* é empregada com frequência no constitucionalismo português. Sem embargo de certas oscilações semânticas, este princípio costuma ser apontado como equivalente ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo (CANOTILHO, 1998, p. 259; NOVAIS, 2003, p. 741).
- ²⁷ Na produção jurisprudencial norte-americana, é utilizado um critério de controle das leis restritivas de direitos, que ostenta significado análogo ao do subprincípio da necessidade. Trata-se do *princípio da alternativa menos restritiva*, cujo desenvolvimento resulta de construção da Suprema Corte visando a formular e estabelecer parâmetros a fim de impor limites à atuação do Estado no domínio dos direitos fundamentais. A ideia que norteia a aplicação desse critério hermenêutico é a de que, em sede de controle de constitucionalidade, os tribunais devem aferir o grau de importância dos interesses estatais em jogo e questionar se existe alguma medida alternativa para alcançar tais interesses menos lesiva aos valores constitucionais que provocaram o controle. Um bom resumo da produção da Suprema Corte norte-americana nessa matéria pode ser encontrado no estudo de Robert M. Bastress Jr. (1998, p. 239-253).
- ²⁸ Nesse sentido, veja-se Javier Barnes (1998, p. 28-29) e Carlos Bernal Pulido (2005, p. 743).
- ²⁹ Sobre o tema, veja-se a obra de Ian Bartle e Peter Vass (1997).
- ³⁰ Acerca da falsa dicotomia em que se estabelece uma oposição entre autorregulação e regulação legal, confira-se a obra de Darren Sinclair (1997, p. 529-559).
- ³¹ Expressão de Nils Jansen referida por Carlos Bernal Pulido (2005, p. 782).